

HONRA PESSOAL E DECORO DA CLASSE: AFASTANDO A POSSIBILIDADE DE UMA DISCRICIONARIEDADE ARBITRÁRIA COM A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO DE DWORKIN

PERSONAL HONOR AND CLASS DECORUM:
ELIMINATING THE POSSIBILITY OF ARBITRARY
DISCRETION THROUGH THE APPLICATION OF
DWORKIN'S THEORY OF LAW

HONOR PERSONAL Y DECORO DE CLASE: ELIMINANDO
LA POSIBILIDAD DE UNA DISCRECIONALIDAD
ARBITRARIA CON LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL
DERECHO DE DWORKIN

SUMÁRIO:

Introdução; 1. O Estado e o indivíduo: posições que não se confundem com a supressão de garantias fundamentais; 2. Direito castrense, subjetivismo e os limites da discricionariedade; 3. Honra pessoal e decoro da classe; 4. A teoria do direito de Ronald Dworkin: uma solução ao subjetivismo da discricionariedade administrativa?; 5. Considerações finais; Referências.

RESUMO:

As instituições militares têm base positivista, e, por essa razão, adotam o critério da legalidade estrita. Ocorre que essa legalidade estrita traz consigo um grande de subjetivismo, eis que reconhece ao administrador a possibilidade de atuar discricionariamen-

Como citar este artigo:

ASSIS, Cesar,
COURA, Alexandre.
Honra pessoal e decoro
de classe: afastando a
possibilidade de uma
discricionariedade
arbitrária com a
aplicação da Teoria do
Direito de Dworkin.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 44 2024,
p. 283-304.

Data da submissão:
04/10/2023

Data da aprovação:
29/11/2024

te, sendo esse ato, conforme a doutrina majoritária, insindicável. Para o exercício da punição disciplinar nos processos disciplinares militares mineiros, é necessário verificar se o militar faltoso violou a sua “honra pessoal e o decoro da classe”. O problema é que esses critérios são interpretados pela Administração Pública Militar apenas com base em seus supostos, sua pré-compreensões, sem considerar a contribuição que o acusado pode fornecer trazendo elementos de prova capazes de formular novos conceitos a essas expressões. Para enfrentar essa problemática, o presente artigo tem o objetivo de analisar o espaço decisório da Administração Pública Militar em relação aos sobreditos conceitos, partindo da discricionariedade administrativa, e realizando sua leitura de forma contemporânea, com a aplicação da teoria do Direito do jusfilósofo americano Ronald Dworkin. Enfim, pretende-se com a presente pesquisa aprimorar a aplicação da norma disciplinar militar e apresentar fundamentos capazes de contribuir com o necessário controle do ato da Administração Pública quando interpreta os citados conceitos de “decoro da classe” e “honra pessoal”, afastando a tese, frequentemente utilizada, de insindicabilidade do mérito administrativo.

ABSTRACT:

Military institutions have a positivist base, and for this reason, they adopt the criterion of strict legality. It happens that this strict legality brings with it a great deal of subjectivism, behold, it recognizes to the administrator the possibility of acting discretionarily, and this act, according to the majority doctrine, is unmistakable. For the exercise of disciplinary punishment in military disciplinary proceedings in Minas Gerais, it is necessary to verify whether the defective military has violated his “personal honor and class decorum”. The problem is that these criteria are interpreted by the Military Public Administration only on the basis of their assumptions, their pre-understandings, without considering the contribution that the accused may provide, bringing evidence capable of formulating new concepts to these expressions. In order to face this problem, the present article aims to analyze the decision-making space of the Military Public Administration in relation to the above concepts, starting from administrative discretion, and performing its reading in a contem-

porary way, with the application of the theory of Law of the American jus philosopher Ronald Dworkin. Anyway, the aim of this research is to improve the application of the military disciplinary norm, and to present fundamentals capable of contributing to the necessary control of the Public Administration act when interpreting the aforementioned concepts of “class decorum” and “personal honor”, moving away the frequently used thesis that administrative merit is not applicable.

RESUMEN:

Las instituciones militares tienen una base positivista, por lo que adoptan el criterio de estricta legalidad. Ocurre que esta estricta legalidad trae consigo una gran dosis de subjetivismo, ya que reconoce la capacidad del administrador para actuar a su discreción, y este acto, según la doctrina mayoritaria, es indiscutible. Para ejercer la sanción disciplinaria en los procesos disciplinarios militares de Minas Gerais, es necesario verificar si el militar infractor violó su “honor personal y decoro de clase”. El problema es que estos criterios son interpretados por la Administración Pública Militar únicamente en base a sus supuestos, sus precomprensiones, sin considerar el aporte que el imputado puede brindar, aportando pruebas capaces de formular nuevos conceptos a estas expresiones. Para enfrentar esta problemática, este artículo tiene como objetivo analizar el espacio de toma de decisiones de la Administración Pública Militar en relación con los conceptos antes mencionados, partiendo de la discrecionalidad administrativa, y leyéndolo de manera contemporánea, con la aplicación de la teoría del Derecho de los Estados Unidos. filósofo Ronald Dworkin. Finalmente, el objetivo de esta investigación es mejorar la aplicación de la regla disciplinaria militar, y presentar fundamentos capaces de contribuir al necesario control del acto de la Administración Pública a la hora de interpretar los conceptos antes mencionados de “decoro de clase” y “honor personal”. distanciando la tesis, de uso frecuente, de que el mérito administrativo es indiscutible.

