Fernando Galvão

Competência Cível da Justiça Militar Estadual

2ª edição

Centro de Atualização em Direito

Copyrigth © 2013 *by* Fernando A. N. Galvão da Rocha

Produção editorial
Centro de Atualização em Direito
unidade de apoio para a pós-graduação
da Universidade Gama Filho – RJ
www.cadireito.com.br

Conselho editorial

Professores

Fernando Galvão (coordenador)
Alexandre Trivisonno
Beatriz Souza Costa
Bolivar Viegas Peixoto
Cristiana Fortini
Jason Soares de Albergaria Neto
Moacyr Lobato Campos Filho
Pedro Pereira Pimenta
Raphael Frattari Bonito

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da.
Competência cível da justiça militar estadual / Fernando A. N. Galvão da Rocha. Belo Horizonte, Belo Horizonte: Centro de Atualização em Direito, 2ª edição, 2013.

ISBN 978-85-65154-06-2

Centro de Atualização em Direito – CAD
Rua Paraíba, nº 1.352 – 3º andar
Savassi – Belo Horizonte – MG
CEP 30130-141 Tel. (31) 3282-3352

Fernando A. N. Galvão da Rocha
Professor Coordenador Acadêmico Geral do CAD
Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG
Juiz Civil do Tribunal de Justiça Militar - MG

COMPETÊNCIA CÍVEL
DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

2ª edição
Belo Horizonte
Centro de Atualização em Direito – CAD
2013

Sumário

1. Introdução..... 06
2. Competência restrita às ações contra atos disciplinares..... 08
2.1 ato disciplinar..... 08
2.2 atos administrativos de controle da legalidade..... 11
2.3 atos de ordenação de concursos públicos..... 12
2.4 atos de avaliação de estágio probatório..... 13
2.5 movimentação de militares..... 14
2.6 proibição de promoção na carreira..... 16
3. Controle judicial dos atos administrativos..... 19
3.1 independência entre os poderes e mérito administrativo..... 19
3.2 controle da jurisdicidade dos atos administrativos..... 20
3.3 nulidade exige prejuízo concreto..... 21
3.4 controle sobre a imputação objetiva..... 22
3.4.1 tipicidade da infração disciplinar..... 23
3.4.2 imputação objetiva..... 24
3.4.3 causalidade normativa..... 25
3.4.4 causalidade naturalística..... 26
3.4.5 critérios normativos de relevância..... 27
3.4.5.1 adequação social (institucional)..... 28
a) princípio da insignificância..... 28
b) princípio da posição de garantidor..... 30
c) princípio da tolerância institucional às situações de risco..... 31
3.4.6 Possibilidade de controle judicial..... 31
4. Princípios da hierarquia e disciplina..... 31
5. Motivação do ato administrativo sancionador..... 33
6. Mandado de segurança contra ato disciplinar..... 34
7. Decisões liminares e tutela antecipada contra a Fazenda Pública..... 35
8. Prescrição dos direitos e decadência das ações contra a Fazenda Pública..... 37
9. Prescrição da ação disciplinar..... 38
10. Repercussão administrativa da decisão absolutória em processo criminal..... 42
11. Ações judiciais que visam à perda do posto e da patente..... 43

12. Ação civil pública..... 46
12.1 tutela do direito a segurança pública..... 48
12.2 tutela dos direitos relativos à categoria especial dos militares..... 49
12.3 para a tutela de direitos individuais homogêneos..... 51
12.4 improbidade administrativa..... 52
12.4.1competência da Justiça Militar..... 53
13. Pedido de reparação de danos..... 57
Referências bibliográficas..... 60

1. Introdução

A Justiça Militar brasileira possui origens na legislação de Portugal, sendo que as Ordenações do Reino foram aplicadas na colônia até os fins do século XVIII. Ao tempo do descobrimento do Brasil vigorava em Portugal as Ordenações Afonsinas, cujo Título LI de seu Livro I continha um *Regimento de Guerra* que definia os crimes militares. Muito embora Martim Afonso de Souza, como comandante militar, tenha recebido o direito de criar os cargos judiciais e administrativos necessários à administração das novas terras, o sistema das capitanias hereditárias mostrou-se ineficiente na administração da Justiça. A aplicação na colônia da legislação portuguesa tal como se verificava na metrópole era, de fato, impossível. No Brasil colônia a legislação portuguesa só era aplicada subsidiariamente, quando não colidia com os termos de doações e forais. O arbítrio e a violência, de fato, solucionavam a grande maioria das questões jurídicas. (CORRÊA, p. 19-20).

Com a vinda da família real, o Brasil passou a condição de Reino Unido a Portugal e foi instituída a Justiça Militar Brasileira, por meio do Alvará de 1° de abril de 1808. Nesta ocasião foi criado o Conselho Supremo Militar e de Justiça, como órgão de Justiça Federal, que apresentava duas composições distintas e acumulava funções administrativas e judiciárias. Como Conselho de Justiça conhecia das causas criminais envolvendo os réus que possuíam o foro militar (especial). Como Conselho Supremo Militar, por sua vez, possuía competência mais ampla para abranger todos os negócios em que, em Lisboa, eram conferidos aos Conselhos de Guerra, do Almirantado e Ultramar no que dizia respeito aos assuntos militares e em todos os que o príncipe regente entendesse por encarregar-lhe. O Conselho Supremo julgava em última instância as causas criminais dos réus sujeitos ao foro militar.

No plano constitucional, a instituição da Justiça Militar foi discreta. A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, não fez qualquer referência à Justiça Militar.

A primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, não incluiu os órgãos da Justiça Militar na Seção do Poder Judiciário. No entanto, estabeleceu em seu artigo 77 que os militares teriam foro especial nos crimes militares. Tal foro seria constituído pelo Supremo Tribunal Militar e Conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes. O texto constitucional expressamente restringia a competência Justiça Militar à matéria penal, deferindo à lei ordinária a organização e atribuições da Justiça Militar.

A Constituição de 1934 incluiu a Justiça Militar no capítulo do Poder Judiciário, reservando-lhe uma seção própria. A Justiça especializada passou a ser constituída pelo Supremo Tribunal Militar e pelos juízes militares. Esta carta constitucional ampliou a competência da Justiça Militar para julgar não somente os militares, mas também os assemelhados e os civis, nos casos previstos em lei, para a repressão de crimes praticados contra a segurança externa do país ou contra as instituições militares. A competência da Justiça Militar continuou restrita à matéria penal. Tal situação foi mantida sem alterações pela carta constitucional de 1937.

A instituição da Justiça Militar estadual somente se deu com a Lei Federal n° 192, de 17 de janeiro de 1936, que no parágrafo único de seu artigo 19 determinou que cada Estado organizasse a sua Justiça

Militar, tendo como órgãos de primeiro grau os Conselhos de Justiça e em segundo um Tribunal Especial ou a Corte de Apelação. Esta Lei não definiu a competência da Justiça Militar Estadual, mas por simetria com a Justiça da União convencionou-se que somente teria competência penal, para processar e julgar os crimes militares.

A Constituição de 1946 determinou significativas alterações na Justiça Militar, muito embora tenha mantido sua competência restrita às causas criminais. O Supremo Tribunal Militar passou a ser denominado de Superior Tribunal Militar, denominação que conserva até os dias atuais. Ficou expresso que de sua composição participarão juízes militares e civis. Houve previsão para a Justiça Militar Estadual (art. 124, inciso XII), mas não ficou expressa a sua competência para julgar os crimes militares praticados por policiais militares e bombeiros militares. O texto constitucional estabeleceu que em primeiro grau, a Justiça Militar estadual seria composta por Conselhos de Justiça e em segundo por um Tribunal Especial ou pelo Tribunal de Justiça. A Constituição de 1967 manteve a Justiça Militar conforme foi concebida pela carta constitucional de 1946.

A Constituição de 1988, mantendo a competência da Justiça Militar da União restrita aos processos criminais, esclareceu em seu artigo 125, parágrafo 4°, que *compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei*. Foi a primeira previsão constitucional para a competência da Justiça Militar estadual e, distinguindo-a da competência atribuída à Justiça Militar da União, impediu o processo e julgamento de civis.

A Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004, promoveu importantes alterações no cotidiano da Justiça Militar estadual ao conferir-lhe jurisdição cível. A inclusão da matéria cível, na competência da Justiça Militar, provocou importante mudança de paradigma, desafiando os operadores do Direito a vislumbrar os novos problemas cujo julgamento foi conferido a esta Justiça especializada. Por outro lado, tal alteração impõe refletir sobre a característica especial das Justiças militares e a distinção existente entre a competência da Justiça Militar da União e dos Estados.

Cabe observar que a Justiça Militar é uma Justiça especial porque sua competência é determinada por matéria especial. Não se trata de competência para julgar pessoas especiais, os militares, pois tal concepção tornaria a Justiça Militar uma Justiça de Exceção. A Justiça Militar, seja na esfera criminal ou cível, foi concebida para julgar determinadas matérias que são consideradas especiais.

A experiência da Justiça Militar Estadual com a jurisdição civil é muito recente, sendo que somente passou a ser exercida em janeiro de 2005. O breve texto que ora disponibilizo aos estudiosos da matéria especializada militar pretende expor algumas das novas questões que agora se colocam no contexto da competência cível da Justiça Militar. Estas são apenas as primeiras ponderações, feitas com base nos casos que chegaram à Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, e visam contribuir para o aprimoramento da Justiça Militar e do serviço público que presta em favor da construção de uma sociedade mais justa e solidária.

2. Competência restrita às ações contra atos disciplinares

A competência cível da Justiça Militar Estadual está prevista no § 4º do art. 125 da Constituição Federal. O referido dispositivo constitucional dispõe que:

> § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (grifei)

De maneira expressa, o dispositivo constitucional estabelece que a competência cível da Justiça militar é restrita às ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares. Os atos disciplinares a que se refere a Constituição são atos administrativos que possuem natureza peculiar, e não se pode entender que qualquer ato administrativo que envolva um militar seja, por si só, de natureza disciplinar.

2.1 ato disciplinar

O sistema normativo permite concluir que os atos disciplinares militares são aqueles que envolvem a preservação da disciplina militar, que a Constituição da República define como pilar organizacional das instituições militares em seu art. 42.

Conforme o art. 14, § 2º da Lei nº 6.880/80 - Estatuto dos Militares da União:

> Art. 14...
>
> § 2º. Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Para as instituições Militares do Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual nº 14.310/2002 define os parâmetros que permitem entender o que seja disciplina militar em seu artigo 6º, § 2º. Tal dispositivo está assim redigido:

> Art. 6° – A hierarquia e a disciplina constituem a base institucional das IMEs.
>
> (...)
>
> § 2° – A disciplina militar é a exteriorização da ética profissional dos militares do Estado e manifesta-se pelo exato cumprimento de deveres, em todos os escalões e em todos os graus da hierarquia, quanto aos seguintes aspectos:

I – pronta obediência às ordens legais;
II – observância às prescrições regulamentares;
III – emprego de toda a capacidade em benefício do serviço;
IV – correção de atitudes;
V – colaboração espontânea com a disciplina coletiva e com a efetividade dos resultados pretendidos pelas IMEs.

A moderna doutrina militar define a disciplina como sendo o conjunto de normas de conduta, constituído por direitos e deveres, que os militares devem observar no cumprimento do serviço e, em casos limitados, fora dele. (CARO, 1990, p. 36)

O controle da disciplina, por sua vez, está intimamente ligado ao poder hierárquico, que confere poderes de mando aos superiores em relação aos subordinados. Esclarece o prof. José Carvalho dos Santos Filho que:

> A disciplina funcional resulta do sistema hierárquico. Com efeito, se aos agentes superiores é dado o poder de fiscalizar as atividades dos de nível inferior, deflui daí o efeito de poderem eles exigir que a conduta destes seja adequada aos mandamentos legais, sob pena de, se tal não ocorrer, serem os infratores sujeitos às respectivas sanções. Disciplina funcional, assim, é a situação de respeito que os agentes da Administração devem ter para com as normas que os regem, em cumprimento aos deveres e obrigações a eles impostos. (p. 48-49)

O poder de mando conferido aos superiores hierárquicos da estrutura militar se justifica pela necessidade da pronta intervenção para a preservação da disciplina. Cabe, primeiramente, à autoridade administrativa militar manter a disciplina e evitar que seus subordinados se desviem dos objetivos institucionais das IMEs.

O ato ilícito praticado por militar, no exercício de suas funções, não pode ser considerado um ato disciplinar. O desvio de finalidade do ato praticado pelo militar caracteriza um ato de indisciplina e não um ato disciplinar. O ato disciplinar é aquele emanado da autoridade administrativa para evitar ou responsabilizar os atos de indisciplina.

Nesse sentido, é necessário compreender que a postura da Administração militar frente ao ato de indisciplina praticado por servidor militar constitui manifestação concreta do poder disciplinar. E tal manifestação disciplinar está sujeita ao controle judicial.

Vale observar que a previsão constitucional para o ato disciplinar da Administração não se refere somente aos atos administrativos comissivos. Se a indisciplina do agente público pode ser caracterizada pela conduta omissiva daquele que viola o dever jurídico de fazer alguma coisa, o ato disciplinar da Administração também pode se caracterizar pela omissão das providências necessárias a preservação da disciplina. A omissão da autoridade militar em tomar as devidas providências para impedir a continuidade do ilícito e responsabilizar o militar indisciplinado caracteriza concreta manifestação disciplinar do poder público. A postura administrativo-disciplinar omissiva da autoridade militar pode comprometer a missão institucional da IME e ainda caracterizar conduta autônoma de indisciplina desta autoridade. Não se pode

compreender a competência da Justiça Militar estadual com base, unicamente, na literalidade do disposto no § 4° do art. 125 da Constituição da República. É necessário compreender o ato disciplinar como manifestação do poder público que expressa o exercício ou o não exercício de seu poder disciplinar.

Se a competência cível da Justiça Militar estadual é vinculada ao exame das ações propostas contra os atos disciplinares, não é razoável que seja restrita ao exame da postura administrativa comissiva. Por que razão teria o constituinte conferido competência à Justiça Militar estadual para julgar os atos comissivos da autoridade administrativa militar e à Justiça Comum os atos omissivos, em matéria de disciplina? Não há explicação racional que justifique tal distinção. Certamente, a competência da Justiça Militar abrange tanto as manifestações comissivas quanto as omissivas da autoridade administrativa militar, no que diz respeito à preservação da disciplina.

Da mesma forma, uma ação disciplinar comissiva que se mostre incapaz de produzir o efeito prático de impedir a continuidade do ilícito e preservar a disciplina constitui manifestação disciplinar da Administração. A manifestação disciplinar ineficiente também pode ser objeto de questionamento judicial por meio de ação civil pública.

Por fim, não se pode entender que o ato disciplinar seja somente aquele que impõe sanção disciplinar ao militar que comete transgressão disciplinar. Ato disciplinar é gênero do qual o ato punitivo é espécie. Assim, os atos disciplinares podem ser punitivos ou não punitivos.

Cabe observar que a redação proposta pela PEC n° 358/2005 para o art. 124 estabelece competência distinta para a Justiça Militar da União, restringindo-a apenas ao controle judicial sobre os atos punitivos. A redação proposta para a emenda constitucional é a seguinte:

> Art. 124. À Justiça Militar da União compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, bem como exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas.

Muito embora na doutrina exista quem sustente não haver distinção entre as expressões *atos disciplinares militares* e *punições disciplinares* (ASSIS, p. 19), é possível constatar que muitos atos administrativos disciplinares não possuem a natureza punitiva. Os atos administrativos que conferem premiações ao militar por bom comportamento e os que movimentam o militar de uma unidade para outra por motivos de disciplina não são de natureza punitivos. Portanto, todas as ações civis que visem discutir as manifestações do poder disciplinar são da competência da Justiça Militar estadual. Aprovada a PEC nº 358 com sua redação original, a Justiça Militar da União passará a ter competência cível restrita às ações que visem discutir atos disciplinares punitivos.

Essas preliminares considerações evidenciam que o primeiro desafio dos operadores da Justiça Militar estadual é consolidar a noção jurídica de ato disciplinar militar. Certamente, tratando-se de conceito essencialmente normativo, muitas discussões ainda serão desenvolvidas até que se tenha a noção por consolidada.

2.2 atos administrativos de controle da legalidade

A experiência dos primeiros processos na Justiça Militar mineira evidenciou a necessidade de fazer distinção entre os atos disciplinares militares e os atos de controle da legalidade dos atos administrativos praticados pela Administração militar. Segundo a previsão constitucional, não é da competência da Justiça Militar estadual processar e julgar ações que visem discutir atos administrativos de controle da legalidade.

O vício de legalidade do ato administrativo impõe a sua invalidação, seja pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração. A Administração, quando perceber o vício, deve invalidar o ato administrativo de ofício. Tal medida decorre do princípio constitucional da legalidade, que impõe à administração o dever de controlar a conformidade de seus atos com a lei e caracteriza exercício de autotutela.

O controle da legalidade dos atos da Administração não se confunde com o controle da disciplina dos militares no exercício de suas funções. Nos atos de controle da legalidade não se discute a prática de qualquer transgressão disciplinar que possa provocar a reação da Administração militar em medida de controle disciplinar ou qualquer outro aspecto do poder disciplinar. Portanto, não são da competência da Justiça Militar as ações que visem discutir os atos administrativos de mero controle de legalidade.

O fato de que o ato revisto possa prejudicar a situação jurídica de quem esteja atualmente exercendo funções militares não confere ao ato de controle da legalidade a natureza disciplinar. Mesmo após o militar entrar no exercício de funções militares, pode a Administração rever os seus atos em face do controle da legalidade. Nesse sentido, a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal dispõe que *a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos ...* .

Vale ainda observar que, no Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual nº 14.184/2002, em seu art. 65, estabelece prazo de cinco anos, a contar da data em que o ato administrativo irregular foi praticado, para que a Administração exerça o controle da legalidade de seus próprios atos.