PALAVRAS-CHAVE:

Teoria do direito; Discricionariedade administrativa; Insindicabili-

dade; Interpretação.

KEYWORDS:

Theory of law; Administrative discretion; Insolvency; Interpretation.

PALABRAS CLAVE:

Teoría del derecho; Discreción administrativa; Inindicabilidad; Interpretación.

INTRODUÇÃO

Desde a passagem do homem do estado de natureza para a vida em sociedade, conforme teorizado pelos contratualistas¹, há vários fundamentos que podem ser apresentados para justificar a obediência do indivíduo ao Estado e às suas deliberações, sendo o argumento mais comum a preservação da vontade da coletividade.

A renúncia de parte da individualidade do homem em favor da coletividade, formando o Estado, e que cria, para este, prerrogativas que viabilizam o alcance de metas que, individualmente, o homem não conseguiria conquistar, atrai maior responsabilidade para o gestor escolhido para conduzir a máquina estatal, a qual é denominada, no âmbito do direito administrativo, Administração Pública.

Não obstante a existência dessas prerrogativas da Administração Pública, não é verdadeira a afirmação de que qualquer decisão tomada por ela seja legítima e não esteja sujeita a controle. Ao revés, a confiança que o indivíduo deposita na Administração deve ser levada a efeito, com a imposição de atuação escorreita, séria e eficiente, sendo frágil uma interpretação que retire a necessidade de controle permanente sob os atos por ela praticados. Na verdade, deve-se priorizar o aprimoramento da atuação administrativa.

Nesse sentido, verifica-se que no âmbito das instituições militares, especialmente da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais – a qual será considerada para fins metodológicos, há um ponto sensível a ser analisado: o ato discricionário de escolha dos conceitos de “honra pessoal” e “decoro da classe”, que possibilitam a conclusão se, diante da confirmação da hipótese acusatória, o militar submetido a processo administrativo disciplinar mantém condições para permanecer nas fileiras da Corpora-

ção.

Assim, o presente artigo tem o objetivo de analisar o espaço decisório da Administração Pública Militar em relação aos sobreditos conceitos, partindo da discricionariedade administrativa, realizando sua leitura de forma contemporânea, com a aplicação da teoria do Direito do jusfilósofo americano Ronald Dworkin.

Será apresentado o contexto de legalidade estrita, no qual a Administração Pública Militar está inserida, analisando-o juntamente do Estado Constitucional de Direito. Na sequência, apresenta-se o tema da discricionariedade administrativa, juntamente com um breve histórico do surgimento do direito disciplinar castrense e de sua racionalidade subjetivista aparente.

Fixadas as premissas iniciais, adentrar-se-á nas questões relativas ao conceito de “honra pessoal e decoro da classe” no processo disciplinar militar, desenvolvendo a temática para chegar no campo da compreensão e interpretação do conteúdo das expressões abertas, para, logo após, realizar uma intelecção da problemática com a teoria do direito de Ronald Dworkin, buscando preservar o direito fundamental à resposta correta e a questão do controle do mérito dos atos administrativos discricionários.

Enfim, pretende-se com a presente pesquisa aprimorar a aplicação da norma disciplinar militar, e apresentar fundamentos capazes de contribuir com o necessário controle do ato da Administração Pública quando interpreta os citados conceitos de “decoro da classe” e “honra pessoal”, afastando a tese, frequentemente utilizada, de insindicabilidade do mérito administrativo.

1. O ESTADO E O INDIVÍDUO: POSIÇÕES QUE NÃO SE CONFUNDEM COM A SUPRESSÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

De acordo com os teóricos chamados “contratualistas”, o modelo de Estado-nação que atualmente conhecemos surge da necessidade de organização da vida do indivíduo em sociedade, de modo a trazer maior segurança e paz.

Sobre o assunto, ARRUDA (2013, p. 52) diz que:

[...] já na Idade Média, as fontes de produção jurídica deixam de ser esparsas entre si e unificam-se, superando os governos feudais e inaugurando-se um governo centralizado – o Rei.

Esse rei era o poder soberano, qual seja, tudo, e sobre essa figura o direito se unifica, e o soberano passa a ser o próprio Estado.

Desta forma, o Estado Moderno, como um Estado-nação, dotado de soberania e autonomia, começa a nascer no século XVI, na França, Inglaterra e Espanha, com a ruptura do “Estado Medieval” e o surgimento do absolutismo.

Logo após, com a vitória da classe burguesa, esse Estado, antes Absolutista, transforma-se num Estado liberal, de caráter minimalista. Com o desenvolvimento da sociedade, que gerou novas necessidades, o Estado transformou-se numa instituição intervencionista, passando então a preocupar-se com a garantia dos direitos sociais.

Essa figura, chamada então de Estado moderno, após diversas mudanças, nasceu para garantir a paz e a segurança da sociedade. Na origem histórica, existia apenas um embrião do que se pode chamar hoje de organização estatal. A experiência de Estado veio com a ideia do Estado Moderno que, fundamentado nos pressupostos dos elementos essenciais – território, população e soberania – e tendo como função básica garantir as liberdades individuais negativas, isto é, assegurar a propriedade privada, a paz e a segurança, desenvolveu-se e transformou-se ao longo da história.

Assim, acreditavam os contratualistas que o Estado foi criado em razão da necessidade de melhor organização da vida em sociedade, notadamente diante da individualidade do homem e das incertezas decorrentes da diversificação de ordenamentos e costumes próprios das sociedades antigas, fazendo-se necessária a criação de um Estado-nação, que, com a delimitação da soberania, território e povo, teria melhores condições de garantir as liberdades individuais, assunto de tensão à época.

Dentre três dos contratualistas de maior relevância, estão Thomas Hobbes², John Locke³, e o francês Jean-Jacques Rousseau⁴. Este último, ao apresentar sua obra “Do contrato social”, diz que os homens “não têm outro meio para se conservar senão formar, por agregação, uma soma de forças que possa prevalecer sobre a resistência, pondo-as em jogo por um único objetivo, e fazendo-as agir em concerto.” (2013, p. 26).

Segundo o contratualista francês (2013, p. 35), a vontade geral somente poderia dirigir as forças do Estado para alcançar o fim de sua insti-

tuição, que é o bem comum, de modo que seria apenas, e tão somente, por esse interesse coletivo, que a sociedade deveria trilhar. Caso a maioria do povo decidisse que determinada proposição seria a correta e deveria reger a vida em sociedade, significaria que os indivíduos que, eventualmente, houvessem votado contra essa proposição, estariam errados, e teriam que aceitar a decisão da maioria, sempre, obviamente, respeitando as liberdades individuais levantadas à época.

Com o desenvolvimento da teoria constitucional, mormente com as conquistas que o cidadão alcançou, e que são entendidas doutrinariamente por “gerações”⁵ de direitos fundamentais, essa visão que, num primeiro momento, privilegiava sobremaneira o coletivo em detrimento do individual, foi mitigada ainda mais, de modo que, chegando na atual conjuntura – Estado Constitucional de Direito, embora a Administração Pública ainda detenha prerrogativas para a concretização do interesse coletivo, sujeita-se, por consequência, a um maior controle sob os seus atos, com vistas à garantia de direitos fundamentais.

É que os direitos fundamentais asseguram ao cidadão um feixe de direitos e garantias que não podem ser violados pelo Poder Público, apresentando-se com uma dupla função, tanto assegurando ao cidadão diversas posições jurídicas quanto constituindo limites e/ou restrições à atuação da Administração Pública (ABBOUD. 2013, p. 2).

É dizer, não basta à Administração praticar um ato com a finalidade de cumprir o interesse coletivo se este se confronta com garantias individuais constitucionalmente protegidas. Nesse caso, o choque entre o coletivo e o individual ganha especial relevância, atraindo controle do Judiciário sob o ato.

É por isso que não se pode conceber, na atual conjuntura, uma completa submissão do indivíduo ao Estado, do administrado à Administração, nem mesmo no âmbito da discricionariedade, afinal, nesse modelo constitucional, “todo desempenho administrativo (e assim também o chamado “poder” discricionário) só pode existir como um poder “intra” legal e estritamente dependente da lei [...]” (MELLO. 2017, p. 13).

ABBOUD (2013, p. 8) lembra, ainda, que “a evolução do constitucionalismo tem como um de seus escopos principais a regulação [controle] do poder e, conseqüentemente, a preservação dos direitos fundamen-

tais”.

Desta maneira, não obstante as posições em que se encontram Estado e indivíduo, verticalmente opostas, os direitos e garantias fundamentais devem ser sempre considerados na atuação discricionária, sendo necessário buscar novos paradigmas para delimitar um espaço razoável de decisão da Administração Pública, considerando a fluidez das noções de conveniência e oportunidade que sempre foram apresentadas para justificar a prática do ato discricionário.

2. DIREITO CASTRENSE, SUBJETIVISMO E OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE

Os temas relacionados ao Direito Militar são pouco explorados no campo acadêmico, não havendo disciplinas, nos cursos de bacharelado em Direito, que se dediquem a abordar, minimamente, questões jurídicas da Caserna.

Segundo LOUREIRO NETO (1999, p. 48), o surgimento de um direito militar ocorreu, primeiro, na Roma Antiga, que codificou os primeiros escritos para aplicar às legiões. O direito romano constituiu, para tanto, uma Justiça Militar, que baseava sua atuação na aplicação de três tipos de sanções: (1) as capitais, que privavam o acusado de sua própria vida ou lhe retirava o *Status Civita*, constituindo-o escravo; (2) as corporais, que consistiam em castigo, multa, trabalhos forçados, transferência de milícia, baixa infamante, e desagregação; e, por fim, (3) as disciplinares ou morais, que consistiam em penas aplicadas muito mais pelos costumes do que por prescrições em norma específica, sendo que a natureza da punição imposta era deliberada pelo próprio grupo em face de condutas cotidianas do serviço militar romano. Eis, portanto, a racionalidade punitiva do direito militar romano, com um grau de subjetivismo aparente quanto à sanção disciplinar.