A doutrina e jurisprudência mais tradicional sustentaram que os atos de controle da legalidade, por não se fundamentarem em infração disciplinar, prescindem de observar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (STF – RE nº 247399/SC e no RE nº 213513/SP). No entanto, atualmente, tem prosperado o entendimento de que, quando estiverem em jogo interesses pessoais, contrários à invalidação do ato, deve-se observar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nesses casos, antes da invalidação do ato administrativo, é necessário conferir ao interessado a possibilidade de se manifestar em favor da manutenção do ato. (SANTOS FILHO, p. 135-136) Seguindo esta orientação, o Supremo Tribunal Federal recentemente se manifestou no sentido de que "a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração do processo administrativo que enseja a audição daqueles que terão modificada situação jurídica já alcançada." (RE nº 158.543-9/RS) Esta, sem dúvida, é a posição mais correta. De qualquer forma, insisto, a competência para conhecer e julgar ação judicial proposta contra ato administrativo de controle de legalidade é da Justiça Comum.

2.3 atos de ordenação de concursos públicos

No exercício do controle da legalidade ou autotutela da Administração avulta em importância os atos administrativos relativos a concursos públicos. É comum a Administração excluir militares, que estão em cursos de formação, diante da descoberta da prática de atos que revelem sua inidoneidade moral. Atos praticados pelo militar antes de seu ingresso na instituição devem ser analisados sob a ótica da satisfação dos requisitos de concurso público e se, após a conclusão do processo administrativo seletivo, ocorrer a exclusão do militar tal medida não possui a natureza disciplinar.

Esses casos, evidentemente, não são da competência da Justiça Militar estadual. A verificação da satisfação dos requisitos previstos em edital de concurso por candidato não se insere na esfera do Poder Disciplinar porque não existe relação hierárquica entre o candidato e qualquer agente da Administração Pública militar. Se a disciplina militar é a exteriorização da ética funcional dos militares, não se pode cogitar ética funcional antes que se possa caracterizar o início do exercício das funções militares. A questão relativa ao atendimento dos requisitos para o ingresso na carreira militar não se refere à ética funcional, posto que ainda não há o exercício de qualquer função militar. O candidato em concurso público para ingresso nas instituições militares ainda não é militar, não está inserido em nenhum escalão ou grau de hierarquia e não se sujeita às regras de disciplina militar.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo reiteradamente, como se pode constatar da seguinte ementa:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO COMUM ESTADUAL E JUÍZO MILITAR. EXONERAÇÃO *EX OFFICIO*. DESCUMPRIMENTO DE REQUISITO PREVISTO EM EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO. ATO ADMINISTRATIVO NÃO REVESTIDO DE NATUREZA DISCIPLINAR. ART. 125, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO (EC N. 45/2004).
> 1. O ato administrativo de exoneração *ex officio* do Autor, impugnado no mandado de segurança, não se reveste de natureza disciplinar militar, *pois fundado no descumprimento de requisito previsto no edital do concurso público* para provimento do cargo de Policial Militar do Estado de Minas Gerais.
> 2. Compete à Justiça Comum Estadual o julgamento de ação contra ato administrativo que não se reveste de natureza disciplinar militar.
> 3. Competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Governador Valadares - MG, ora suscitado.
> (CC 99210 / MG, Relator(a) Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP). Órgão Julgador - 3ª SEÇÃO. Pub. DJe 07/04/2009)

Portanto, qualquer discussão sobre as normas estabelecidas para a realização de concurso público para o ingresso em instituições militares e/ou o seu atendimento por candidatos deve ser levada a conhecimento da Justiça Comum.

2.4 atos de avaliação de estágio probatório

No exercício da autotutela, também merecem destaque os atos administrativos relativos à avaliação de desempenho de militar em estágio probatório. Da mesma forma que os atos de controle sobre os requisitos para o ingresso nas instituições militares, por não se relacionar com qualquer dos aspectos do exercício do poder disciplinar, as questões relativas ao estágio probatório não são da competência da Justiça Militar estadual.

O Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente ressaltando a distinção existente entre os atos disciplinares militares e os atos administrativos que não afetam a disciplina das corporações militares, para definir a competência da Justiça Comum para conhecer e julgar ações relativas ao estágio probatório de militares. Nesse sentido, a decisão sobre o Conflito de Competência nº 54.553/SP, cujo relator foi o eminente Ministro Nilson Naves:

> 1. O que compete à Justiça Militar estadual é processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares (EC nº 45/04).
> 2. Não lhe compete, em conseqüência, ação contra ato administrativo, na qual se alega achar-se a exoneração em estágio probatório viciada por ilegalidade e abusividade, e na qual, também em conseqüência, pleiteia-se reintegração [...]. STJ. CC 54.533-SP. Relator: Nilson Naves. Brasília, acórdão de 26 out. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, 06 fev. 2006. Seção 1, p. 196.

Importante ressaltar que o entendimento de que a Justiça Militar Estadual é incompetente para julgar causas relativas a estágio probatório é tão pacífico no STJ que os conflitos de competência não são mais decididos por decisão colegiada e sim por meio de decisões monocráticas, conforme se pode perceber da seguinte decisão, de lavra do Exmo. Ministro Felix Fischer e proferida nos autos do Conflito de Competência n° 062.189/SP, a qual transcrevo:

> DECISÃO
>
> Cuida-se de conflito negativo de competência estabelecido entre o Juízo da 2ª Auditoria Militar de São Paulo, suscitante, e o Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, suscitado, em ação na qual a autora, Policial Militar Temporário, pretende a sua reintegração no quadro funcional da Polícia Militar do Estado do São Paulo em razão de ter sido exonerada do cargo sob a justificativa de não ter logrado aprovação no estágio probatório.
>
> O Juízo suscitado declinou de sua competência, ao argumento de que a pretensão do autor enquadra-se em demanda judicial contra atos disciplinares militares, atribuída à justiça militar em razão da Emenda Constitucional nº 45/2004.
>
> Por seu turno, o Juízo suscitante (fls. 135/136) entendeu que a exoneração da autora não se deu em virtude de ato punitivo disciplinar, mas sim em conseqüência de não preencher

os requisitos do estágio probatório, razão pela qual falece competência à justiça militar para o feito.

É o relatório.

Decido.

Pelo que se tem dos autos, a autora pretende a reintegração no quadro da Polícia Militar de São Paulo alegando que foi ilegal a sua reprovação no estágio probatório e conseqüente exoneração.

Esta Corte já decidiu que falece competência à justiça militar para apreciar feitos relativos a reintegração de pessoal que não diga respeito à exoneração decorrente de punições disciplinares.

Nesse sentido:

"JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL (COMPETÊNCIA). ATO ADMINISTRATIVO (EXONERAÇÃO). REINTEGRAÇÃO (PEDIDO).

1. O que compete à Justiça Militar estadual é processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares (EC nº 45/04).

2. Não lhe compete, em conseqüência, ação contra ato administrativo, na qual se alega achar-se a exoneração em estágio probatório viciada por ilegalidade e abusividade, e na qual, também em conseqüência, pleiteia-se reintegração.

3. Conflito conhecido, declarada a competência do suscitado" (CC 54.553-SP, 3ª Seção, Rel. Min. Nilson Naves, DJU de 06.02.06)

No mesmo sentido: CC nº 054.520, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 07.03.06; CC nº 056.968, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 27.03.06; CC nº 048.694, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 19.10.05.

Ante o exposto, conheço do conflito e declaro competente para julgamento do feito o Juízo Comum Estadual, ora suscitado. (DJ 22.06.2006).

Além das decisões monocráticas citadas pelo ilustre Ministro Felix Fischer, cito, ainda, as decisões monocráticas proferidas nos conflitos negativos de competência nºs 056.945, 054.567, 58.876, 48.854 e 54.521.

2.5 movimentação de militares

A experiência da Justiça Militar mineira registra algumas ações que visam ao reconhecimento do direito do militar de permanecer em determinada unidade de lotação. O entendimento consolidado no Tribunal é no sentido de que a movimentação de militares de uma para outra unidade de lotação decorre de exercício de poder discricionário da Administração. Os militares não gozam do direito à inamovibilidade e a natureza dos serviços prestados pelas instituições militares impõe a possibilidade de rápida mobilização de efetivos.

A movimentação de efetivos sempre se opera em razão dos interesses de preservação da qualidade e eficiência do serviço. Nunca em razão de aplicação de uma sanção disciplinar. Não existe a sanção disciplinar transferência, o que seria verdadeiramente um banimento da unidade militar. A transferência de militar indisciplinado de uma unidade para outra é medida que visa preservar o serviço militar dos efeitos nocivos da indisciplina e não aplicar uma sanção disciplinar ao (possível) infrator.

Se a movimentação ocorrer em razão de determinada estratégia de combate à criminalidade, como, por exemplo, aumentar o efetivo de militares em determinada localidade na qual os índices de criminalidade sejam maiores, ou nos casos em que a movimentação de efetivos se deve à necessidade de garantir a realização de eleições livres, não se verifica qualquer aspecto do exercício do poder disciplinar e a competência para o exame das ações judiciais que visem à invalidação dos atos administrativos pertinentes é da Justiça Comum. As estratégias de combate à criminalidade ou relacionadas à defesa civil podem ser questionadas em juízo, sob o prisma do princípio constitucional da eficiência, por meio de ações individuais ou coletivas. Entretanto, a defesa do direito fundamental à segurança em aspectos que não se relacionem com a disciplina não pode ser exercida perante a Justiça Militar.

Por outro lado, se a movimentação de militares decorrer de interesses relacionados à conveniência da disciplina, o ato administrativo possui natureza disciplinar e compete à Justiça Militar estadual o exame das ações judiciais que visem à sua invalidação. Muito embora o ato de transferência não seja punitivo, sua natureza é disciplinar.

O exame sobre a validade jurídica do ato administrativo de movimentação de militar de uma unidade de lotação para outra, com base na conveniência da disciplina, ordinariamente, é levada a conhecimento do Poder Judiciário por meio de ações individuais. O argumento mais utilizado para pleitear a invalidação do referido ato de movimentação é que o mesmo constitui verdadeira sanção disciplinar e sua aplicação exige observar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A possibilidade de movimentação de efetivos é uma característica inerente aos serviços públicos prestados pelas instituições militares. Ainda que fundamentada em conveniência da disciplina, insisto, não pode ser considerada como sanção. Nenhum militar pode ser considerado punido pelo simples fato de ter sido removido de uma unidade de lotação para outra. Cabe lembrar que, em muitos casos, o militar também é transferido sem que haja qualquer indicação de conveniência da disciplina. Em outros, a remoção em decorrência da conveniência da disciplina se explica pela liderança e bom exemplo que o militar exerce sobre a tropa. Em qualquer caso, a movimentação não caracteriza sanção disciplinar e, por isso, não há que se falar em contraditório ou ampla defesa. Sustentar a necessidade de instauração de processo administrativo disciplinar antes de levar a efeito qualquer movimentação de efetivos significa inviabilizar o controle sobre a eficiência dos serviços públicos prestados pelas instituições militares. Isto não significa que o Poder Judiciário não possa fazer o controle sobre a legalidade do ato, em especial nos casos de desvio de finalidade. Nestes casos, a competência para conhecer e julgar a ação que visa impugnar ato administrativo de transferência a bem da disciplina é da Justiça Militar estadual.

2.6 proibição de promoção na carreira

A previsão legal que estabelece impedimento a promoção na carreira ao militar que se encontra submetido a processo criminal já foi entendida como sendo uma sanção disciplinar e, assim, que a competência para conhecer e julgar ações judiciais que visam a impugnação deste impedimento é da Justiça Militar estadual. Na Declaração Incidental de Inconstitucionalidade nº 04, o Tribunal de Justiça Militar, por maioria de votos, já decidiu que:

> - A natureza jurídica da restrição à promoção do militar que se encontra submetido a processo penal é sancionatória disciplinar.
> - O impedimento à progressão na carreira do militar que se encontra submetido a processo criminal, previsto na Lei Estadual n. 5.301/69, ofende os princípios da presunção de inocência e da garantia do acesso à Justiça.
> - Ofende o princípio do devido processo legal a vedação à progressão na carreira militar, medida eminentemente sancionatória, sem a prévia instauração de processo administrativo-disciplinar no qual sejam respeitadas todas as garantias constitucionais do acusado.
> - Declaração da inconstitucionalidade da restrição imposta pelo art. 214 c/c o art. 203, inciso IX, da Lei Estadual n. 5.301/69, que impede a progressão na carreira do militar que se encontra submetido a processo criminal.

O posicionamento foi posteriormente revisto pelo Tribunal, na oportunidade do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 9673-50.2010., que entendeu não ser de natureza disciplinar a restrição imposta à promoção do militar na carreira.

No Incidente de Uniformização sustentei que

> ... a restrição à promoção constitui verdadeira sanção, indevidamente imposta em prejuízo do militar que tem a sua situação jurídica prejudicada sem a oportunidade de exercer qualquer defesa no âmbito administrativo. Um efeito automático da instauração do processo criminal que prejudica a situação jurídica já consolidada do militar no âmbito administrativo.
> Neste sentido, penso que a natureza disciplinar da restrição se evidencia no prejuízo causado a uma situação jurídica já adquirida pelo militar, sem que o mesmo tenha qualquer possibilidade de defesa no âmbito administrativo. O art. 203 da Lei Estadual n. 5.301/69 deixa perceber claramente que o militar, embora incluído no quadro de acesso, fica impedido de ser promovido. Ora, o fato do militar estar incluído no quadro de acesso evidencia que o militar satisfez, no âmbito administrativo, todos os requisitos necessários para a sua promoção. O impedimento imposto pelo referido artigo prejudica a sua situação jurídica já adquirida e não pode se confundir com a insatisfação de um requisito para a promoção, que impõe a necessidade de conquistar a situação jurídica que permite a promoção. Todos os exemplos mencionados pelo Exmo. Juiz relator para explicar os requisitos da promoção apresentam essa mesma natureza de exigências para adquirir a situação jurídica que permite a promoção.

Nenhum dos exemplos de requisitos para a promoção estabelecem prejuízo para uma situação jurídica já consolidada.
Por tais razões, manifesto-me no sentido de que o impedimento à promoção imposto ao militar processado criminalmente constitui sanção disciplinar e que a Justiça especializada Militar é competente para conhecer e julgar as ações cíveis que visem impedir os efeitos de tal restrição.

No entanto, prevaleceu o ponto de vista de que:

A competência da Justiça Militar estabelecida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 deve ser delimitada ao exame da legalidade dos atos disciplinares, devendo ser interpretada restritivamente, por tratar-se de Justiça especializada.
O ato ora impugnado constitui-se na mera concretização, pela Administração Militar, da observância dos requisitos objetivos estabelecidos na Lei n. 5.301/69, para a promoção dos militares estaduais. Trata-se de questão de ordem administrativa, e não disciplinar.
Os documentos de fls. 20 e 27 noticiam que o agravante foi enquadrado no impedimento previsto no art. 203, IX, "a", c/c o art. 209 da Lei Complementar n. 95 de 2007, por estar respondendo aos Processos Criminais ns. 024.09.525.946-1/2º JESP Criminal e 024.07.437.707-8/9ª Vara Criminal, deste constando a informação de que foi condenado à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão e à perda da função.
Antes da alteração promovida pelo art. 11 da Lei Complementar n. 109, de 22/12/2009, o inciso IX do art. 203 e o art. 209 da Lei n. 5.301, de 16 de outubro de 1969, alterados pela Lei Complementar n. 95, de 17 de janeiro de 2007, previam, entre outros, os seguintes requisitos:

> Art. 203. Não concorrerá à promoção nem será promovido, embora incluído no quadro de acesso, o Oficial que:
> (...)
> IX - estiver *sub judice*, denunciado por crime doloso previsto:
> a) em lei que comine pena máxima de reclusão superior a dois anos, desconsideradas as situações de aumento ou diminuição de pena;
>
> Art. 209. Aplica-se às promoções de praças por merecimento e por antigüidade o previsto nos incisos I a VI do caput e nos §§ 2º, 3º e 6º do art. 186, bem como nos arts. 187, 194, 198 e 203 desta Lei.

Além do requisito relativo a não estar o militar denunciado por crime doloso, o acesso à graduação ou classe superior condiciona-se ao cumprimento de inúmeros outros requisitos estabelecidos nos artigos 186, 187, 194 e 198 do Estatuto, dos quais podemos citar, a título de exemplo, a aptidão física, o interstício no posto, entre outros.
A verificação da satisfação desses requisitos não se insere na esfera do Poder Disciplinar da Administração, porque não possui relação com o cumprimento da disciplina na caserna. A transgressão disciplinar é definida no art. 11 do Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais como:

> toda ofensa concreta **aos princípios da ética e aos deveres inerentes às atividades das IMEs** em sua manifestação elementar e simples, **objetivamente**

> **especificada neste Código**, distinguindo-se da infração penal, considerada violação dos bens juridicamente tutelados pelo Código Penal Militar ou comum.