LOUREIRO NETO (1999, p. 21) ensina ainda que, no Brasil, a primeira legislação militar:

[...] refere-se aos Artigos de Guerra do Conde de Lippe, aprovados em 1763.

Com a chegada de D. João VI ao Brasil, pelo Alvará de 21 de abril de 1808, criou-se o Conselho Supremo Militar e de Justiça e, em 1834, a Provisão de 20 de outubro previa crimes

militares, que foram separados em duas categorias: os praticados em tempo de paz e os praticados em tempo de guerra (GODINHO, 1982:9).

No Império, na lição do autor, a legislação sendo abundante, era confusa, não esclarecendo com nitidez os diversos tipos penais. Até a República, no dizer lapidar de Esmeraldino Bandeira, a legislação penal militar estava condicionada ‘ao alcance dos projéteis e à têmpera das baionetas’. Mas, a partir dela, houve esforço para modificar a legislação esparsa que existia, do que resultou o advento de nosso primeiro Código Penal Militar – o Código da Armada –, expedido pelo Decreto nº 18, de 7 de março de 1891, que foi ampliado para o Exército pela Lei nº 612, de 28 de setembro de 1899 e aplicado à Aeronáutica pelo Decreto-lei nº 6.227, foi editado o Código Penal Militar de 1944. Finalmente, vige atualmente, desde 1º de janeiro de 1970, o Código Penal Militar, expedido pelo Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

Hodiernamente, no Estado de Minas Gerais, especificamente quanto ao direito disciplinar militar, o tema é tratado na Lei Estadual nº 14.310/2002 e na Resolução Conjunta nº 4.220/2012, além da Lei Estadual nº 5.301/1969, que disciplina o estatuto dos militares mineiros.

Como uma instituição baseada constitucionalmente na hierarquia e disciplina (art. 42, CF/88), pode se dizer que na Caserna a punição disciplinar é a forma com que os superiores hierárquicos mantêm hierarquia e disciplina no ceio da tropa, sendo, até então, a maneira mais eficaz de combater a indisciplina, o desrespeito e a impunidade. A grande questão é: como realizar controle sob a punição disciplinar se ela é aplicada em exercício de discricionariedade e o Judiciário, conforme considera a doutrina majoritária, não pode adentrar no mérito administrativo?

Sobre o tema, STRECK (2011, p. 41) diz que:

No contexto atual, praticamente todos os países europeus estão revendo o conceito de discricionariedade administrativa, pois já se admite controle jurisdicional, mesmo nos casos de discricionariedade do administrador. Entre nós essa discussão ganha peso, na medida em que possuímos uma Constituição compromissória que também impõe obrigações ao administrador. Se no ato administrativo discricionário é certo que o administrador está livre de uma aderência absoluta à lei, nem por isso seu poder de escolha pode desconsiderar

o conteúdo principiológico da Constituição. Portanto, o ato administrativo escapa de um controle de legalidade, porém permanece indispensável que ele seja controlado em sua constitucionalidade. De qualquer forma, no poder discricionário da administração sempre está em jogo uma deferência do legislador em favor do administrador. Vale dizer, o ato discricionário é autorizado legislativamente.

Por essa razão, a discricionariedade deve respeitar alguns limites. Sim, pois se é a lei (soberano/povo) que deixa ao administrador um espaço decisório onde ele poderá utilizar critérios de oportunidade e conveniência para a prática do ato, os contornos delimitados pelo ordenamento jurídico devem ser observados.

Não basta ao administrador se assentar nos critérios de oportunidade e conveniência para praticar o ato. Caso contrário, dificilmente se conseguirá controlar o ato, até porque os critérios de controle, hoje, também são cláusulas abertas (proporcionalidade e razoabilidade).

Deve ser levado efeito, portanto, a necessidade de dar à discricionariedade administrativa a mesma responsabilidade que se dá à atividade interpretativa. Ou seja, se em ambos os casos há um exercício intelectual prévio para a escolha de um caminho certo e determinado, por que não exigir da discricionariedade administrativa a mesma lógica e coerência com o caso concreto, tal qual se exige da interpretação em relação a um todo orgânico?

Se não forem buscados elementos capazes de controlar a discricionariedade administrativa nesse sentido, o império do subjetivismo do administrador continuará prevalecendo, já que, de fato, o exercício da discricionariedade traz consigo um poder de escolha, de autodeterminação, amplo, dentre várias soluções consideradas igualmente válidas. E esse, talvez, seja o grande problema: considerar todas as soluções como igualmente válidas, com o mesmo peso no mundo da vida.

Nesse sentido, entende-se que a Teoria do Direito do jusfilósofo americano Ronald Dworkin servirá à finalidade de fixar parâmetros de controle do ato discricionário. É que Dworkin (2010, p. 51/52) teoriza três sentidos para o termo “discricionariedade”: (A) sentido limitado; (B) sentido forte; e, (C) sentido fraco. O sentido limitado, segundo o autor, está associado à discricionariedade administrativa, vez que trata do poder de escolha da autoridade frente a duas ou mais alternativas válidas. O senti-

do fraco apresenta-se quando há ausência de revisão da decisão aplicada por parte de uma autoridade superiormente investida. Por fim, o sentido forte ocorre quando se verifica a impossibilidade de controle da decisão frente ao contexto anterior, o que, resumindo, significaria que o contexto anterior não impõe qualquer dever legal sobre aquele que decide para que compreenda e decida de determinada maneira.