> É contrário à lei o ato da Administração que promove um militar, sem que o mesmo tenha preenchido os requisitos para tanto. Com efeito, o descobrimento da insatisfação de requisitos indispensáveis à promoção não é um ato voltado para a preservação da disciplina, constituindo-se apenas no exercício do controle da legalidade dos atos administrativos, *in casu,* da legalidade do acesso gradual e sucessivo das praças das instituições militares estaduais à graduação superior. (Juiz Cel. BM Osmar Duarte Marcelino)

A decisão proferida no Incidente de Uniformização baseou-se em um único precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que afirma:

> ADMINISTRATIVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - 'FUMUS BONI IURIS' E 'PERICULUM IN MORA' - PRESENÇA - PROVISORIEDADE - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - COMPETÊNCIA - JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL - INOCORRÊNCIA - PROMOÇÃO NA CARREIRA - JUSTIÇA COMUM ESTADUAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 125, §§ 3º E 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - REJEIÇÃO. 1 - Nos termos do art. 125, §§ 3º a 5º, da CR/88, com a redação dada pela EC n.º 45/04, compete aos Juízes de Direito da Justiça Militar Estadual processar e julgar as ações judiciais movidas contra atos disciplinares militares, as quais não se confundem com as ações movidas contra o indeferimento de inscrição do servidor Militar em certame de promoção na carreira. (Agravo de Instrumento N. 1.0701.09.272615-0/001, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, Pub. 27/04/2010)

Vale observar que o exame sobre a constitucionalidade ou não da restrição é matéria de mérito da ação e para definir a competência da Justiça Militar é necessário caracterizar o impedimento à promoção como um requisito de concurso e não como uma sanção disciplinar. O voto condutor do acórdão acabou por também adentrar o mérito da questão constitucional relativa à restrição imposta, inclusive citando jurisprudência, mas não cabe aqui enfrentar esta discussão.

Não há dúvidas de que a competência de qualquer Justiça especializada deve ser interpretada restritivamente. Contudo, saber se a restrição imposta à promoção de militares é um requisito de concurso ou uma sanção disciplinar antecipada desafia uma reflexão mais aprofundada e não é possível aplicar o princípio de interpretação mais restritiva. A restrição imposta aos militares tem natureza de sanção ou de requisito para a promoção. Não se pode concluir que, na dúvida, tenha a natureza de requisito.

Também não se pode confundir a questão relativa à natureza da restrição (que define a competência da Justiça) com a questão relativa à possibilidade jurídica de instituir e aplicar a referida restrição (mérito da impugnação). Quanto à questão preliminar de mérito, continuo a entender que a natureza da restrição imposta à promoção do militar na carreira é de sanção, já que a instauração do processo criminal, por si só, é capaz de prejudicar uma situação jurídica administrativa do militar que já se encontrava consolidada. Tal prejuízo decorre de uma inaceitável presunção de que a instauração do processo criminal indica inadequação funcional do militar, dispensando-se até mesmo a instauração de processo administrativo disciplinar que é o instrumento jurídico apto a apurar efetivamente a referida situação.

3. Controle judicial dos atos administrativos

A questão relativa à possibilidade do Poder Judiciário reconhecer a nulidade do ato administrativo sem que isso importe em interferência na inviolável independência dos poderes do Estado não é complexa.

Neste aspecto cabe perceber que todas as atividades do Estado são limitadas pela subordinação à ordem jurídica. Os atos normativos possuem a sua mais forte razão de ser na necessidade de excluir o arbítrio no desenvolvimento das relações sociais e os atos praticados pela autoridade pública, de igual forma, pressupõem a observância das limitações contidas nos textos normativos. Afinal, o Estado de Direito pressupõe que governantes e governados estejam submetidos ao mesmo ordenamento jurídico.

É certo que, em muitos casos, a norma prevê o exercício de um poder discricionário, onde a Administração pública tem a faculdade de realizar juízos sobre a oportunidade e conveniência da prática de determinados atos administrativos. Nestas hipóteses, não há uma quebra da submissão à ordem jurídica, posto que esta mesma ordem jurídica autoriza o exercício do poder discricionário. No entanto, como à Administração Pública é defeso fazer aquilo que não esteja expressamente autorizado, o exercício do poder discricionário somente se opera por autorização de lei. Não havendo autorização legal não há que se falar em discricionariedade.

Para garantir a efetividade das disposições normativas, o ordenamento jurídico nacional prevê um sistema tríplice de controle, em que coexistem os controles administrativo, legislativo e jurisdicional. No exercício de sua atividade típica, o Poder Judiciário possui competência plena para analisar os atos administrativos sob o aspecto de sua legalidade. Não pode realizar o juízo de oportunidade e conveniência da prática dos atos administrativos dos demais Poderes, mas pode e deve analisar a observância da legalidade, tanto nos atos administrativos vinculados como nos discricionários.

Neste sentido, perceba-se que o art. 5, inciso XXXV da Constituição Federal dispõe que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

3.1 Independência entre os poderes e mérito administrativo

A Constituição da República, em seu art. 2º, estabelece que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos. Isso significa que as funções típicas do Estado são divididas entres os três Poderes, mas que no âmbito interno de cada Poder é possível realizar a atividade que tipicamente é conferida ao outro. Nesse sentido, o Poder Judiciário pode exercer a atividade sancionatória disciplinar em relação aos seus membros e servidores. Não pode, contudo, exercer atividade disciplinar em relação aos membros e servidores de outros poderes.

Por isso, não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito da pretensão sancionadora na esfera administrativa das instituições militares e substituir o Poder Executivo na análise das questões de sua exclusiva atribuição. Nesse sentido, é a posição pacífica do Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode

ver da ementa do acórdão relativo ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19846 / RS (2005/0055924-1), cujo relator foi o eminente Ministro Gilson Dipp:

> Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato atacado, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade.

No mesmo sentido, a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 6853/DF (2000/0021626-7), cujo relator foi o eminente Ministro Hamilton Carvalhido:

> No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

Com efeito, o Poder Judiciário não pode adentrar o mérito do ato administrativo disciplinar proferido pelas instituições militares para reconhecer, por exemplo, a sua *justiça* do ato administrativo sancionador. Isso significaria invadir atribuição típica exclusiva do Poder Executivo.

Por isso, não é possível produzir em juízo provas que visem contrapor as que foram colhidas em processo administrativo disciplinar e pleitear a reforma da decisão administrativa disciplinar. A análise do Poder Judiciário sobre as provas colhidas no processo administrativo se restringe à comprovação de sua existência, cabendo exclusivamente à Administração fazer juízos de valor sobre as mesmas. Quando inexistir qualquer lastro probatório que sustente a punição disciplinar, poderá o Poder Judiciário declarar a nulidade do ato administrativo disciplinar. Por outro lado, existindo nos autos do procedimento administrativo provas que sustentem versões diversas para um mesmo fato, caberá à Administração valorar a prova e decidir quanto à aplicação da sanção disciplinar. Não pode o Poder Judiciário admitir a produção, em juízo, de novas provas para rever a decisão de mérito administrativo. Certamente implica violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, admitir que o Poder Judiciário possa substituir o Poder Executivo, em atribuições que lhe são próprias, para dar maior valor ou credibilidade a determinadas provas em detrimento de outras.

3.2 Controle da juridicidade dos atos administrativos

O eminente Seabra Fagundes, em sua obra *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, ed. Forense, 1979, p. 54, ensina que é

> ...preciso sublinhar, que o Direito Administrativo, disperso por textos os mais diferentes, elaborados sem unidade, com muitos dos seus institutos ainda mal cristalizados, não comporta

> uma precisa capitulação dos vícios dos atos de administração pública (causa) e da sua invalidez (sanção).

Sob a classificação de *atos absolutamente inválidos*, comparáveis aos atos *nulos* do Direito Civil, Seabra Fagundes inclui os atos administrativos que traduzem um *desvio de finalidade.*(ob. Cit. p. 54) Estes *carecem de qualquer valia jurídica* e razões de interesse público e de moralidade administrativa levam a fulminá-los. Esclarece o renomado autor que, no trato de vícios dessa natureza, "as regras do Código Civil têm destacada aplicação..."(O. Cit. p. 69)

Continua o mestre Seabra Fagundes:

> A lei estabelece a amplitude dentro da qual se deve movimentar a autoridade pública no desempenho de suas atribuições. Se esta excede esses limites, a sua atuação se torna ilegal. (p. 70-71)

E ainda,

> ... os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade.

O exame do Poder Judiciário sobre os atos administrativos tem como norte a observância dos princípios fundamentais da Constituição, em especial os princípios expressos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da administração pública, que são consagrados em seu artigo 37. Também é cabível a análise sobre a competência da autoridade administrativa para aplicar a punição disciplinar e a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, expressos nos incisos LIII e LV do artigo 5º da Constituição.

3.3 Nulidade exige prejuízo concreto

Não havendo qualquer prejuízo concreto à defesa do militar processado disciplinarmente, o Poder Judiciário não poderá declarar a nulidade da sanção que lhe for aplicada pela administração militar.

Em se tratando de processo penal, cuja conseqüência é mais gravosa ao acusado, vigora o princípio de que não se reconhece nulidade sem prejuízo. O art. 499 do CPPM dispõe expressamente que *nenhum ato judicial será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.* O dispositivo legal materializa o princípio da instrumentalidade das formas, consagrado na expressão *pás de nullité sans grief*, e reafirma que o processo é *meio* para a obtenção de um provimento judicial adequado e não um *fim* em si mesmo.

No processo administrativo disciplinar o princípio da instrumentalidade das formas tem inteira aplicação e, não havendo concreto prejuízo para a defesa, não há que se falar em nulidade. Sobre a

impossibilidade de declaração de nulidade de ato que não causa prejuízo à defesa, o art. 69 da Lei Estadual mineira n° 14.310/2002 é expresso ao asseverar que:

> Art. 69 – A nulidade do processo ou de qualquer de seus atos verificar-se-á quando existir comprovado cerceamento de defesa ou prejuízo para o acusado, decorrente de ato, fato ou omissão que configure vício insanável.

Outro não é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme se pode ver da seguinte decisão:

> A aplicação dos princípios e preceitos jurídicos deve resultar na adequação dos meios à finalidade de interesse público que se quer atingir. A declaração de nulidade somente deve ser pronunciada em face da real existência de prejuízo daquele que houve a sua defesa supostamente cerceada.
>
> ...
>
> Portanto, ainda que tenha havido alguma violação formal do devido processo legal, é de se questionar a utilidade da anulação do ato administrativo de exclusão do apelado das fileiras da PMMG em face dos fatos que ele próprio 'protagonizou'. (Ap. Cível 1.0000.00.206.271-9/000, Rel. Des. Carreira Machado, 4ª C. Cível, j. 24/05/2001).

Desta forma, para que ocorra a anulação de um processo administrativo disciplinar é necessária a comprovação da ocorrência de um prejuízo concreto à defesa do militar acusado. Tal prejuízo pode se caracterizar diante de desvio de finalidade do agente público encarregado de conduzir a investigação ou de proferir julgamento no processo administrativo disciplinar, pela consideração de uma prova ilicitamente produzida ou, até mesmo, pela perda de uma oportunidade para o militar produzir licitamente uma prova em favor de sua defesa.

3.4 Controle sobre a imputação objetiva

A dogmática penal contemporânea superou as limitações impostas pela perspectiva causal-naturalista e de sua racionalidade cognitiva, que dominou o pensamento jurídico-penal no início do século passado, para consolidar um paradigma de natureza normativo- funcional. Na atualidade, os doutrinadores concordam que a construção do sistema jurídico-penal não pode trabalhar apenas com os dados ontológicos da causalidade natural. A crítica aos sistemas naturalistas retoma o neokantismo, para reconstruir de maneira teleológica os conceitos da teoria do crime, de modo a conferir conteúdo material a todas as suas categorias, atribuindo-lhes um sentido, conforme a missão atribuída ao Direito Penal.

No novo paradigma normativo, os conceitos jurídicos são concebidos sob o prisma de sua funcionalidade, para desempenhar um papel determinado no sistema, tendo em vista a produção de consequências consideradas justas e adequadas. O sistema jurídico de índole valorativo-funcional é o que melhor atende às necessidades do Direito Penal contemporâneo, em especial por seu caráter aberto e

dinâmico que lhe permite ser permanentemente reconstruído, conforme a atualização dos princípios político-criminais e dos critérios valorativos utilizados para estabelecer a responsabilização penal.

A mudança de paradigma verificada no Direito Penal também deve ocorrer no Direito Administrativo sancionador, pois ambos os ramos do Direito integram o mesmo sistema normativo e devem ser compreendidos pelo prisma comum do Estado Democrático. A teoria geral da infração disciplinar deve estabelecer o conceito analítico a ser utilizado para interpretar a conduta que poderá vir a ser considerada infração disciplinar. Se à dogmática do Direito Penal cabe a tarefa de formular o conceito analítico do crime, à dogmática do Direito Administrativo cabe formular o conceito analítico da infração disciplinar. Em ambos os casos, o conceito analítico constitui um modelo de interpretação da realidade que se presta a viabilizar, de maneira adequada, os objetivos sancionadores de cada um dos ramos do Direito. O modelo para a identificação da infração disciplinar deve apresentar a mesma natureza normativa que o modelo utilizado pelo Direito Penal para identificar o crime. O modelo concebido pela teoria do Direito Administrativo também deve ser referenciado à conduta humana e apresentar as mesmas características da tipicidade, ilicitude e reprovabilidade. Nesse sentido, o *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*, editado pela Controladoria-Geral da União (disponível no site http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/), considera que a infração disciplinar apresenta as características da tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Visando prestar contribuição ao tema da tipicidade da infração disciplinar militar, desenvolvo breves considerações sobre o aspecto específico da imputação que se relaciona à violação da norma administrativa disciplinar, em seu aspecto objetivo. O estatuto de referência para as reflexões é a Lei Estadual n. 14.310/2002 que instituiu o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais, e tipificou transgressões disciplinares.

3.4.1 tipicidade da infração disciplinar

No direito administrativo sancionador tem inteira aplicação a garantia da tipicidade da infração administrativa. Isto significa que a lei deve descrever de maneira adequada ao entendimento de todos os militares que condutas a Administração considera infração disciplinar (condutas proibidas).

Cabe observar que o fato da descrição típica da falta disciplinar utilizar elementos normativos não implica em violação ao princípio da reserva legal. Os tipos penais incriminadores também utilizam elementos normativos e nunca houve reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de qualquer inconstitucionalidade. No âmbito da Justiça Militar vários são os exemplos de tipos penais incriminadores que utilizam elementos normativos. É o caso do crime previsto no art. 349 do CPM, que se refere à conduta de "deixar, sem justa causa, de cumprir decisão da Justiça Militar...". A expressão *justa causa* também constitui elemento normativo do tipo e é necessário interpretar o seu conteúdo para saber quando a conduta punível se verifica. A necessidade de interpretação quanto ao sentido e alcance dos elementos normativos do tipo não torna a previsão legal que os utiliza inconstitucional.

Como exemplos de elementos normativos utilizados na descrição de infrações disciplinares militares cabe citar as expressões *honra pessoal* e *decoro da classe*. As expressões *honra pessoal* e o *decoro da classe* constituem elementos normativos do tipo administrativo que descreve a transgressão disciplinar e exigem esforço interpretativo do operador do Direito. A necessidade de interpretação do elemento normativo não

implica em nenhuma violação ao princípio da reserva legal. As noções sobre o que venha a ser *honra pessoal* e o *decoro da classe* são bem consolidadas no ambiente militar e a interpretação de sua aplicação aos casos concretos não apresenta dificuldades. Tais elementos se referem a situações fáticas que podem facilmente ser identificadas pelos destinatários da norma que é subjacente ao tipo.

3.4.2 Imputação objetiva

A imputação objetiva constitui a etapa inicial do juízo de tipicidade. Constatada a satisfação dos requisitos objetivos necessários à violação da norma jurídica, a análise prossegue em relação aos requisitos de natureza subjetiva (imputação subjetiva).

"Imputar" significa atribuir, atribuir alguma coisa a alguém. A expressão *imputação objetiva*, utilizada em Direito Penal, significa atribuir a alguém a prática de conduta que satisfaça as exigências objetivas necessárias à caracterização do tipo penal incriminador. O tipo penal se fundamenta em uma norma incriminadora que lhe é subjacente e a *imputação objetiva* implica em violação dessa norma jurídica, nos aspectos objetivos relacionados à conduta do infrator.

O Código Penal Militar (CPM), em seu art. 29, trata da imputação objetiva que viabiliza a caracterização do tipo de crime militar. O referido dispositivo estabelece que "o resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa" e, ainda, que "considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido". Isto significa que todo crime apresenta um resultado e, como os crimes militares não são todos materiais, que tal resultado é jurídico e não naturalístico. A referência à omissão como causa de um resultado é a prova expressa e cabal de que o sistema é normativo e não naturalístico: a conduta omissiva é incapaz de produzir qualquer modificação na realidade natural. A omissão é conduta que viola a norma mandamental que impõe o dever de proteger o bem jurídico. No sistema acolhido no CPM a ação é a forma de violação da norma jurídica proibitiva e a omissão é a forma de violação da norma jurídica mandamental. Em qualquer caso, o sistema tem por referência a norma, e não a mudança produzida pelo criminoso na natureza.

No Direito Administrativo sancionador não há uma norma explicativa que trate da relação de causalidade. No entanto, não se pode punir administrativamente quem não tenha dado causa à violação da norma jurídica disciplinar. Por isso, é forçoso reconhecer que o resultado de que depende a existência da infração disciplinar somente é imputável a quem lhe deu causa, e ainda que se considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Essas premissas inafastáveis da responsabilização administrativa levam à conclusão de que a imputação objetiva da infração disciplinar é a atribuição de conduta que objetivamente viola a norma subjacente ao tipo que descreve a infração disciplinar.

A *imputação objetiva* trata especificamente da relação de causalidade que necessariamente deve existir entre a conduta de determinado indivíduo e a violação da norma jurídica, no plano estritamente objetivo (sem considerações sobre a intenção que orientou a conduta). A relação de causalidade constitui tema de relevância prática evidente, pois somente é possível aplicar uma sanção jurídica a quem deu causa à violação de uma norma jurídica. No Estado Democrático de Direito, não se pode justificar a responsabilização administrativa do servidor por resultados produzidos sem a sua contribuição. Assim, somente haverá responsabilidade para aquele indivíduo que contribuir para a ocorrência do resultado, entendendo-se como tal o resultado normativo de violação da norma jurídica.