A discricionariedade administrativa, dessa forma, assim como as sanções “disciplinares ou morais” aplicadas aos legionários da Roma Antiga, apresenta-se com um aparente subjetivismo e, portanto, como uma contradição à legalidade estrita considerada pela Administração Pública em geral e, também, pela administração militar, que segue essa linha positivista. Ora, a legalidade estrita, como base positivista, tem na certeza e na objetividade os fundamentos do sistema, trabalhando com critérios de validade, no entanto, embora não considere critérios de moralidade, reconhece poder discricionário ao intérprete, reconhecendo, assim, que não há apenas uma resposta correta, mas várias respostas – ao critério do administrador, e essa possibilidade pode revelar uma atuação arbitrária.

3. HONRA PESSOAL E DECORO DA CLASSE

O processo administrativo disciplinar militar é o meio pelo qual a Administração Pública Militar utiliza para apurar se o servidor, dito faltoso, cometeu ou não a transgressão disciplinar a ele imputada.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, as transgressões estão previstas na Lei nº 14.310/2002, ao passo que o processo e o procedimento para se chegar ao ato de punição (ou não) está na Resolução Conjunta nº 4.220/2012. Segundo o art. 64 da sobredita lei estadual:

Art. 64 – Será submetido a Processo Administrativo-Disciplinar o militar, com no mínimo três anos de efetivo serviço, que:

I – vier a cometer nova falta disciplinar grave, se classificado no conceito “C”;

II – **praticar ato que afete a honra pessoal ou o decoro da classe**, independentemente do conceito em que estiver classificado.

Paragrafo único – Para fins do disposto no inciso II do *caput*, consideram-se atos que afetam a honra pessoal ou o decoro

da classe:

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

II – concorrer para o desprestígio da respectiva IME, por meio da prática de crime doloso, devidamente comprovado em procedimento apuratório, que, por sua natureza, amplitude e repercussão, afete gravemente a credibilidade e a imagem dos militares;

III – faltar publicamente, fardado, de folga ou em serviço, com o decoro pessoal, dando causa a grave escândalo que comprometa a honra pessoal e o decoro da classe;

IV – exercer coação ou assediar pessoas com as quais mantenha relações funcionais;

V – fazer uso do posto ou da graduação para obter ou permitir que terceiros obtenham vantagem pecuniária indevida.

(Parágrafo acrescentado pelo art. 1º da Lei nº 22.504, de 31/5/2017.) (grifei)

Surge, então, a celeuma sobre qual, afinal, é o conceito das expressões “honra pessoal” e “decoro da classe”. E isso porque, embora o parágrafo único do art. 64 informe quais os atos que são considerados violadores da “honra pessoal e decoro da classe”, verifica-se que, ainda sim, os incisos desse parágrafo único trazem expressões vagas, abertas, mantendo o administrador no mesmo ponto de onde partiu, ou seja, no campo da discricionariedade.

Se as expressões previstas em lei são vagas, é o administrador que irá escolher qual o conteúdo de “ato atentatório à dignidade”, de “desprestígio da IME”, de “credibilidade”, de “grave escândalo”, e, por consequência, de “honra pessoal e decoro da classe”.

Além da lei estadual, a Polícia Militar mineira editou, em conjunto com o Corpo de Bombeiro Militar, a Instrução Conjunta das Corregedorias da PM/BM nº 01/2014, com a finalidade de fixar parâmetros objetivos para as transgressões disciplinares, apontando o que seriam e em quais circunstâncias o servidor militar estaria as praticando. Com a tentativa de elucidar o que seriam “honra pessoal e decoro da classe”, as sobreditas Instituições Militares esclarecem no referido documento que:

Art. 5º [...]

§ 3º “III – faltar, publicamente, com o decoro pessoal, dando causa a grave escândalo que comprometa a honra pessoal e o decoro da classe”:

Para a configuração dessa transgressão, não há necessidade de que o fato ocorra em local público, uma vez que a publicidade exigida para que se configure a falta diz respeito ao comprometimento do decoro pessoal, aqui entendido como um sentimento de decência particular.

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

Há ainda, para se configurar a presente transgressão, a precípua necessidade do comprometimento da honra pessoal e do decoro da classe.

A honra pessoal é o sentimento de dignidade própria, com o apreço e o respeito de que é objeto ou se torna merecedor o indivíduo, perante os concidadãos. A proposta dessa expressão é que o sentimento e o respeito afetados por aquela transgressão devem se manifestar em relação aos militares e/ou civis que presenciaram, ou de qualquer modo, tomaram ciência do fato considerado como desabonador.

Decoro da classe é a repercussão do valor dos indivíduos e classes profissionais, não se tratando do valor da organização apenas, mas também da classe de indivíduos que a compõem. Ausente uma ou mais elementares na conduta adotada, a transgressão disciplinar em epígrafe não poderá ser aplicada, haja vista o fato ser considerado atípico em relação ao art. 13, inciso III, do CEDM, podendo, entretanto, se amoldar a um outro tipo transgressivo, conforme o caso.