Vale ressaltar que a mera relação de causalidade material (naturalística) não satisfaz plenamente todos os requisitos objetivos do tipo descritivo da infração disciplinar. A *imputação objetiva* diz respeito ao juízo de tipicidade, na perspectiva de um tipo de conteúdo valorativo (ROXIN, p. 342; JAKOBS, p. 306; JESCHECK, p. 379; PESSOA, p. 201; CUESTA AGUADO, p. 144; SANCINETTI, p. 101 e 135). A legitimidade da adequação típica exige que a imputação objetiva seja enriquecida com considerações de natureza normativa, que possibilitem selecionar, na realidade material, apenas o que possa interessar aos objetivos protetivos do Direito Administrativo sancionador. Nesse sentido, o tipo de infração administrativa deve ser concebido sob o enfoque dos juízos valorativos sobre o que seja institucionalmente relevante.

3.4.3 Causalidade normativa

O fundamento da imputação objetiva é a causalidade jurídica, ou seja, a causalidade normativa ou típica (RUDOLPH, p. 13-14). Na estrutura da imputação objetiva se examina a relação de causalidade natural entre a conduta e o resultado, quando se tratar de infrações administrativas materiais, e também a relevância jurídica da conduta, sob a ótica dos critérios normativos de relevância. Não sendo o caso de infração que produza modificações na realidade natural, a imputação objetiva exige considerar apenas a relevância jurídica da conduta para a violação da norma jurídica disciplinar.

A teoria da imputação objetiva considera os aspectos objetivos da conduta imputável e, por isso, eventualmente envolve a discussão sobre a causalidade material. Concretamente, as questões de causalidade natural somente importam às infrações administrativas que consideram a ocorrência de um resultado em sentido naturalístico. Como exemplo de infração disciplinar material, é possível citar a conduta de "danificar ou inutilizar, por uso indevido, negligência, imprudência ou imperícia, bem da administração pública de que tenha posse ou seja detentor", prevista no inciso X do art. 14 da Lei Estadual n. 14.310/2002. Neste caso, é necessário constatar inicialmente a ocorrência do dano ou da inutilização e

quem deu causa a tal ocorrência.

Mas, nem todas as infrações disciplinares são materiais. Também há previsão legal para infrações formais e de mera conduta. Como exemplo de infração disciplinar formal, é possível citar a conduta de "fazer uso do posto ou da graduação para obter ou permitir que terceiros obtenham vantagem pecuniária indevida", prevista no inciso XIX do art. 13 da Lei Estadual n. 14.310/2002. Neste caso, não é necessário constatar a obtenção da vantagem pecuniária indevida (resultado naturalístico). Basta verificar a conduta de usar o posto ou a graduação com a finalidade de obter a vantagem indevida. Como revela a redação típica, a infração disciplinar tem sua consumação antecipada em relação ao resultado naturalístico previsto. Para a infração disciplinar de mera conduta tem-se o exemplo de "dormir em serviço" (inciso XV do art. 13), para a qual o tipo sequer prevê a ocorrência de um resultado naturalístico. Nesses casos, a imputação objetiva não considera qualquer aspecto de relação causal material e restringe-se ao exame da relevância jurídica do comportamento.

Nas infrações disciplinares materiais, a imputação objetiva, além de observar os critérios da relação de causalidade material, também exige verificar a relevância jurídica da conduta e, portanto, realizar atividade de natureza valorativa. Nesses casos, a teoria da imputação objetiva não se restringe a estabelecer a relação causal existente entre uma conduta (antecedente) e seu resultado natural (consequente). A relação de causalidade naturalística constitui apenas a primeira exigência da imputação objetiva nas infrações materiais e que se completa com a verificação da relevância jurídica da relação causal material. A relevância do fato deve ser apurada conforme critérios normativos que possibilitem identificar na realidade material as condutas que adquirem relevância jurídica

3.4.4 Causalidade naturalística

A doutrina do Direito Penal elaborou diversas teorias que visam a relacionar a conduta individual com o resultado naturalístico, entendendo-se este como sendo a mudança produzida na realidade natural (mundo das coisas). O Código Penal Militar adotou expressamente a teoria da equivalência dos antecedentes causais ao dispor, no *caput* de seu art. 29, que "considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

No Direito Administrativo sancionador militar não há qualquer disposição sobre a relação de causalidade material. Considerando que o ordenamento é um sistema e, como tal, conserva as características de unidade e adequação valorativa, deve-se entender que o Direito Administrativo sancionador orienta a interpretação das infrações disciplinares pelos mesmos critérios de causalidade do Direito Penal Militar. Dessa forma, para a verificação da relação de causalidade material que viabiliza a caracterização da infração disciplinar militar também se deve utilizar a teoria da equivalência dos

antecedentes.

Nos termos dessa construção, deve-se considerar causa do resultado material toda conduta que tenha contribuído para a produção do resultado naturalístico. Partindo da premissa de que todos os antecedentes do resultado são igualmente necessários, conclui-se pela equivalência valorativa de todos os antecedentes causais, não estabelecendo distinções entre causas, concausas, condições ou ocasiões. A fórmula da *conditio sine qua non* implica a aplicação do processo hipotético de eliminação, segundo o qual, eliminando-se mentalmente a conduta analisada, verifica-se se o resultado naturalístico teria ocorrido da forma como ocorreu. Por esse método, a conduta será considerada causa do resultado quando se puder afirmar que, sem ela, o resultado naturalístico não teria acontecido como ocorreu. Isso significa dizer que a conduta não será considerada causa do resultado quando, suprimida mentalmente, não repercutir alterações na produção do resultado natural.

Nos dias atuais, a doutrina identifica dificuldades importantes na adoção da teoria da equivalência, em face da percepção de problemas relacionados à aplicação do processo hipotético de eliminação nos casos em que há concomitância de causas, em que ocorre tentativa e na causalidade dos comportamentos omissivos (JAKOBS, p. 227; JESCHECK, p. 383). Tais dificuldades se apresentam em relação à imputação de infrações disciplinares e evidenciam a necessidade de enriquecer a teoria da causalidade com os critérios normativos de relevância. A teoria da causalidade natural se transformou, assim, na teoria da causalidade jurídica ou normativa.

3.4.5 Critérios normativos de relevância

A doutrina percebeu que a conexão causal entre um ato de vontade e o resultado naturalístico não é suficiente para viabilizar a imputação e passou a discutir a relevância jurídica do comportamento. O fundamento da imputação objetiva de um crime ou uma infração disciplinar é sempre a realização de uma conduta socialmente inadequada. E a consideração do que seja socialmente inadequado dependerá sempre dos juízos valorativos que são exercidos sobre o significado que uma determinada conduta adquire no contexto específico no qual se verificou. A infração disciplinar é a expressão de comportamento humano que, diante das regras e práticas sociais (institucionais), possui um significado de inadequação. Nesse sentido, uma conduta somente poderá ser considerada infração disciplinar a partir da compreensão de seu significado institucional.

No Direito Penal, o critério fundamental da adequação social se desdobrou nos subprincípios da insignificância, da posição de garantidor e da tolerância social a situações de risco (GALVÃO, p. 290, et seq.). No Direito Administrativo sancionador, tal desdobramento pode igualmente ajudar a resolver os

casos concretos.

3.4.5.1 Adequação social (institucional)

O princípio da adequação social aplicado às infrações disciplinares militares se transforma em princípio da adequação institucional. Especificamente direcionado ao contexto da instituição militar, considerando seus objetivos e forma peculiar de organização, o princípio de adequação adquire maior complexidade. A identificação do que é adequado recebe a contribuição do horizonte interpretativo dos integrantes da instituição militar, uma apuração de significado de quem vive o dia a dia da instituição militar.

A ideia central continua sendo a mesma: as condutas que se movem nos limites da ordem ético-institucional, ainda que formalmente se enquadrem na previsão típica, não poderão caracterizar infração disciplinar. A base de tal posicionamento é que o tipo descritivo da infração disciplinar é um tipo de injusto e que uma conduta somente pode ser considerada infração disciplinar quando inadequada ao contexto institucional, na perspectiva de seu momento histórico.

A noção da adequação institucional impõe limites à aplicação do Direito Administrativo sancionador, na medida em que o faz referir-se não somente às ofensas formais aos princípios da ética e aos deveres inerentes às atividades das instituições militares (IMEs), mas, sobretudo, às violações importantes do regramento institucional.

Vale observar que o conceito de adequação não é empírico, mas normativo. Sobre o aspecto objetivo da conduta (componente empírico) deve incidir o elemento normativo da valoração. A conduta institucionalmente adequada não é necessariamente exemplar, mas, mantendo-se no âmbito de tolerância institucional, não pode ser punida. A adequação significa que a conduta insere-se no âmbito normal da liberdade institucional e, por isso, está excluída dos tipos infracionais. O Direito Administrativo sancionador militar, como mecanismo de proteção ao bom funcionamento dos serviços públicos e aos valores institucionais, somente pode punir condutas que frustrem de maneira importante as expectativas institucionais para a conduta dos servidores militares. Na apuração do adequado, é necessário trabalhar com o *bom senso institucional*.

O princípio da adequação institucional que orienta a valoração jurídica da imputação objetiva da infração disciplinar pode decompor-se nos subprincípios da insignificância, posição de garantidor e da tolerância social a situações de risco.

a) princípio da insignificância

Nos termos do art. 11 do Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais, "transgressão disciplinar é toda ofensa concreta aos princípios da ética e aos deveres inerentes às atividades das IMEs em sua manifestação elementar e simples, objetivamente especificada neste Código [...]". O texto normativo deixa claro que a previsão das transgressões disciplinares visa proteger os "princípios da ética e os deveres inerentes às atividades das IMEs", constituindo estes os bens jurídicos tutelados pelas normas disciplinares.

O princípio da insignificância foi concebido para viabilizar um juízo de valor sobre a lesão concreta produzida em desfavor de um bem jurídico. Mas, isso não significa que tenha aplicação unicamente em relação às infrações materiais. O exercício da atividade valorativa que o princípio viabiliza não se refere somente ao resultado naturalístico produzido pela conduta, mas essencialmente à relevância jurídica da conduta para violar o bem jurídico protegido pela norma. Somente a conduta institucionalmente relevante viola a norma jurídica disciplinar. Nas infrações disciplinares materiais a relevância da conduta se expressa no significado que é atribuído ao resultado material produzido. Nas infrações formais e de mera conduta, a significância da conduta não se expressa em termos de alteração da realidade natural, mas somente em termos de relevância da conduta realizada para violar a norma jurídica.

Considerando que a infração disciplinar militar possui especial significado para a ordem institucional, a teoria da insignificância se presta a impedir a tipicidade material da conduta examinada. Segundo a referida teoria, devem ser excluídas da incidência típica disciplinar as condutas juridicamente irrelevantes, seja porque produzem alterações insignificantes na realidade natural ou porque o significado que lhe deve ser atribuído não é capaz de violar a norma que protege o bem jurídico.

Como o Direito Administrativo sancionador somente deve interferir na vida de relações institucionais quando tal interferência se apresentar estritamente necessária, a teoria da insignificância combate a ideia de que o Direito Administrativo sancionador se ocupe do que se pode denominar de *infrações disciplinares de bagatela*.

O princípio da insignificância orienta a interpretação do tipo de infração disciplinar, de modo a materializar a verdadeira finalidade protetiva da norma jurídica. Para combater uma conduta institucionalmente danosa com a sanção disciplinar, é necessário que não existam outros meios menos gravosos de correção institucional. Nesse sentido, a aplicação da sanção disciplinar deve ser inspirada pelo princípio da estrita necessidade, já que o castigo administrativo põe em perigo a vida funcional do apenado e, com a sua marginalização, a própria instituição sofre um dano. O Direito Administrativo sancionador há de ser o último instrumento da política institucional, de caráter subsidiário, uma vez que primeiro devem ser utilizados os demais instrumentos de solução dos conflitos institucionais e, somente fracassados esses, será possível lançar mão da sanção disciplinar.

A Jurisprudência da Suprema Corte admite, sem problemas, a aplicação do princípio da insignificância para excluir a tipicidade material de crimes militares. Nesse sentido, basta citar as decisões proferidas no Habeas Corpus nº 89.104-MC-RS (crime militar de *estelionato*) e Habeas Corpus nº 92.910/RJ (crime militar de *abandono de posto*). No entanto, como também ocorre em relação ao Direito Penal Militar, a aplicação do princípio da insignificância no âmbito da tipicidade da infração disciplinar certamente sofrerá a rejeição dos operadores do Direito mais conservadores. No entanto, muitos exemplos podem ser formulados para demonstrar que a aplicação literal da previsão típica ofende a finalidade protetiva da norma jurídico-disciplinar. Consideremos o exemplo anteriormente citado de infração disciplinar material: o pequeno arranhão produzido na coronha de madeira do armamento utilizado por policial militar no exercício das funções não viola a norma subjacente ao tipo disciplinar que descreve a infração de "danificar ou inutilizar, por uso indevido, negligência, imprudência ou imperícia, bem da administração pública de que tenha posse ou seja detentor" (inciso X do art. 14 da Lei n. 14.310/2002). Mesmo para as infrações disciplinares de mera conduta, é possível perceber casos em que a insignificância do comportamento é capaz de impedir a

tipificação: não caracteriza a infração disciplinar de "dormir em serviço" (inciso XV do art. 13) os poucos segundos de descanso que o policial concede aos olhos enquanto lava o rosto para a continuidade da extenuante jornada de trabalho noturno. A infração disciplinar de "dormir em serviço" somente se caracteriza quando o militar perde o controle dos sentidos, por tempo juridicamente relevante.

Importa notar que a insignificância do comportamento decorre de juízo valorativo que considera o contexto no qual o mesmo se verificou. Para a caracterização da transgressão de "chegar injustificadamente atrasado para qualquer ato de serviço de que deva participar" (inciso I do art. 15) não basta considerar a quantidade de segundos ou minutos de atraso. Tal dimensão de tempo deve ser considerada em relação ao contexto fático no qual se verificou, para se concluir pela relevância ou não do atraso.

b) princípio da posição de garantidor

O CPM prevê, no § 2º de seu art. 29, a relevância causal da omissão imprópria e estabelece quem deva ser considerado garantidor do bem jurídico protegido pelas normas criminais. Segundo o referido dispositivo legal,

> Art. 29. [...]
>
> § 2º A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.

O Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais, entretanto, não possui disposição semelhante que estabeleça o dever especial de agir para impedir a violação da norma jurídico-disciplinar. O Código Disciplinar limitou-se a prever infrações disciplinares omissivas próprias, como é o caso da infração prevista no inciso V do art. 15 do Código de Ética. Isto significa que não há dispositivo que considere infração disciplinar a omissão do superior hierárquico em impedir que o inferior pratique uma infração disciplinar.

Pode-se dizer que a ausência de uma norma disciplinar que estabeleça a posição de garantidor para os princípios da ética e os deveres inerentes às atividades das IMEs é, realmente, uma falha da legislação disciplinar. Não basta que exista o dever especial de agir do superior em impedir as condutas infracionais do inferior para que se caracterize a causalidade da omissão imprópria. É necessário que a norma disciplinar estabeleça esta forma especial de causalidade normativa para configurar a infração disciplinar *comissiva por omissão*. Portanto, diante da inexistência de norma expressa que estabeleça causalidade omissiva imprópria, esta modalidade de infração disciplinar não integra o ordenamento normativo e não se pode

estabelecer sanção disciplinar para o omitente.

c) princípio da tolerância institucional às situações de risco.

O subprincípio da tolerância social a situações de risco materializa a aplicação do princípio fundamental da adequação social, especificamente direcionada aos casos em que se verifique a necessidade de examinar a possibilidade de imputação objetiva para uma conduta arriscada. Segundo tal subprincípio, nos casos em que o sujeito mantém sua conduta nos limites do risco permitido, a conduta será considerada socialmente adequada e não será possível a imputação objetiva. Por outro lado, se o sujeito desenvolver conduta cujo risco não seja permitido, a conduta será reconhecida como socialmente inadequada e será possível a imputação objetiva. No âmbito do Direito Administrativo sancionador militar, o princípio da tolerância social às situações de risco pode ser concebido como princípio da tolerância institucional às situações de risco, tendo em vista os riscos peculiares que são inerentes ao trabalho militar.

A doutrina do Direito Penal desenvolveu reflexão muito consistente sobre a legitimidade da punição de condutas arriscadas (GALVÃO, p. 309, et seq.) que os limites deste breve estudo não permitem mencionar. Basta afirmar que toda a reflexão desenvolvida no âmbito do Direito Penal pode ser aplicada para viabilizar (ou não) a imputação objetiva de infração disciplinar. Em um exemplo de aplicação do princípio, pode-se afirmar que o dano produzido em armamento utilizado em operação policial militar (situação de risco) não caracteriza infração disciplinar, se o militar que o portava não ultrapassou os limites do risco reconhecidos institucionalmente como adequados para o seu manuseio.

3.4.6 Possibilidade de controle judicial

A imputação objetiva da infração disciplinar desafia o operador do Direito ao exercício de atividade valorativa que, certamente, poderá qualificar a intervenção punitiva disciplinar. Como acontece com o Direito Penal, os critérios normativos de relevância não oferecem ao operador do Direito respostas absolutas sobre qual seja o significado da conduta examinada. A apuração do significado de adequação ou inadequação de um comportamento para fins de imputação objetiva é tarefa a ser examinada conforme as peculiaridades de cada caso concreto. Importa notar, entretanto, que, como a imputação objetiva é tarefa que fundamentalmente importa em violação da norma jurídica, encontra-se submetida à apreciação judicial – na perspectiva do controle de legalidade.

4. Princípios da hierarquia e disciplina

A Justiça Militar estadual, por meio da jurisdição cível especial, ao examinar a possibilidade de invalidação dos atos disciplinares punitivos não se compromete com a proteção dos tradicionais princípios da hierarquia e disciplina.

A Constituição da República estabelece que os princípios da hierarquia e disciplina são pilares organizacionais das instituições militares e não dos órgãos do Poder Judiciário. Ainda vale observar que

para as instituições militares (integrantes do Poder Executivo) tais princípios constituem apenas meios para a realização de seus fins institucionais. A preservação da hierarquia e disciplina não pode ser considerada um fim das instituições militares. Constituem fins das instituições militares da União, conforme o art. 142 da Constituição da República, a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais, e a garantia da lei e da ordem. Por outro lado, constituem fins das instituições militares estaduais, nos termos do art. 144 da carta magna, a preservação da ordem pública, da incolumidade e do patrimônio das pessoas, no contexto do direito fundamental à segurança pública.

Com certeza, a segurança pública constitui um direito fundamental de segunda geração e é dever do Estado tomar todas as providências necessárias ao bom desempenho dos serviços necessários para garantir aos cidadãos o pleno gozo de tal direito. Todo e qualquer cidadão possui o direito de ser protegido por profissionais cuja atuação seja eficiente e de qualidade. Correlato a este direito há o dever do Estado de garantir segurança aos cidadãos. O adequado desempenho das funções públicas dos militares estaduais constitui interesse público relevante e, para garantir a eficiência dos serviços que prestam, as instituições militares se organizam com base na hierarquia e disciplina.

Cabe à autoridade administrativa, no exercício de seu poder disciplinar, conduzir a instituição militar com base na hierarquia e disciplina. No exame judicial dos atos punitivos, entretanto, o sistema jurídico que orienta a jurisdição cível da Justiça Militar visa proteger os direitos fundamentais do cidadão em sua relação com o Poder Estatal. Não se pode esquecer as repercussões que as decisões judiciais da Justiça Militar produzem no seio da tropa, mas outros valores entraram em jogo e agora se torna necessário perceber como conciliá-los de maneira adequada.

Se a hierarquia e a disciplina constituem a base de organização das instituições militares, os direitos inerentes à cidadania e o respeito incondicional à dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado Democrático de Direito que caracteriza a República Federativa do Brasil. O uso do poder disciplinar para a manutenção dos pilares organizacionais da hierarquia e disciplina (meios) nas instituições militares é um poder/dever da autoridade administrativa, cujos reflexos de seu exercício transcendem os limites da caserna e produzem repercussões concretas na eficiência dos serviços prestados pelas instituições militares na busca de realização dos fins que a Constituição lhes reserva. No entanto, a intervenção disciplinar, em especial a punitiva, somente pode ser admitida se houver o respeito às garantias fundamentais dos cidadãos.

A Constituição de 1988 concebeu para o Brasil uma sociedade igualitária, em que o cidadão militar é sujeito de direitos do mesmo modo que o cidadão civil. Não há mais lugar para o irrestrito poder de mando, a obediência irrefletida às ordens ilegais e as punições disciplinares abusivas. Os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa com os recursos que lhe são inerentes, da autoridade competente e da moralidade administrativa, entre outros, impõem limites concretos ao poder disciplinar. Essa nova concepção, certamente, proporcionará a valorização do militar e de seu trabalho. Respeitado em seus direitos de cidadão, o militar saberá honrar melhor os seus deveres para com o povo brasileiro.

No exame judicial dos atos disciplinares não punitivos, por outro lado, eventualmente a Justiça Militar poderá considerar os interesses de preservação da hierarquia e disciplina como premissas fundamentais

para a efetividade dos serviços de segurança pública. Nesses casos, o sistema normativo se orienta no sentido de preservar o direito fundamental à segurança e ação civil pública poderá ter destacado papel.

5. Motivação do ato administrativo sancionador

O ato de sanção disciplinar deve ser suficientemente motivado para preservar o direito constitucional da ampla defesa aos que são processados pela Administração Militar. Punição que apenas narra os fatos e promove o enquadramento disciplinar, não explicitando os motivos pelos quais não foram acatadas as razões de defesa do militar processado e, sobretudo, porque não foi acolhida a alegação de existência de causa de justificação capaz de elidir a configuração da transgressão disciplinar deve ser reconhecida como nula.

O ato administrativo disciplinar punitivo deve ser motivado para permitir que o servidor processado conheça os motivos do não acolhimento das teses de defesa e que levaram a aplicação da reprimenda. A ausência de fundamentação prejudica sobremaneira o direito de recorrer do servidor processando e ofende o princípio da ampla defesa.

A doutrina pátria sempre ressaltou a necessidade de fundamentação para o ato administrativo. Hely Lopes Meirelles, em seu douto magistério, ensina que:

> Hoje, em face da ampliação do princípio do acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), conjugado com o da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), a motivação é, em regra, obrigatória. Só não o será quando a lei a dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível. Portanto, na atuação vinculada ou discricionária, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o quê, o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência de motivação. (p. 145)

No mesmo sentido, o artigo 4º, § 4º, da Constituição do Estado de Minas Gerais exige que qualquer decisão tomada em processo administrativo seja devidamente motivada:

> Art. 4º – O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.
>
> (...)
>
> § 4º – Nos processos administrativos, qualquer que seja o objeto e o procedimento, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a publicidade, o contraditório, a defesa ampla e o despacho ou a decisão motivados.

Nos casos de aplicação da pena de demissão a importância da fundamentação se mostra mais evidente. A sanção disciplinar de demissão e a mais gravosa e repercute efeitos que transcende a pessoa do militar punido. O Código de Ética e Disciplina dos militares do Estado de Minas Gerais permite que a autoridade convocante possa discordar do parecer da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar e do Conselho de ética e Disciplina Militar da Unidade e optar pela aplicação da pena disciplinar. Se a autoridade convocante entender ser o caso de aplicação da pena de demissão, os autos do processo disciplinar serão remetidos ao Comandante-Geral da instituição militar para que este tome a decisão, já que esta é a única autoridade administrativa que pode aplicar a pena de demissão de praças. Tal possibilidade está expressamente prevista no artigo 74 da Lei Estadual mineira nº 14.310/2002, o qual peço *venia* para transcrever:

> Art. 74 – Encerrados os trabalhos, o presidente remeterá os autos do processo ao CEDMU, que emitirá o seu parecer, no prazo de dez dias úteis, e encaminhará os autos do processo à autoridade convocante, que proferirá, nos limites de sua competência e no prazo de dez dias úteis, decisão fundamentada, que será publicada em boletim, concordando ou não com os pareceres da CPAD e do CEDMU:
>
> (...)
>
> VI – opinando pela demissão.
>
> § 1° – Os autos que concluírem pela demissão ou reforma disciplinar compulsória de militar da ativa serão encaminhados ao Comandante-Geral para decisão.

Vale ainda notar que o artigo 77 do Código de Ética limita o poder de decisão do Comandante-Geral em relação às decisões proferidas pela autoridade convocante durante o processo administrativo disciplinar ao estabelecer que este *"poderá modificar motivadamente as decisões da autoridade convocante da CPAD, quando ilegais ou flagrantemente contrárias às provas dos autos"*. Isto significa que, sem fundamentação, o Comandante-Geral não poderá validamente modificar as decisões da autoridade convocante.

Desta forma, o ato administrativo sancionador deve ser sempre anulado quando não fundamentar a aplicação de sanção disciplinar, por ferir o princípio constitucional da ampla defesa.

6. Mandado de segurança contra ato disciplinar

O mandado de segurança é ação idônea para impugnar a ilegalidade do ato disciplinar. A anterior lei do mandado de segurança - Lei Federal nº 1.533/1951 - expressamente impedia a utilização do mandado de segurança para impugnar ato disciplinar, salvo quando se tratasse de ato praticado por autoridade incompetente ou quando o ato fosse praticado com inobservância de formalidade essencial (art. 5º, inciso III). Ao tempo de vigência desta lei, a ação mandamental somente constituiria meio adequado para

impugnar ato disciplinar quando a discussão fosse restrita à *competência* e à *forma,* que são dois dos cinco elementos formadores do ato administrativo.

O art. 5º da Lei Federal nº 12.016/2009, hoje em vigor, não faz qualquer restrição à utilização do mandado de segurança para impugnar ato administrativo sancionador. Em seu art. 1º, a nova lei dispõe que

> Art. 1º conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Apesar da disposição da lei anterior, a doutrina e a jurisprudência sempre admitiram a utilização do Mandado de Segurança para discutir os aspectos da legalidade do ato administrativo disciplinar. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho esclarece que:

> Diz a lei não ser cabível o mandado de segurança contra ato disciplinar, salvo quando haja vício na competência ou quando tenha sido inobservada formalidade essencial para a prática do ato. A intenção do legislador foi a de inadmitir o writ para discutir questões relacionadas ao mérito do ato disciplinar, vale dizer, àqueles aspectos de convencimento privativos do administrador público. O texto, entretanto, ficou aquém do que se pretendia. A interpretação que acabou prevalecendo nos Tribunais foi a de que é cabível o mandado contra ato disciplinar para questionar qualquer ponto relativo à legalidade do ato (e não somente à competência ou à formalidade essencial), e não contra o mérito administrativo. (p. 848)

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal também já havia decidido, por seu órgão pleno, que:

> Mandado de segurança contra ato disciplinar. Remédio cabível, em tese, por se tratar de argüição objetiva de ilegalidade, fundada exclusivamente em matéria de direito, extrínseca aos motivos da demissão impugnada e alheia à necessidade de revisão de critério político ou discricionário da autoridade. (MS nº 21.001/DF)

Com a nova disposição legal não resta mais qualquer dúvida: o mandado de segurança é ação idônea para impugnar a legalidade do ato administrativo disciplinar.

7. Decisões liminares e tutela antecipada contra a Fazenda Pública

Questão que apresenta grande relevância nas causas propostas contra os atos disciplinares diz respeito à possibilidade de concessão de liminares e antecipação de tutela contra a fazenda pública.

O art. 1º da Lei nº 8.437/92 dispõe que não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que

providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal, bem como quando a medida esgotar, no todo ou em parte o objeto da lide. O art. 1º da Lei nº 9.494/97, por sua vez, determina que esta restrição aplica-se à antecipação de tutela, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, e o art. 2-B estabelece que a sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, a inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores somente poderá ser executada após o seu trânsito em julgado.

Aparentemente, as restrições estabelecidas acabam por tornar quase impossível a concessão de liminares e tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública. A jurisprudência, no entanto, não acatou estas vedações de maneira absoluta, por estabelecer restrições ao exercício da jurisdição que não encontram amparo na Constituição da República.

Vale notar que, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter concedido liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 04, reconhecendo a constitucionalidade do art. 1º da Lei Federal nº 9.494/97, tal decisão não veda a concessão da tutela antecipatória para garantir ao militar apenas o direito de permanecer em atividade. Aliás, este é o entendimento do órgão pleno da Suprema Corte, conforme se pode perceber da seguinte ementa:

> EMENTA: RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 4. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REINTEGRAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCESSÃO DE EFEITOS FINANCEIROS PRETÉRITOS. DESCABIMENTO. 1. A concessão de tutela antecipada que não teve como pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9494/97, objeto de apreciação da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, não enseja o ajuizamento de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal. 2. O provimento antecipatório que se limita a restabelecer o *status quo* ante de servidor, abstendo-se de conceder o pagamento dos vencimentos atrasados, não configura afronta ao quanto decidido no julgado proferido na ADC 4. Agravo regimental desprovido. (Rcl-AgR 2421 / BA - Relator: Min. Eros Grau - Tribunal Pleno Julgamento: 23/09/2004, DJ 17-12-2004 PP-00032)

Com efeito, as decisões proferidas no curso do processo judicial que reconhecem a prescrição da pretensão punitiva da administração, que determinam a suspensão dos efeitos de uma sanção disciplinar, a suspensão do curso de um processo ou sindicância disciplinar, a oitiva de testemunhas ou produção de provas em tais procedimentos administrativos, bem como a manutenção do militar em cursos de formação não acarretam qualquer efeito financeiro para a fazenda pública e não se encaixam na vedação estabelecida pela Lei nº 8.437/92. Portanto, nestes casos não há qualquer restrição para a concessão de medidas liminares ou antecipações de tutela em favor do militar.

8. Prescrição dos direitos e decadência das ações contra a Fazenda Pública

A Prescrição dos direitos e a decadência das ações contra a Fazenda Pública também são questões de apresentam especial relevância para as causas cíveis da Justiça Militar. O art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 dispõe que:

> Art. 1º - As dividas passivas da união, dos estados e dos municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

O referido Decreto foi editado na *era Vargas* e foi recepcionado pela nova ordem constitucional com *status* de Lei Ordinária. Portanto, mesmo que se possa verificar qualquer causa de nulidade no ato administrativo disciplinar, é necessário enfrentar preliminarmente a questão relativa à prescrição dos direitos e a decadência das ações propostas contra a Fazenda Pública.

O art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 estabelece o mesmo prazo para a perda do direito material e do direito de propor a ação judicial que o protege. Muito embora, seja mais técnico denominar de *decadência* o instituto que estabelece prazo para o exercício do direito de ação, a lei acabou por fazer certa confusão entre os institutos ao mencionar apenas a prescrição. A prescrição é instituto que incide sobre a pretensão de correção do direito material violado e, consequentemente, acaba por prejudicar o mérito da ação mediante a qual o interessado a deduziu em juízo. A decadência, por sua vez, estabelece prazo para o exercício do direito potestativo de propor a ação judicial que constitui instrumento de defesa do direito material violado. Findo o prazo decadencial, o direito de ação se extingue. Não se pode confundir o direito material que constitui causa de pedir da ação judicial com o direito processual de provocar, mediante ação, a jurisdição. A prescrição inviabiliza a pretensão e a decadência extingue o direito processual de propor a ação judicial.

Na prática, os institutos acabam por produzir o mesmo resultado. Mas, vale conferir o magistério de José dos Santos Carvalho Filho:

> Prescrição é a perda da oportunidade de formular uma pretensão na via judicial em decorrência da inércia do titular do direito material. Em outras palavras, não é o direito material que se extingue, mas sim a pretensão à tutela, a ser requerida através da ação judicial. Como bem salienta CLÓVIS BEVILAQUA, "*não é o fato de não se exercer o direito que lhe tira o vigor*". E culmina rematando: "*O que o torna inválido é o não-uso da sua propriedade defensiva, da ação que o reveste e protege*". A inércia do titular não provoca a prescrição como penalidade. O que ocorre é que o tempo faz nascer e consolidar-se outras situações jurídicas contrárias ao direito e desse modo fica o titular do direito material sem condições jurídicas de defendê-lo contra essas novas situações.
>
> A prescrição distingue-se da decadência. Aquela acarreta a perda da pretensão a ser formulada na ação, ou, como se diz na prática, a perda da ação; esta provoca a perda do próprio direito. Além disso, a prescrição se suspende ou se interrompe, ao passo que na decadência não há

> paralização do curso do prazo, a menos que a lei expressamente o admita. Essa é a sistemática agora adotada pelo vigente Código Civil (arts. 189 e 207).
> O tema examinado neste tópico diz respeito à ocorrência da prescrição das ações de particulares contra a Fazenda Pública, ou seja, os casos em que o particular, titular do direito material em face da Fazenda, fica impossibilitado de ver a pretensão à tutela desse mesmo direito como objeto de apreciação judicial. (p. 837-838)

Em muitos casos concretos, a propositura da ação civil na Justiça Militar contra o ato disciplinar da Administração militar ocorre após o prazo de cinco anos e não se pode mais admitir a ação e também examinar o mérito da pretensão anulatória deduzida.

Prescrição intercorrente. A distinção entre a prescrição e a decadência nestes casos é muito importante porque a prescrição, uma vez interrompida pela propositura da ação, tem a contagem de seu prazo novamente iniciada. Cabe notar que a prescrição que ora nos ocupa a atenção também pode ocorrer após a propositura da ação civil. A propositura da ação judicial contra o ato administrativo disciplinar é causa de interrupção do prazo prescricional. O inciso I do art. 202 do Código Civil dispõe que o despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual, interrompe a prescrição. O parágrafo 1º do art. 219 do Código de Processo Civil, por outro lado, estabelece que a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

Tal interrupção, conforme o *caput* do art. 219 do Código de Processo Civil e o art. 8º do Decreto nº 20.910/32, somente poderá ocorrer uma vez. Interrompida a contagem do prazo prescricional, este volta novamente a correr a partir da data da interrupção. Contudo, o art. 9º do Decreto nº 20.910/32 dispõe que uma vez interrompida a prescrição o prazo recomeça a correr, pela metade.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento favorável à aplicação do Decreto nº 20.910/32, como norma especial em relação às disposições do Código Civil, como se pode constatar na decisão proferida no Recurso Especial nº 25.499/PR. Houve no passado, entretanto, posições isoladas em sentido diverso para reconhecer que uma nulidade absoluta não pode se convalidar com o decurso do tempo, cabendo ao Poder Judiciário, a qualquer tempo, reconhecê-la. Tal posição viola frontalmente o princípio fundamental da segurança jurídica e não deve ser aceito.

O prazo de cinco anos estabelecido pelo Decreto nº 20.910/1932 para a propositura da ação judicial que vise questionar a legalidade do ato administrativo disciplinar, contudo, não se confunde com a possibilidade de autocorreção pela administração pública. A administração, por iniciativa própria pode corrigir os seus atos considerados ilegais a qualquer tempo.

9. Prescrição da ação disciplinar

A prescrição da pretensão punitiva da administração também constitui tema recorrente nas discussões levada à exame da Justiça Militar estadual em Minas Gerais e a dificuldade que o tema apresenta reside no fato de que a legislação administrativa costuma se referir ao instituto como *prescrição da ação disciplinar*.

No âmbito do direito administrativo, o instituto da prescrição tem aplicação em várias situações. Na síntese proposta por Elody Nassar (p. 36):

> Necessário destacar os diferentes sentidos em que se opera a denominada prescrição administrativa. São eles resultantes da:
>
> a) perda do prazo para recorrer de decisão administrativa (administrado e servidor público);
>
> b) perda do prazo para que a administração reveja os próprios atos (hipóteses de revogação, anulação, feitas espontaneamente ou, no caso de anulação, também por via do Judiciário);
>
> c) perda do prazo para a aplicação de penalidades administrativas.