Nos termos dos artigos 34, II, e 64, II, do CEDM, independentemente do conceito em que estiver classificado o militar, a conduta por este adotada, que afetar a honra pessoal ou o decoro da classe, constitui motivo para sua submissão a PAD ou PADS. Embora o teor dos incisos em destaque em muito se assemelha à previsão do art. 13, III, do CEDM, ressalta-

-se que nem todo militar que se enquadrar nesse último será submetido a PAD/PADS. (grifei)

Percebe-se, portanto, que os conceitos de “honra pessoal e decoro da classe” não foram esclarecidos nessa tentativa das Instituições Militares, e o pior, como foram apresentadas outras expressões com conteúdo aberto, a discricionariedade da Administração Pública Militar aumentou, já que, agora, ela terá que decidir o que são todos esses conceitos para se chegar, finalmente, na “honra pessoal e decoro da classe”, e, como se sabe, a linguagem tem diversas possibilidades semânticas. Assim, a atividade de compreensão desses conceitos fica a cargo, unicamente, da administração.

Sobre a atividade de compreensão, ensina OMMATI (2013, p.33) que:

Desde Gadamer, se sabe que toda atividade de compreensão envolve também a interpretação e a aplicação (decisão). [...] entender que exista objetividade desvinculada de escolhas subjetivas não se sustenta mais. A atividade hermenêutica pressupõe compreensão, interpretação e aplicação em um todo unitário, de modo que o intérprete possa colocar seus preconceitos em jogo, em diálogo com as demais pré-compreensões, a partir de uma determinada tradição.

O que será, então, do servidor faltoso diante da Administração Pública Militar? Pois, se a atividade de compreensão – e, portanto, de interpretação – ficar a cargo apenas desta, estará se aceitando que essa é uma prerrogativa insindicável, mesmo diante das garantias constitucionais do acusado, que tem o direito de ter a ele dispensados, por exemplo, os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, vinculando a Administração, por adstrição, aos novos elementos que ele pode levar ao processo e que devem ser considerados no ato de pensar o conteúdo da norma, ou seja, de pensar a “honra pessoal e o decoro da classe”.

A título de exemplo, considere-se o seguinte caso: o militar é pego numa casa de shows, extremamente alcoolizado, sem, contudo, causar qualquer problema de ordem criminal ao estabelecimento, mas se envolvendo numa pequena discussão com outro usuário por ciúmes de sua mulher, vindo a entrar em vias de fato com esse usuário. Ele violou a sua “honra pessoal”? violou o “decoro da classe”? E se ele comprovar que estava num momento de folga e que todos os militares ouvidos no processo não sabiam do fato até serem ouvidos, e, na condição de testemunha, estas disserem que o fato não teve repercussão na tropa e que não consideram

um erro o acusado se embriagar quando estiver de folga? E mais, que não consideram escandalosa a tal discussão?

Não obstante os elementos de prova levantados pelo acusado, no exemplo alhures, como a escolha do conteúdo das expressões abertas cabe à Administração Pública Militar, existe um grave problema: a atividade de compreensão/interpretação passa a não respeitar (ou, ao menos, a ter essa possibilidade) a prova dos autos, sempre sobrepondo a discricionariedade administrativa (escolha do conteúdo) sob o devido processo legal.

Por essa razão, torna-se necessário melhor discutir e buscar novos horizontes que possam contribuir com o controle da discricionariedade administrativa, hoje a cargo somente dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

4. A TEORIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN: UMA SOLUÇÃO AO SUBJETIVISMO DA DISCRICIONARIDADE ADMINISTRATIVA?

Os atos administrativos são considerados, classicamente, em sua disposição dicotômica entre: vinculados e discricionários. ABBOUD (2014, p. 122) classifica os atos discricionários em outros cinco tipos: interpretativos, optativos, performáticos, volitivos, e, por fim, os atos técnicos.

São os atos discricionários interpretativos que fundamentam o espaço de liberdade concedido à Administração Pública na escolha de mais de uma decisão igualmente válida, dentre várias outras. Neles, diferentemente dos atos de decisão vinculada, nos quais a administração realiza um “processo lógico-subsuntivo da aplicação da lei” (ABBOUD, p. 127), o administrador tem maior liberdade para julgar o sentido da norma, utilizando-se dos critérios de oportunidade e conveniência, que, embora sejam cláusulas abertas, não tem a obrigação de justificá-los (apresentar a fundamentação da fundamentação). Para BALERA (2019, p. 133):

Aparentemente esta perspectiva estabelece métodos diferenciados de solução de acordo com o enquadramento do ato, se forem “casos fáceis” e previsíveis tratar-se-ia de mera combinação lógica concretizada por atos vinculados; se a Administração deparar-se com “casos difíceis”, estes seriam hipóteses de agir de modo discricionário.

No processo interpretativo, deve-se frisar, que quando um indiví-

duo reconhece e defende sua opinião e seus fundamentos como os mais apropriados, razoáveis ou mais bem interpretados para a solução de um caso, fatalmente, ele acaba por inferiorizar ou ao menos atribuir o caráter de falsidade ou erroneidade às proposições opostas (DWORKIN, 2011, p. 126), sendo esse um dos pontos, inclusive, de discordância quanto às conclusões que cada sujeito chega a partir da observação do mesmo objeto cognoscível, como também em relação aos métodos para tanto.

Por essa razão é que se apresenta a Teoria do Direito de Ronald Dworkin para solucionar a problemática do controle da discricionariedade administrativa.

O jusfilósofo americano argumenta que, nos casos difíceis, a decisão deve ser precedida da aplicação de princípios, abandonando, portanto, o modelo positivista, que reconhece ao julgador uma discricionariedade tamanha, que torna o ato de julgar um ato de poder, um ato político, e, portanto, um ato arbitrário.

Para Dworkin, existe uma diferença quanto à forma de argumentar, notadamente quanto ao que denomina de argumentos de princípio e argumentos de política. Estes justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, ao passo que aqueles justificam a mesma decisão política, contudo, mostra que a decisão respeita ou garante o direito de um indivíduo ou de um grupo (DWORKIN, 2010, p. 129).

O pensador americano apresenta dois modelos de juiz, o Herbert, que representa o juiz positivista, e o Hércules, que seria o juiz pós-positivista, para estabelecer a diferença da maneira como se chega à decisão judicial em sua Teoria do Direito. Dworkin (2010, p. 196/197) explica que:

Hércules não encontra, primeiro, os limites do direito, para só então mobilizar suas próprias convicções políticas de modo que complemente o que o direito exige. Utiliza seu próprio juízo para determinar que os direitos têm as partes que a ele se apresentam. Quando esse juízo é emitido, nada resta que se possa submeter a suas convicções ou à opinião pública. [...] A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular

de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Ele deve, por certo, basear-se em seu próprio juízo para determinar que princípios de moralidade são estes, mas essa forma de apoio é a segunda daquelas que distinguimos, uma forma que é inevitável em qualquer nível.

Assim, a adequada interpretação do Direito não decorre das próprias convicções políticas ou dos supostos do julgador, mas de uma construção linear e responsável pela compreensão do Direito concatenada e coerente aos valores consagrados pelo ordenamento jurídico.

É dizer que a Administração Pública tem que buscar a resposta correta para a adequada interpretação da norma, afastando solipsismos, e, portanto, arbitrariedades, do gestor.

Nesse ponto, são válidas, uma vez mais, as palavras de Dworkin (2010. p. 24/25):

Se fizermos com que a justificação política geral do direito inclua alguma exigência de integridade, e se for esse nosso motivo para escolher um critério interpretativo para as proposições de direito, devemos então aperfeiçoar a dimensão do ajuste, para que reflita nosso entendimento mais apurado do que é integridade e de onde se encontra o seu valor. [...] Portanto, qualquer justificação geral da prática jurídica deve dar um lugar de destaque aos princípios que limitam esses poderes de diferentes maneiras formais e informais.

Em artigo intitulado “*Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no direito?*”, Américo Bedê e Alexandre Coura (2014, p. 16) pontuaram que:

A busca pela resposta correta é a busca em dar sentido à ideia de integridade no Direito, ou seja, essa resposta só será possível se for baseada numa análise criteriosa da legislação vigente e dos precedentes e das razões primeiras e últimas de decidir dos casos passados. Diferente do conhecimento científico, que evolui em saltos rompendo com os paradigmas então vigentes, as decisões mudam normalmente de modo mais suave. As mudanças são progressivas, uma vez que há um compromisso (romance em cadeia de Dworkin) com o passado e com o futuro. [...] Essa atitude terá uma profun-

da ligação com o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais [...] O que se quer do juiz é essa postura integradora, uma argumentação convincente, detalhada, não uma mera cópia de casos passados ou do texto da norma, enfim uma argumentação na qual o caso concreto é levado a sério.

Para os ilustres juristas, não se pode mais acreditar em apenas um caminho correto para a verdade (BEDÊ; COURA, 2014, p. 18), e ter uma resposta definitiva e atemporal é um grave equívoco do ponto de vista hermenêutico (BEDÊ; COURA, 2014, p. 21), notadamente porque os sentidos mudam, concedendo ao intérprete a possibilidade de dar novas significações ao Direito. E continuam:

A resposta correta não é um dado a priori, que se encontra num julgado, livro ou nas convicções do julgador, mas sim um processo que leva em conta as peculiaridades do caso concreto e do Direito, não a compreensão solipsista do julgador, mas sim a intersubjetividade da comunidade de juristas. [...] devemos nos preocupar não apenas com o resultado, mas sim com o procedimento para a obtenção desse resultado. (BEDÊ & COURA, 2014, p. 22/23).

Entende-se, assim, que a base para a busca de uma melhor interpretação da norma, que leve em consideração outros fatores que não só as pré-compreensões do gestor, é a Teoria do Direito de Ronald Dworkin, que conclui que as decisões judiciais – e aqui, se propõe, que também as decisões administrativas, não podem se basear em argumentos de política, mas ao revés, precisam se basear em argumentos de princípios, no sentido de que, principalmente nos casos difíceis, o julgador deve descobrir quais são os direitos das partes, e não se imiscuir na função legislativa criando direitos novos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da resposta correta no direito, ao que tudo indica, sempre será um tabu a ser quebrado diariamente. Entretanto, isso não quer dizer que o indivíduo, na relação verticalizada com o Estado, tenha que se submeter a todos os atos e preferências deste, que sempre utiliza a justificativa do “interesse público” para fundamentar suas escolhas. Essa lógica da completa submissão do indivíduo ao Estado já foi superada, não havendo

mais que se falar em discricionariedade estatal imune a controle externo.