A espécie de prescrição administrativa que mais interessa aos casos examinados pela Justiça Militar estadual é a que se relaciona à aplicação de sanções disciplinares. Nesse aspecto, a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (p. 798) e Hely Lopes Meireles (p. 586), concebem a existência de um único prazo prescricional, que se relaciona ao poder de punir da administração.

A doutrina e a jurisprudência nacional entendem de maneira pacífica que a prescrição administrativa é um instituto de direito material que incide sobre a pretensão estatal. Nesse sentido, especificamente tratando da prescrição administrativa, confiram-se as lições dos doutrinadores Fábio Medina Osório (p. 539-540); José dos Santos Carvalho Filho (p. 798) e Elody Nassar (p. 36).

A prescrição da pretensão punitiva das sanções disciplinares aplicadas aos militares da União obedece ao disposto na Lei Federal nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. O art. 142 da referida lei apresenta a seguinte redação:

> Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:
> I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;
> II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;
> III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

O parágrafo 3º do referido art. 142 da Lei Federal nº 8.112/90 dispõe expressamente que "a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente".

A norma administrativa refere-se expressamente à "prescrição da ação disciplinar". A interpretação que a doutrina confere ao texto normativo pode ser resumida nas palavras do prof. José dos Santos Carvalho Filho, para quem "isso significa que, se a Administração não aplicar essa punição no prazo legal, estará prescrito seu poder punitivo..." (p. 798).

Pode-se perceber que o legislador confundiu noções teóricas tradicionais do direito penal, quando utilizou a expressão *prescrição da ação* no âmbito do direito administrativo. A doutrina penal antiga denominava de *prescrição da ação* a prescrição que acontecia antes do trânsito em julgado da decisão condenatória e de *prescrição da pena*, *da execução* ou *da condenação* aquela que acontecia após o trânsito em julgado da condenação. A obra clássica de Franz Von Liszt, *Tratado de Direito Penal Alemão* (1899) trazia, em seu § 77, lições sobre a *prescripção da acção* e, em seu § 78, sobre a *prescripção da execução*. Entre nós, a noção de *prescrição da ação* aparece em antigas lições como a de Galdino de Siqueira (1947, p. 826 e 828) e de Aloysio de Carvalho Filho (p. 213). O próprio Supremo Tribunal Federal, com base em decisões da década de 60, inseriu a expressão *prescrição da ação* no texto da Súmula nº 146, que dispõe que a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

O art. 124 do Código Penal Militar, que foi editado em 1969, ao tratar das espécies de prescrição, dispõe expressamente que a prescrição refere-se à ação penal ou à execução da pena. Embora a expressão *prescrição da ação* possa ser considerada tecnicamente incorreta, pode-se perceber que o estatuto repressivo da Justiça castrense a utiliza para designar a prescrição da pretensão punitiva, que acontece antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

A expressão *prescrição da ação* já é considerada de pouca técnica desde a edição do Código Penal Comum de 1940, sendo que sua exposição de motivos consignava, no item 35, que as denominações tradicionais de *extinção da ação penal* e *da condenação* expressavam conceitos reconhecidamente errôneos. Complementa a exposição de motivos, esclarecendo que "o que se extingue, antes de tudo, nos casos enumerados no artigo 108 do projeto, é o próprio direito de punir por parte do Estado...". Nos dias atuais, a doutrina concorda que a prescrição é instituto de direito material, que incide sobre a pretensão punitiva ou sobre a pretensão executória, e não sobre a ação ou condenação.

A doutrina do Direito Penal Militar é unânime em reconhecer que o Código Penal Militar utiliza a expressão *prescrição da ação* para designar o instituto da prescrição da pretensão punitiva.

Nesse sentido, o clássico Jorge Alberto Romeiro leciona que:

> Diz o CPM que *"a prescrição refere-se à ação penal ou à execução da pena"* (art. 124), usando a fórmula *"prescrição da ação penal"* (art. 125 e seus §§) para designar a *prescrição da pretensão punitiva*, que não se identifica absolutamente com a ação penal, que por sua vez não prescreve (...).
>
> O CPM vigente nada mais fez que exumar a desatualizada técnica dos velhos Códigos Penais comum de 1890 (arts. 78 e 79) e para a Armada de 1891 (arts. 65 e 66), só explicável pelo fato de, por ocasião da elaboração deles, ser ainda desconhecida, em nosso país, a moderna doutrina da autonomia do direito de ação penal, então confundindo com a pretensão punitiva. (p. 299/300).

Esta também é a lição de Jorge César de Assis:

> Basicamente, duas são as espécies de prescrição penal: prescrição da pretensão punitiva (impropriamente chamada de prescrição da ação) e, prescrição da "pretensão executória" (também chamada de "prescrição da condenação").
>
> ... Não obstante, pode ocorrer a prescrição antes ou durante a ação penal, a expressão empregada pelo CPM dá a entender que a prescrição atinge a própria ação penal, o que é incorreto. (p. 124)

Este também foi o posicionamento manifestado pelo Exmo. Juiz Cel PM Rúbio Paulino Coelho no artigo *A Prescrição Retroativa na Justiça Militar Estadual*, publicado na Revista de Estudos e Informações nº 21 do Tribunal de Justiça Militar. Sua Exa. esclarece que:

> Do *ius puniendi* estatal surge a pretensão punitiva e a pretensão executória. A primeira nasce com a prática do delito e se encerra com o trânsito em julgado da sentença, quando, então, passa a ter lugar a segunda, pela qual o Poder Judiciário executa a pena efetivamente imposta no *decisum* irrecorrível. (p.14)

Na Justiça Militar de Minas Gerais a expressão prescrição da ação foi mal interpretada na definição que lhe deu a Resolução nº 3.666, de 2 de agosto de 2002, do Comandante-Geral da Polícia Militar o que levou a decisões divergentes e a insegurança na prestação jurisdicional. No entanto, o Tribunal de Justiça Militar conferiu tratamento adequado ao instituto da prescrição da pretensão punitiva da administração, por meio da Declaração Incidental de Inconstitucionalidade nº 01. Agora ficou bem claro: a prescrição da ação disciplinar (da pretensão punitiva) estabelece prazo para que a Administração Militar efetive a punição disciplinar e não para dar início ao procedimento disciplinar.

A Lei Estadual mineira nº 14.310/2002, que estabelece o Código de Ética e Disciplina dos Militares, ao contrário da Lei Federal nº 8.112/90, não estabeleceu causas interruptivas ou suspensivas da contagem dos prazos prescricionais. Do mesmo modo, a Lei Estadual nº 869/52, que Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais, também não estabeleceu causas interruptivas ou suspensivas da contagem dos prazos de prescrição da pretensão punitiva. E nenhum dos textos normativos há previsão para a aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8.112/90. A ausência de previsão legal causas interruptivas ou suspensivas da contagem dos prazos prescricionais na legislação mineira não pode ser entendida como lacuna a ser suprida pela integração dos dispositivos da Lei Federal nº 8.112/90. O legislador mineiro não instituiu causas interruptivas ou suspensivas da contagem dos prazos prescricionais porque assim entendeu e não pode o aplicador do Direito alterar a vontade manifesta do legislador.

10. Repercussão administrativa da decisão absolutória em processo criminal

Outro tema que constantemente é levado à discussão no âmbito da competência civil da Justiça Militar estadual é o que diz respeito às repercussões que a decisão absolutória proferida em processo criminal produz na esfera administrativa.

Certamente, não há qualquer ilegalidade no fato da Administração Militar aplicar sanção disciplinar antes da solução definitiva do processo criminal instaurado pelo mesmo fato. Nesse sentido, o artigo 239 da Lei Estadual nº 5.301/69 - Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais é expresso ao prever que

...no caso de incorrer a praça em ato delituoso, ser-lhe-á aplicada, na esfera administrativa, a medida disciplinar cabível, quando ocorrer, na prática do ato, transgressão disciplinar, ou dele decorrer grave prejuízo moral para a Corporação.

No Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais é pacífico o entendimento de que a independência das responsabilidades administrativa e criminal autoriza a instauração de processo administrativo disciplinar mesmo antes de concluído o processo criminal que apura o mesmo fato. Na ementa do acórdão proferido na Apelação Cível nº 278 ficou registrado que:

> - Havendo independência entre as esferas criminal e administrativa, o militar pode ser punido administrativamente pela prática de transgressão disciplinar antes que os fatos sejam definitivamente julgados em processo criminal.

A doutrina e jurisprudência sempre afirmaram que há independência entre as esferas criminal, civil e administrativa. Isto significa que é juridicamente possível ocorrer a cumulação de condenações proferidas nas três esferas. Desta forma, o militar pode receber cumulativamente sanções nas esferas penal e administrativa, bem como ainda ser condenado a reparar/indenizar os danos por ventura causados.

Por isso, muito embora seja um pedido freqüente, não há qualquer razão que justifique suspender o procedimento administrativo até que a questão seja resolvida no âmbito criminal. Se as instancias de responsabilidade são distintas, é possível que a conduta do militar não chegue a caracterizar um crime, mas caracterize uma infração disciplinar. O contrário também é verdadeiro.

Por outro lado, a decisão proferida na seara criminal somente repercutirá efeitos na esfera administrativa quando houver o reconhecimento da inexistência do fato ou que o militar não foi o seu autor. Esta regra se extrai do art. 935 do Código Civil, que dispõe que a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. O princípio da segurança jurídica impõe que, havendo uma decisão judicial transitada em julgado que estabeleça uma certeza jurídica sobre a inexistência do fato ou que o militar dele não tenha participado, os Poderes do Estado não mais possam discutir estas questões. A certeza jurídica que estas decisões proferidas na Justiça criminal proporcionam não se confunde com a incerteza que produz as decisões que absolvem o acusado em razão de não haver prova da existência do fato (art. 439, "a", in fine, CPPM); não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal (art. 439, "c", in fine, CPPM); e não existir prova suficiente para a

condenação (art. 439, "e", in fine, CPPM). Havendo incerteza, pode a questão ser discutida na seara administrativa e ter solução diversa da que foi proferida na esfera criminal.

11. Ações judiciais que visam à perda do posto e da patente

Questão de grande relevância no cotidiano da Justiça Militar diz respeito a saber se as ações judiciais que visam à decretação da perda do posto e da patente dos oficiais ou da graduação das praças são de natureza penal ou cível. A definição da natureza jurídica de tais ações possui importante repercussão prática, já que implica adoção de determinado rito processual com os recursos que lhe são inerentes. Para exemplificar a importância desta questão, se considerarmos a ação de natureza penal, contra a decisão definitiva proferida pelo Tribunal de Justiça Militar (ou Tribunal competente nos Estados em que o mesmo não exista) somente poderá ser proposta ação de revisão criminal. Por outro lado, se a ação for considerada de natureza civil, contra a mesma decisão caberá ação rescisória. O tema é dos mais tormentosos e na doutrina se constata a existência dos mais variados posicionamentos.

Vale inicialmente observar que, conforme o § 3º do art. 125 da Constituição Federal, nos Estados em que o efetivo policial for superior a 20 mil integrantes, é possível a criação da Justiça Militar estadual e de um Tribunal de Justiça Militar como seu órgão de segundo grau. A criação do Tribunal de Justiça Militar constitui uma segunda faculdade conferida pelo constituinte aos Estados. Desta forma, ainda que o Estado venha a criar sua Justiça Militar, poderá manter a competência recursal no Tribunal de Justiça. Não havendo no Estado um Tribunal de Justiça Militar, a competência será do Tribunal de Justiça, que é órgão de segundo grau de jurisdição da Justiça Comum. O Estado poderá, instituída a Justiça Militar, instituir também um Tribunal de Justiça Militar, ao qual caberá decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais, bem como da graduação das praças. Em qualquer caso, a decisão sempre dependerá da instauração de processo específico de competência originária.

A competência conferida ao Tribunal de segundo grau para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais, bem como da graduação das praças resulta da análise de vários dispositivos constitucionais. Nos termos da Constituição da República, tal decisão será proferida em processo no qual se discute a indignidade ou incompatibilidade do militar para com o oficialato, ainda que tenha como pressuposto a imposição de pena em condenação criminal.

O Código Penal Militar concebe a perda do posto e da patente como uma pena acessória (art. 98, inciso I) que resulta de condenação à pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos (art. 99). Não há previsão no estatuto repressivo castrense para a perda da graduação. Mas, a exclusão das Forças Armadas também é uma pena acessória (art. 98, inciso IV) e, segundo o art. 102, a condenação da praça a pena privativa de liberdade, por tempo superior a dois anos, importa sua exclusão das forças armadas. A exclusão da praça importa, necessariamente, na perda de sua graduação. A graduação é o grau hierárquico da praça e não é juridicamente possível que um policial seja excluído da corporação, em decorrência de condenação criminal, e continue a ostentar um grau da hierarquia militar. A aplicação de tais dispositivos da legislação ordinária deve se compatibilizar com as disposições constitucionais, muito embora isso não seja uma tarefa fácil. Vejamos as peculiaridades que o tema oferece.

Ao tratar das Forças Armadas da União, a Constituição da República, nos incisos VI e VII do § 3° de seu art. 142 determinou que:

> § 3º .....
>
> VI – o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;
>
> VII – o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;

Segundo o inciso VI do referido dispositivo constitucional, o oficial só perderá seu posto e patente quando for julgado indigno ou incompatível com o oficialato. A Lei Federal n° 5.836, de 05 de dezembro de 1972, regulamenta o processo especial para verificar a incapacidade do oficial das Forças Armadas para permanecer na ativa, criando, ao mesmo tempo, condições para que o mesmo possa se justificar. O processo especial também se aplica ao oficial da reserva remunerada ou reformado, presumivelmente, incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.

A incapacidade de permanecer vinculado à instituição militar é situação genérica que comporta as espécies da indignidade e da incompatibilidade para com o oficialato. O art. 2° da lei regulamentadora arrola as causas que podem levar o militar ao julgamento sobre a indignidade ou a incompatibilidade para com o oficialato e, dentre elas, consta a condenação criminal à pena de até dois anos (inciso IV). No entanto, vale observar que a prática de condutas que não são consideradas criminosas também autoriza instaurar o processo para a verificação da incapacidade do militar de permanecer vinculado à instituição.

Por outro lado, nos termos do art. 100 do Código Penal Militar:

> Art. 100. Fica sujeito à declaração de indignidade para o oficialato o militar condenado, qualquer que seja a pena, nos crimes de traição, espionagem ou cobardia, ou em qualquer dos definidos nos arts. 161, 235, 240, 242, 243, 244, 245, 251, 252, 303, 304, 311 e 312.

O art. 101 do mesmo estatuto determina que:

> Art. 101. Fica sujeito à declaração de incompatibilidade com o oficialato o militar condenado nos crimes dos arts. 141 e 142.

O inciso VI, por sua vez, determina que o oficial das forças armadas da União que vier a ser condenado a uma pena privativa de liberdade superior a dois anos, seja na Justiça Comum ou Militar, deverá ser submetido a julgamento para averiguar a indignidade ou incompatibilidade para com o

oficialato. Nos casos em que o militar a ser julgado pertencer às Forças Armadas da União, o tribunal militar de caráter permanente que é competente para proceder a tal julgamento é o Superior Tribunal Militar

Como se pode constatar, várias são as possibilidades de submissão do oficial a julgamento para averiguar a indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato. É necessário, entretanto, fazer distinção entre o julgamento sobre a ocorrência de um crime e o julgamento sobre a indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato motivada pela prática do crime. Não se pode confundir o mérito de tais julgamentos. Nesse sentido, o art. 16 da Lei n° 5.836/72, deixa claro que o Tribunal, considerando o cometimento do crime, julga se o militar é incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade. Conforme o caso, declara o militar indigno do oficialato ou com ele incompatível e determina a perda de seu posto e patente. Não restam dúvidas de que a perda é conseqüência do reconhecimento da indignidade ou da incompatibilidade para com o oficialato, que constitui o objeto do julgamento. Não se trata de reconhecer a indignidade automaticamente em razão do reconhecimento do crime. Sendo reconhecida a prática do crime deve-se proceder a outro julgamento, que tem como objeto a indignidade ou a incompatibilidade para com o oficialato em razão da conduta manifestada com a prática do crime. É possível, portanto, que mesmo reconhecida a prática de um crime, não seja reconhecida a indignidade ou da incompatibilidade para com o oficialato.

No que diz respeito à Justiça Militar estadual, o art. 42 da Carta Magna determina que aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, aplicam-se as disposições do art. 142, § 3º. Mas, ao tratar da Justiça Militar estadual, o § 4° do art. 125 da Constituição da República conferiu ao órgão jurisdicional de segundo grau competência para decidir sobre a perda do posto e patente dos oficiais e também sobre a perda de graduação. O dispositivo não esclarece em que casos o oficial e a praça poderão perder o posto e a patente ou graduação. Considerando o disposto no mencionado art. 42, aplicam-se aos oficiais militares estaduais as normas dos incisos VI e VII do § 3° do art. 142, de modo que somente perderá o posto e patente quando for julgado indigno ou incompatível com o oficialato. Esse julgamento, contudo, não pode se aplicar às praças. Como as praças não são oficiais, não se pode julgá-los sob o prisma da indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato. Por isso, torna-se necessário avaliar a incapacidade da praça para permanecer vinculada à instituição militar por meio de outros critérios. O critério constitucional aplicável é o da condenação criminal, na Justiça Comum ou Militar, à pena privativa de liberdade superior a dois anos. Ocorrendo a condenação da praça na Justiça criminal à pena privativa de liberdade superior a dois anos, deve-se proceder ao julgamento sobre a sua capacidade de permanecer vinculado à IME. O tratamento diferenciado entre os militares se justifica. Ao oficial se exige maior retidão em suas condutas porque está em posição de comando e lhe cabe maior responsabilidade institucional.