Não obstante essa superação, verificou-se que, atualmente, os únicos critérios para realizar o controle do ato administrativo discricionário são a razoabilidade e a proporcionalidade, que por também se apresentarem como cláusulas abertas, comportam uma infinidade de significações semânticas.

Elucidou-se que a base das instituições militares é positivista, levando a um decisionismo natural, que se verifica, inclusive, na origem do direito disciplinar militar, na aplicação das sanções disciplinares ou morais nos legionários da Roma Antiga, demonstrando a racionalidade subjetivista do direito disciplinar castrense na origem, ao menos em certa medida.

A subjetividade do direito disciplinar militar moderno foi, também, levada efeito, analisando-se o estatuto disciplinar do militares mineiros, notadamente em relação à problemática dos conceitos de “honra pessoal e decoro da classe”, chegando-se à conclusão inicial que a atividade de compreensão e interpretação desses conceitos é dada apenas à Administração Pública Militar, que não é limitada por nenhum critério suficiente, de modo que a discricionariedade administrativa se sobrepõe a algumas garantias fundamentais do militar faltoso.

Para abordar essa problemática foi investigada a perspectiva do jurista normativista Ronald Dworkin, que defende que o Direito está anexo a valores sociais como moral e política. Dessa forma, tal conjectura defende a interpretação da lei e a melhor aplicabilidade levando em consideração a responsabilidade política de quem legislará o chamado “caso difícil”.

Dworkin apresenta um modelo de decisão que, pelo princípio da responsabilidade política, atem-se a imprescindibilidade de aplicar o Direito com plenitude, buscando a resposta correta com integridade.

Sendo assim, a busca pela resposta correta sobre qual é, afinal, o conteúdo das expressões “honra pessoal e decoro da classe” deve estar aliada a uma atuação que, embora discricionária, não deve se distanciar dos elementos levantados pelo acusado, que podem modificar esse conteúdo aberto de caso a caso, como, por exemplo, se as testemunhas militares ouvidas no processo afirmarem que, ainda que a hipótese acusatória seja confirmada, deve ser verificada se a permanência do militar faltoso na

Corporação é inconveniente. É dizer, o conteúdo da norma deve ser construído de caso a caso, considerando sempre os elementos que estão no processo, afastando-se a possibilidade – que se tem como arbitrária – dessa escolha se manter apenas com a Administração Pública Militar.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Andreia Aparecida D’Moreira. **A formação do Estado Moderno sob a concepção dos teóricos contratualistas**. Pouso Alegre – MG. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário de Formiga - UNIFORM. Disponível: <<https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/periodicos/index.php/cursodireitouniformg/article/view/170>>. Acesso em 20 de maio de 2021.

ABBOUD, Georges. **O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrições a direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 100, v. 907, p. 61-119, maio 2011.

BALERA, J. E. R. (2019). **DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E RESPONSABILIDADE DECISÓRIA: UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA**. Revista Direito Em Debate, 28(52), 125–142. <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.125-143>.

COURA, Alexandre de Castro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **Direito, política e jurisdição: desafios para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito**. – 1. ed. – Curitiba, PR: CRV, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. tradução Nelson Boeira. – 3ª. ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. (Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner.) 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo**. (Tradução de Alex Martins). São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed., 12ª tiragem, São Paulo: Malheiros. 2017.

MINAS GERAIS. **Lei Estadual nº 14.310 de 19 de junho de 2002**. Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, Poder Executivo, Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais-MG. Disponível em <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.htm?ano=2002&num=14310&tipo=LEI>>. Acesso em 21 de maio de 2021.

MINAS GERAIS. **Lei Estadual nº 5.301 de 16 de outubro de 1969**. Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, Poder Executivo, Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais-MG. Disponível em <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=lei&num=5301&ano=1969>>. Acesso em 21 de maio de 2021.

MINAS GERAIS. **Resolução Conjunta nº 4.220 de 28 de junho de 2012**. Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Separata do BGPM nº 49 de 3 de julho de 2012, Poder Executivo. Disponível em <<https://policiamilitar.mg.gov.br/conteudoportal/uploadFCK/42bpm/21052013121148269.pdf>>. Acesso em 21 de maio de 2021.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Do ato ao processo administrativo: a crise da ideia e discricionariedade no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, ano 102, v. 930, p. 23-49, abr. 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. (Tradução de Ana Resende). São Paulo: Martin Claret, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

'Notas de fim'

1 A respeito do tema, vide Jean-Jacques Rousseau, in *Do contrato social*, tradução: Ana Resende. – São Paulo: Martin Claret, 2013.

2 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. (Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner.) 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

3 LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo*. (Tradução de Alex Martins). São Paulo: Martin Claret, 2006.

4 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. (Tradução de Ana Resende). São Paulo: Martin Claret, 2013

5 Expressão atribuída, primeiro, ao jurista tcheco-francês Karel Vasak, que apresentou uma proposta de triangulação dos direitos fundamentais em gerações quando ministrava palestra na Conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, no ano de 1979, tendo se inspirado no lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) e se baseado em um processo histórico de institucionalização.