Mas, a questão essencial ainda não foi enfrentada. O julgamento sobre a incapacidade de permanecer vinculado à IME decorre da competência penal ou cível da Justiça especializada? Duas situações distintas se apresentam e nos desafiam a compreensão.

Quando o julgamento sobre a incapacidade de permanecer na instituição militar decorrer de condenação pela prática de crime, no processo para a perda do posto e patente dos oficiais ou da graduação das praças haverá o exercício de jurisdição penal. Nesse sentido, cabe considerar que no âmbito da Justiça Militar da União ainda não se pode cogitar de competência civil. O art. 124 da Constituição

Federal é muito claro ao dispor que à Justiça Militar só compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Não poderia, portanto, um mesmo julgamento decorrer do exercício da jurisdição penal na Justiça Militar da União e da jurisdição civil na Justiça estadual. Em ambos os casos, verifica-se o exercício da jurisdição penal. Por outro lado, seja a perda do posto e patente ou da graduação considerada uma pena acessória (Justiça Militar) ou um efeito da condenação (Justiça Comum) compete ao juízo da condenação criminal a sua imposição.

Porém, quando o julgamento decorrer da prática de outras condutas indicativas da incapacidade para a permanência da vinculação do militar aos quadros da IME, o processo instituído pela Lei n° 5.836, de 05 de dezembro de 1972 é de natureza especial e caracteriza o exercício de jurisdição não penal. Como as demais causas que autorizam o julgamento sobre a incapacidade do militar continuar vinculado à IME não constituem crimes, não se pode falar em aplicação de penas, efeito de condenação criminal ou exercício de jurisdição penal. A perda do posto e patente é imposição do Direito Administrativo sancionador. O processo relacionado a estes casos tem início com a formação de um Conselho de Justificação e são restritos apenas aos oficiais. A garantia de julgamento da infração administrativa pelo Tribunal decorre de previsão da legislação infraconstitucional e não se estende às praças, sejam das forças armadas da União ou dos Estados. Por isso, nesses casos a autoridade administrativa pode determinar a exclusão da praça e a perda de sua graduação. Oportuno lembrar que o Supremo Tribunal Federal já expressou na Súmula nº 673 que o art. 125, § 4º, da Constituição, não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo.

12. Ação civil pública

A competência cível da Justiça Militar possibilita discutir a propositura da ação civil pública na justiça especializada. A Constituição da República de 1988 concebeu a ação civil pública como instrumento processual adequado à tutela dos interesses e direitos massificados, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A vantagem desse instrumento é que o legitimado à propositura da ação pode obter uma prestação jurisdicional que beneficie um grande número de pessoas, sem a necessidade de que cada um destes beneficiários proponha uma ação judicial distinta. Em outras palavras, a ação civil pública presta-se a viabilizar a celeridade da prestação jurisdicional por racionalizar a forma como uma questão de interesse massificado é levada a exame pelo Poder Judiciário.

A ação civil pública foi instituída no Brasil pela Lei Federal nº 7.347/1985 que, em seu art. 1º, determina que o instrumento poderá ser manejado para a defesa do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, de todo e qualquer interesse difuso ou coletivo, por infrações da ordem econômica e da economia popular e à ordem urbanística.

A noção de direitos e interesses difusos ou coletivos não é familiar aos operadores da Justiça Militar. No entanto, há definição legal para estes novos direitos na Lei nº 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor – CDC, e todos os ramos do Direito devem utilizar estas mesmas noções. Dispõe o parágrafo único do art. 81 do referido estatuto que:

> Art. 81. .....
>
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> I – **interesses ou direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
>
> II – **interesses ou direitos coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
>
> III – **interesses ou direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (grifei)

O art. 3º da Lei nº 7.347/1985 determina que a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Essa disposição define o objeto da ação civil pública de maneira muito abrangente, o que viabiliza seu manejo em um número muito grande de situações que envolvem as instituições militares. Como exemplos de questões que se pode discutir por meio de ação civil pública é possível citar a obrigação de submeter as atividades dos campos de instrução militar a licenciamento ambiental, a obrigação do Poder Público manter equipamentos militares adequados ao desenvolvimento eficiente da missão institucional da IMEs e a obrigação de fornecer condições dignas de trabalho para os militares.

No inciso III de seu art. 129, a Carta Magna confere legitimidade ao Ministério Público para manejar a ação civil pública na defesa dos interesses difusos e coletivos. O parágrafo 1º do referido artigo adverte, entretanto, que *a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei*. Nesse sentido, vale lembrar a legitimidade recentemente atribuída à Defensoria Pública pela Lei Federal nº 11.448/2007, que alterou o art. 5º da Lei nº 7.347/85.

Ainda importa perceber que a ação civil pública tanto pode ser manejada para reparar um dano já concretizado a qualquer dos direitos massificados quanto, preventivamente, para impedir a ocorrência do dano iminente ou simplesmente afastar uma determinada situação de ilicitude verificada.

O novo sistema processual em vigor, em especial, após a nova redação do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que é aplicável à defesa dos direitos difusos ou coletivos por expressa disposição do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública, é comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos humanos fundamentais. Hoje, há consenso na doutrina no sentido de que da garantia constitucional aos direitos humanos fundamentais decorrem correlatos direitos subjetivos públicos à prestação das medidas de proteção devidas pelo Estado. No Estado Democrático de Direito todos têm direito à efetividade das normas de direito material que respondem ao dever de proteção do Estado aos seus direitos fundamentais. E o direito à efetividade da tutela jurisdicional engloba o direito à pré-

ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que delas decorrem (MARINONI, p. 146). Não se pode esquecer que a razão de ser das técnicas processuais é a efetiva realização do direito material. Por isso, justifica-se o *status* constitucional conferido à ação civil pública. Mas, a garantia da efetividade das normas protetivas dos direitos fundamentais, nos casos concretos, cabe ao Poder Judiciário.

Modernamente, o direito à prestação jurisdicional é entendido como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito material. Isso significa direito à efetividade das decisões judiciais. Conforme bem observa o prof. Luiz Guilherme Marinoni:

> Ora, se a própria Constituição afirma a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo, diz que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário 'ameaça a direito', não pode restar qualquer dúvida de que o direito de acesso à justiça (art. 5°, XXXV, CF) tem como corolário o direito à tutela efetivamente capaz de impedir a violação do direito. Na verdade, há direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e, assim, direito fundamental à tutela preventiva, o qual incide sobre o legislador – obrigando-o a instituir as técnicas processuais capazes de permitir a tutela preventiva – e sobre o juiz – obrigando-o a interpretar as normas processuais de modo a delas retirar instrumentos processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção. (p. 254)

No contexto da competência da Justiça Militar Estadual cabe discutir a proteção do direito fundamental do cidadão à segurança pública, que restará violado quando qualquer das normas instituídas para o eficiente desenvolvimento dos serviços que lhe são inerentes favor inobservada. Deixar ocorrer o dano para, posteriormente, buscar-se uma tutela de ressarcimento pelo equivalente em dinheiro é justamente o que não deve acontecer. Nesse passo, a ação civil pública que visa à remoção do ilícito presta-se a proteger o bem jurídico fundamental e restabelecer a ordem jurídica ao afirmar a validade das normas que estabelecem condutas preventivas do dano.

Cabe, agora, examinar em que hipóteses a ação civil pública poderá ser admitida na Justiça Militar estadual.

12.1 tutela do direito a segurança pública

Conforme o disposto no art. 144 da Constituição Federal, a segurança pública é um dever do Estado cuja observância visa à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Para cumprir este dever, o Estado utiliza vários órgãos especializados, dentre os quais se destacam as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares estaduais.

José Afonso da Silva (p. 658) ensina que a segurança pública deve ser entendida como a situação de preservação ou restabelecimento da pacífica convivência social, que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites do gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses.

A segurança é um direito fundamental de segunda geração que encontra previsão expressa no *caput* dos arts. 5º e 6º da Constituição da República, que garantem a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil a sua inviolabilidade. O inciso I do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor permite concluir que a segurança pública é um direito difuso que é deferido a todas as pessoas residentes no território nacional. Do mesmo modo, deve-se notar que é dever do Poder Público garantir a efetividade de tal direito.

Isso significa que a ação civil pública pode ser manejada por qualquer dos legitimados para a tutela do referido direito fundamental, visando corrigir eventuais falhas constatadas nos serviços de segurança pública prestados por instituição militar. Tal possibilidade de correção, na Justiça Militar estadual, no entanto, está vinculada aos atos que digam respeito à disciplina militar. Na alusão que o parágrafo 4º do art. 125 da Constituição da República faz à competência civil da Justiça Militar estadual está expressa a sua vinculação às ações judiciais propostas contra atos disciplinares.

Por isso, se o Ministério Público propuser uma ação civil pública contra o Estado, pedindo a condenação na obrigação de realizar concurso público para aumentar o efetivo policial, considerado insuficiente para atender às necessidades do combate à criminalidade, a Justiça Comum será competente para conhecer e julgar a ação. Mas, se o órgão de execução ministerial propuser a ação pleiteando modificação nas regras disciplinares implementadas por autoridade administrativa militar, ao fundamento de que tais regras prejudicam a eficiência dos serviços de proteção ao direito fundamental de segurança, a competência será da Justiça Militar. Vejam-se os exemplos em que o comandante de unidade permita que seus subordinados exerçam atividades laborativas estranhas ao desempenho das funções militares ou estabeleça jornada de trabalho muito reduzida para militares. Nestes casos, a ação civil pública visa preservar a disciplina adequada ao bom desempenho das funções protetivas da segurança pública e deve ser proposta na Justiça Militar.

12.2 tutela dos direitos relativos à categoria especial dos militares

O disposto no inciso II do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, leva-nos a concluir que todos os direitos que toquem especificamente à categoria especial dos militares estaduais são considerados coletivos e também podem ser tutelados por ação civil pública.

Na tutela dos interesses coletivos dos militares estaduais importa notar que a Lei n° 7.347/85 não confere legitimidade às associações de classe dos militares para a defesa dos interesses coletivos de seus associados. O art. 5° da referida lei deixa claro que apenas as associações que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico podem utilizar do instrumental fornecido pela ação civil pública. A lei previu uma legitimidade ativa limitada para as associações.

A competência da Justiça Militar estadual para conhecer e julgar ações civis públicas em defesa dos direitos coletivos dos militares estaduais, da mesma forma como acontece nas hipóteses de defesa dos direitos difusos, vincula-se às questões relativas ao exercício do poder disciplinar. Mesmo considerando de

maneira ampla a noção de ato disciplinar, resta claro que estão excluídas do âmbito de competência da Justiça Militar estadual as ações relativas aos direitos previdenciários, aos valores de vencimentos, aos critérios administrativos necessários para a promoção, bem como relativos à transferência de militares para a inatividade.

A compreensão sobre quais direitos coletivos dos militares estaduais se relacionam com o exercício do poder disciplinar constitui desafio relevante a ser enfrentado pelos operadores do Direito na Justiça especializada militar. Nas oportunidades em que foi chamado a se pronunciar sobre a regulamentação da jornada de trabalho, em ações individuais (e não coletivas), o Egrégio Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais decidiu ser competente para conhecer e julgar pedido de redução de jornada de trabalho para militar que é responsável por filho portador de necessidades especiais. A ementa do acórdão proferido na Apelação Civil n° 77 registra que:

> A competência da Justiça Militar estadual, conferida pelo § 4º do art. 125 da Constituição Federal, não se restringe ao exame dos atos administrativos punitivos. Por atos administrativos disciplinares deve-se entender todos aqueles atos que de alguma forma possam interferir na ordenação disciplinar que é característica fundamental das instituições militares.

A referida decisão considerou que:

> ... Não se pode imaginar que a determinação de observância da jornada de trabalho esteja fora do poder disciplinar do comandante de instituição militar. Vale observar que a injustificada falta ao serviço pelo militar é considerada transgressão disciplinar grave, conforme o disposto no art. 13, inciso XX, da Lei Estadual nº 14.310/2002, e sua conduta de chegar atrasado para qualquer ato de serviço de que deva participar é considerada transgressão disciplinar leve, nos termos do art. 15, inciso I, da referida lei. Em ambos os casos, as transgressões disciplinares autorizam a aplicação de sanções disciplinares. Portanto, não pode haver dúvidas de que o ato administrativo que dispõe sobre o horário de trabalho do servidor militar possui natureza disciplinar e a ação judicial que visa a sua anulação se insere na competência da Justiça Militar estadual, conforme o disposto no § 4º do art. 125 da Constituição Federal. TJMMG.

A questão da redução da jornada de trabalho, em decorrência de ser o militar responsável por filho que necessite de cuidados especiais, foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça Militar como relativa ao exercício do poder disciplinar também na Apelação Cível n° 97. As decisões já proferidas provocam a reflexão sobre a amplitude da noção jurídica de ato disciplinar e estimulam a defesa dos interesses coletivos por meio de ação civil pública. Certamente, a referida questão da redução da jornada de trabalho pode ser levada novamente a julgamento por meio de ação civil pública. Nesta hipótese, a decisão proferida na ação coletiva alcançaria todos os militares que se encontrarem na referida situação.

12.3 para a tutela de direitos individuais homogêneos

A ação civil pública também pode ser manejada para a defesa dos direitos individuais homogêneos (inciso III do art. 81 da Lei nº 8.078/90). A previsão legal para esse caso não está no art. 1° da Lei n° 7.347/85, que se refere apenas aos direitos difusos e coletivos. A possibilidade jurídica para a utilização da ação civil pública de corre do art. 83 da Lei n° 8.078/90 – CDC – ao dispor que:

> Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Os interesses individuais homogêneos não se confundem com os difusos e os coletivos, não se caracterizando como transindividuais de natureza indivisível. Ao contrário, são essencialmente individuais, identificáveis e divisíveis. A classificação diferenciada em relação aos demais interesses individuais resulta apenas da possibilidade jurídica de defesa por meio de ação coletiva. Considerando as características comuns nas quais se encontram os titulares individuais, a ordem jurídica confere certa coesão para a defesa em juízo. (TOPAN, p. 28). O jurista Hugo Nigro Mazzilli esclarece que os interesses individuais homogêneos são aqueles pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum (p. 51). A tutela coletiva destes direitos ou interesses depende da caracterização de sua homogeneidade. O aspecto coletivo deve prevalecer sobre o individual. Não caracterizada esta prevalência, os direitos serão heterogêneos, mesmo que tenham uma origem comum, e será juridicamente impossível a tutela coletiva.

Ordinariamente, as questões que autorizam a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos de militares não se inserem no âmbito da competência da Justiça Militar. Consideremos o seguinte exemplo: a Administração militar adquire certa quantidade de coletes a prova de balas para a proteção de policiais em serviço. Devido a problemas na qualidade do equipamento, alguns policiais acabam feridos em operações. É possível que uma ação coletiva seja proposta contra o Estado, pedindo a reparação dos danos sofridos por todos os policiais feridos. Tal ação, por não se referir a qualquer aspecto do poder disciplinar, é da competência da Justiça Comum.

Por outro lado, quando a questão de interesse individual homogêneo se relacionar com qualquer manifestação do poder disciplinar a competência para conhecer e julgar a ação coletiva será da Justiça Militar. Consideremos agora outro exemplo: a ação que visa impugnar a validade de um ato administrativo de movimentação de tropas que se fundamenta na conveniência da disciplina e seja praticado com desvio de finalidade, atingindo determinado grupo de militares, é da competência da Justiça Militar estadual. Caracterizada a existência de interesse individual homogêneo, uma ação coletiva poderá ser proposta perante a Justiça Militar para a comprovação do desvio de finalidade e invalidar o ato que atingiu certo número de militares. No caso, como a tutela coletiva visa invalidar um ato administrativo disciplinar, a competência será da Justiça Militar.

12.4 Improbidade administrativa

Nos últimos anos, a ordem jurídica aprimorou a tutela aos direitos massificados e regulou casos especiais de ação civil pública. Dentre eles, a Lei Federal nº 8.429/92 tratou especificamente da ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Certamente, este é um tema que possui grande importância no cotidiano das instituições militares.

A Lei n° 8.429/92 regulamentou o disposto no art. 37, § 4°, da Constituição da República, estabelecendo mecanismo de responsabilização por atos que ofendam os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nos incisos de seu art. 12, a lei estabeleceu que são aplicáveis em decorrência de condenação por prática de ato de improbidade administrativa as seguintes penas: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

A possibilidade jurídica de que um militar estadual da ativa venha a praticar um ato de improbidade administrativa é evidenciada pelo próprio texto da Lei n° 8.429/92, já que no § 3° de seu art. 14 determina que a apuração preliminar do ato ímprobo praticado pelo servidor militar seja realizada de acordo com os respectivos regulamentos. Os arts. 14 a 17 da referida lei esclarecem que a ação civil de improbidade administrativa deve ser proposta pelo Ministério Público, mas a propositura da ação depende da existência de um lastro probatório mínimo sobre a ocorrência do ato ilícito. A gravidade das conseqüências do reconhecimento da improbidade administrativa impõe tomar-se certa cautela antes da propositura da ação, como também acontece com a ação penal pública.

Por força do disposto no art. 129, inciso III, da Constituição da República, e art. 8°, § 1°, da Lei nº 7.347/85, para instruir a petição inicial da ação civil pública, o Ministério Público pode instaurar o inquérito civil público. No âmbito do inquérito civil público o Ministério Público faz uma apuração preliminar sobre a ocorrência do ato de improbidade e reúne as provas necessárias à propositura da ação.

No entanto, a legitimidade para a ação civil pública por ato de improbidade não é restrita ao Ministério Público. O art. 17 da Lei n° 8.429/92 também confere à pessoa jurídica lesada pela improbidade, que é diretamente interessada no desfecho da ação, legitimidade para a sua propositura. O art. 14, § 3°, da referida lei deixa claro que, para que a pessoa jurídica interessada possa propor a ação civil de improbidade administrativa deve proceder a uma investigação preliminar. E tal dispositivo ainda determina como se deve proceder à investigação preliminar: "... em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares."

No caso de ato de improbidade praticado por servidor militar, a lei determinou que a apuração preliminar seja feita de acordo com o respectivo regulamento. A expressa previsão para se utilizar o regulamento disciplinar se presta unicamente a indicar que a autoridade administrativa militar tem o dever de proceder à apuração do ilícito. Mas, se a investigação for conduzida por meio de inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público não há qualquer nulidade. É a própria Constituição da República que

atribui ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), e, para tanto, confere-lhe o poder/dever de instaurar o inquérito civil público. Desta forma, a previsão da Lei n° 8.429/92 não poderia restringir as atribuições constitucionais do Ministério Público, mas apenas complementá-la.

Concluída a investigação preliminar, o poder público, seja por meio do Ministério Público ou de pessoas jurídica de direito público tem o dever de propor a ação de improbidade administrativa. Não é possível admitir que, uma vez constatada a ocorrência da improbidade, possa o poder público abrir mão de promover a responsabilidade do servidor ímprobo e reparar os danos matérias e extrapatrimoniais causados pelo ato de improbidade. No âmbito do ilícito civil público, vigora o mesmo princípio da obrigatoriedade que se observa orientar a ação penal pública. No caso da pessoa jurídica de direito privado interessada na ação em razão dos danos que sofreu, o princípio da obrigatoriedade não se aplica. A pessoa jurídica de direito privado possui uma legitimação concorrente e apenas a faculdade de propor a ação.

Cabe lembrar ainda que é atribuição constitucional do Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial, bem como a defesa dos direitos fundamentais do cidadão. Certamente, se os serviços inerentes à segurança pública estão sendo prestados de maneira ineficiente, o Ministério Público tem legitimidade para propor as medidas judiciais necessárias à sua regularização. Por isso, quando o Ministério Público propõe uma ação civil de improbidade administrativa contra militar estadual ímprobo ataca essencialmente a omissão ou a ação disciplinar ineficiente da Administração militar, que não é capaz de impedir a continuidade do ilícito e responsabilizar o seu autor. Tal atuação ministerial materializa efetiva defesa ao direito fundamental do cidadão de receber do poder público os serviços inerentes à segurança pública.

12.4.1 Competência da Justiça Militar

Normalmente, a improbidade administrativa de militar caracteriza um ato indisciplinado e não um ato disciplinar. O ato disciplinar é o ato emanado da autoridade administrativa militar que visa essencialmente à preservação da disciplina da tropa. Somente quando a improbidade administrativa estiver relacionada com o exercício de funções disciplinares militares a Justiça Militar estadual será competente para processar e julgar as ações de improbidade.

Em muitos casos, é possível que a improbidade administrativa se consubstancie na prática de um ato administrativo disciplinar. Considerando-se o disposto no inciso I do art. 9º da Lei nº 8.429/92, haverá improbidade administrativa quando a autoridade administrativa determina a transferência de militar por conveniência da disciplina, mas a real motivação constitui o atendimento do interesse particular do militar transferido. Note-se, ainda, que a responsabilidade civil por ato de improbidade não impede a responsabilidade penal do infrator pelo mesmo fato. Vejamos mais alguns exemplos: nos termos do inciso I do art. 11 da Lei nº 8.429/92, se o ato disciplinar for praticado visando a fim proibido em lei ou regulamento ou, ainda, diverso daquele previsto na regra de competência, haverá a caracterização da improbidade. Veja-se o exemplo em que um militar entra no exercício de funções de comando antes de satisfeitas as exigências legais e emite ordens disciplinares. O fato é proibido por lei, art. 329 do Código

Penal Militar, e caracteriza improbidade administrativa. Da mesma forma, com base no inciso II do art. 11 da Lei nº 8.429/92, se a autoridade militar, indevidamente, deixar de praticar o ato disciplinar a que estava obrigado em razão das funções poderá caracterizar-se a improbidade. Consideremos agora o exemplo em que a autoridade militar deixa de responsabilizar subordinado que comete infração no exercício do cargo. O fato caracteriza crime – art. 322 do Código Penal Militar – e, também, improbidade administrativa.

Vale insistir que a competência da Justiça Militar para as ações de improbidade administrativa somente decorre da vinculação que as questões concretas possam guardar com o exercício do poder disciplinar. Não é juridicamente possível admitir a competência da Justiça especializada militar com base na previsão constitucional para a decisão sobre a perda do posto e da patente dos oficiais ou da graduação das praças. Nesse aspecto, o § 4° do art. 125 da Constituição da República somente conferiu competência criminal à Justiça Militar e ação de improbidade administrativa possui natureza cível.

A questão foi cuidadosamente examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, em conflito negativo de competência n. 100.682 – MG envolvendo caso concreto submetido a exame de nossa Justiça Estadual, quando ficou decidido o seguinte:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA PELO MP CONTRA SERVIDORES MILITARES. AGRESSÕES FÍSICAS E MORAIS CONTRA MENOR INFRATOR NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLICIAL. EMENDA 45/05. ACRÉSCIMO DE JURISDIÇÃO CÍVEL À JUSTIÇA MILITAR. AÇÕES CONTRA ATOS DISCIPLINARES MILITARES. INTERPRETAÇÃO. DESNECESSIDADE DE FRACIONAMENTO DA COMPETÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 125, § 4º, *IN FINE*, DA CF/88. PRECEDENTES DO SUPREMO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO.
>
> 1. Conflito negativo suscitado para definir a competência – Justiça Estadual Comum ou Militar - para julgamento de agravo de instrumento tirado de ação civil por improbidade administrativa proposta contra policiais militares pela prática de agressões físicas e morais a menor infrator no âmbito de suas funções, na qual o Ministério Público autor requer, dentre outras sanções, a perda da função pública.
>
> 2. São três as questões a serem examinadas neste conflito: (a) competência para a causa ou competência para o recurso; (b) limites da competência cível da Justiça Militar; e (c) necessidade (ou não) de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade.
>
> 3. **Competência para a causa ou competência para o recurso**:
>
> 3.1. O julgamento do conflito de competência é realizado *secundum eventum litis*, ou seja, com base nas partes que efetivamente integram a relação, e não aqueles que deveriam integrar. De igual modo, o conflito deve ser examinado com observância ao estágio processual da demanda, para delimitar-se, com precisão, se no incidente se discute a competência para a causa ou a competência para o recurso.
>
> 3.2. Na espécie, o juízo estadual de primeira instância concedeu em parte o requerimento de suspensão cautelar dos réus na ação de improbidade, o que gerou recurso de agravo interposto

pelo MP perante a Corte Estadual que, **sem anular a decisão de primeira instância**, determinou a remessa dos autos ao Tribunal Militar.
3.3. Discute-se, portanto, a competência para o recurso, e não a competência para a causa. Nesses termos, como o agravo ataca decisão proferida por juiz estadual, somente o respectivo Tribunal de Justiça poderá examiná-lo, ainda que seja para anular essa decisão, encaminhando os autos para a Justiça competente. Precedentes.
4. Neste caso, excepcionalmente, dada a importância da matéria e o fato de coincidirem a competência para o recurso e a competência para a causa, passa-se ao exame das duas outras questões: especificamente, os limites da jurisdição cível da Justiça Militar e a necessidade (ou não) de fracionar-se o julgamento da ação de
improbidade.
5. **Limites da jurisdição cível da Justiça Militar**:
5.1. O texto original da atual Constituição, mantendo a tradição inaugurada na Carta de 1946, não modificou a **jurisdição exclusivamente penal** da Justiça Militar dos Estados, que teve mantida a competência apenas para "processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos **crimes militares**, definidos em lei".
5.2. A Emenda Constitucional 45/04, intitulada "Reforma do Judiciário", promoveu significativa alteração nesse panorama. A Justiça Militar Estadual, que até então somente detinha jurisdição criminal, passou a ser competente também para julgar **ações civis** propostas contra **atos disciplinares militares**.
5.3. Esse acréscimo na jurisdição militar deve ser examinado com extrema cautela por duas razões: (a) trata-se de Justiça Especializada, o que veda a interpretação tendente a elastecer a regra de competência para abarcar situações outras que não as expressamente tratadas no texto constitucional, sob pena de invadir-se a jurisdição comum, de feição residual; e (b) não é da tradição de nossa Justiça Militar estadual o processamento de feitos de natureza civil.
Cuidando-se de novidade e exceção, introduzida pela "Reforma do Judiciário", deve ser interpretada restritivamente.
5.4. Partindo dessas premissas de hermenêutica, a nova jurisdição civil da Justiça Militar Estadual abrange, tão-somente, as ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares, vale dizer, ações propostas para examinar a validade de determinado ato disciplinar ou as conseqüências desses atos.
5.5. Nesse contexto, as ações judiciais a que alude a nova redação do § 4º do art. 125 da CF/88 serão sempre propostas contra a Administração Militar para examinar a validade ou as consequências de atos disciplinares que tenham sido aplicados a militares dos respectivos quadros.
5.6. No caso, a ação civil por ato de improbidade não se dirige contra a Administração Militar, nem discute a validade ou conseqüência de atos disciplinares militares que tenham sido concretamente aplicados.
Pelo contrário, volta-se a demanda contra o próprio militar e discute ato de "indisciplina" e não ato disciplinar.

6. **Desnecessidade de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade**:
6.1. Em face do que dispõe o art. 125, § 4º, *in fine*, da CF/88, que atribui ao Tribunal competente (de Justiça ou Militar, conforme o caso) a tarefa de "decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças", resta saber se há, ou não, necessidade de fracionar-se o julgamento desta ação de improbidade, pois o MP requereu, expressamente, fosse aplicada aos réus a pena de perdimento da função de policial militar.
6.2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que a competência para decidir sobre perda do posto ou da patente dos oficiais ou da graduação dos praças somente será da competência do Tribunal (de Justiça ou Militar, conforme o caso) nos casos de perda da função como pena acessória do crime que à Justiça Militar couber decidir, não se aplicando à hipótese de perda por sanção administrativa, decorrente da prática de ato incompatível com a função de policial ou bombeiro militar. Precedentes do Tribunal Pleno do STF e de suas duas Turmas.
6.3. Nesse sentido, o STF editou a Súmula 673, *verbis* : "O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo".
6.4. Se a parte final do art. 125, § 4º, da CF/88 não se aplica nem mesmo à perda da função decorrente de processo disciplinar, com muito mais razão, também não deve incidir quando a perda da patente ou graduação resultar de condenação transitada em julgado na Justiça comum em face das garantias inerentes ao processo judicial, inclusive a possibilidade de recurso até as instâncias superiores, se for o caso.
6.5. Não há dúvida, portanto, de que a perda do posto, da patente ou da graduação dos militares pode ser aplicada na Justiça Estadual comum, nos processos sob sua jurisdição, sem afronta ao que dispõe o art. 125, § 4º, da CF/88.
7. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o suscitado.

Após esta decisão, o Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais passou a não mais admitir a competência da Justiça Militar para conhecer e julgar as ações civis públicas que não sejam propostas contra atos disciplinares ímprobos (ACP nº 06).

Nos casos em que a Justiça Comum for competente para o processo e julgamento da ação de improbidade administrativa, poderá decretar a perda da função pública do militar. Esta é uma conseqüência imediata da condenação por improbidade administrativa, conforme o disposto nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429/1992. É certo que a perda da função pública não se confunde com a perda do posto e da patente dos oficiais, nem tampouco com a perda da graduação das praças. No entanto, a perda da função pública do militar da ativa por ato de improbidade implica necessariamente exclusão das fileiras da instituição militar estadual e a perda do posto ou da graduação respectiva. A exclusão do militar, decorrente do reconhecimento da prática de improbidade administrativa, impede-o de continuar vinculado aos níveis da hierarquia militar. Não é razoável conceber que o autor da improbidade seja excluído da IME e continue a ostentar o posto ou a graduação que anteriormente o vinculava aos

níveis hierárquicos. Portanto, mesmo na Justiça Comum, a perda da função do militar da ativa acarretará sempre a perda do posto e da patente do oficial ou a perda da graduação da praça.

13. Pedido de reparação de danos

A anulação do ato administrativo disciplinar sempre terá como fundamento a ocorrência de um ilícito civil de natureza pública e, caso haja pedido nesse sentido, deverá impor indenização pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pelo militar. Este é o posicionamento do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, como se pode observar das seguintes ementas:

> (...) A Administração é obrigada a indenizar por danos materiais e morais o servidor exonerado sem a observância dos direitos fundamentais, com desobediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa. (TJMG, Ap. Cível. nº 1.0421.04.910511-5/001, rel. Des. Carreira Machado, DJ 14/06/2005).

> (...) É devida indenização por dano moral ao servidor estável exonerado, sem o devido processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa, em razão do abalo psicológico decorrente da súbita privação do trabalho e da correspondente remuneração, da natureza alimentar das verbas remuneratórias e das perturbações e intranqüilidades geradas no seio da família, bem como pelo prejuízo moral decorrente da privação ou perda de eventuais vantagens pessoais ou pecuniárias que deixou de adquirir em razão do rompimento do vínculo jurídico que o unia à Administração Municipal. Incabível a incidência de juros compostos, por falta de amparo legal. (TJMG, Ap. Cível nº 1.0079.05.190818-8/001, rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, DJ 18/08/2006).

Com efeito, a Constituição da República reconheceu, expressamente, a possibilidade jurídica de indenização por danos morais no inciso V de seu art. 5º. Da mesma forma, o art. 186 do novo Código Civil brasileiro reconhece a possibilidade de responsabilizar o autor do ato ilícito por dano moral.

A indevida exclusão do militar da corporação, por exemplo, produz relevante impacto em sua tranqüilidade psíquica e imagem social. Considerando que tais danos se verificam na esfera mais íntima da personalidade, a doutrina e jurisprudência dispensam a comprovação da ocorrência dos danos morais.

Acerca da indenização pelos danos morais, os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ensinam que:

> (...) o direito à integridade moral concerne à proteção conferida aos atributos psicológicos relacionados à pessoa, tais como a sua honra, a liberdade, o recato, a imagem, a vida privada e o nome. Tutela, pois, a higidez psíquica da pessoa, sempre à luz da necessária dignidade humana.

> São atributos relacionados à incolumidade moral, destinados à preservação do conjunto psicológico da estrutura humana. São as emanações da alma, essencialmente incorpóreas, distintas das projeções físicas do indivíduo.
> Assim, seja por ações diretas ou indiretas, seja por conta de situações naturais ou provocadas, impõe-se a cada pessoa – e à coletividade como um todo, inclusive ao Poder Público – respeitar a integridade psicológica de toda e qualquer pessoa, abstendo-se de interferir no aspecto interior da personalidade. (p. 131)

Especificamente sobre a comprovação do dano moral, os prestigiados professores advertem que:

> No que pertine à caracterização dos danos não-patrimoniais (chamados comumente de danos morais), sobreleva destacar a inexistência de qualquer necessidade de prova da dor, sofrimento, vexame, humilhação, tristeza ou qualquer sentimento negativo. Configura-se o dano moral pela simples e objetiva violação a direito da personalidade.
> Até mesmo porque a dor, a vergonha, o desgosto, a aflição etc., é a eventual conseqüência do dano extrapatrimonial e não a sua essência, o seu conteúdo. (p. 149).

O Superior Tribunal de Justiça também consagrou o entendimento de que é desnecessário comprovar a ocorrência do dano moral, conforme se pode constatar no julgamento do REsp nº 121.757 / RJ em cuja ementa ficou registrado que:

> (...) IV- O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo – o seu interior. Foi visando, então, a uma plena reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano. (rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

No mesmo sentido, o REsp 506437 / SP, cujo Relator foi o eminente Ministro Fernando Gonçalves. Da ementa da decisão pode-se destacar que:

> (...) 2. No sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, imagem, honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado.

A constatação da dimensão concreta da ofensa é tarefa por demais difícil ao Poder Judiciário, mas da qual não poderá eximir-se. A responsabilização civil do Estado, por sua vez, ainda apresenta dificuldades peculiares. Se por um lado a responsabilidade é de natureza objetiva, por outro, não há espaços para a idéia de que o elevado valor da indenização possa apresentar qualquer caráter pedagógico. O Estado é um

complexo de relações pessoais e patrimoniais incapaz de sentir subjetivamente os estímulos reeducadores porventura decorrentes de responsabilização por atos ilícitos.

Desprovido de critérios absolutos para desincumbir-se da tarefa, deverá o magistrado utilizar dos elementos disponíveis nos autos para quantificar a adequada compensação pelos danos sofridos. O desafio a enfrentar diz respeito a definir um valor que seja adequado à indenização por danos morais, devendo este ser proporcional ao dano sofrido pela indevida aplicação da sanção disciplinar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUADO, Paz M. de la Cuesta. *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo, 1998.

ASSIS, Jorge César de. A reforma do Poder Judiciário e a Justiça Militar – breves considerações sobre seu alcance. In *Revista de estudos e informações da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, nº 15, nov. 2005.

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2007

CARO, José Rojas. *Derecho disciplinario militar*. Madrid: Tecnos, 1990.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 4, 1944.

CORRÊA, Univaldo. A evolução da Justiça Militar no Brasil – alguns dados históricos. In *Direito Militar – história e doutrina – artigos inéditos*. Org. Getúlio Corrêa. Florianópolis: Associação dos magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002.

DE PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.

FAGUNDES, SEABRA. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, ed. Forense, 1979.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4ª edição, 2011.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal:* parte general. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Tratado de derecho penal*. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Munoz Conde. Barcelona: Bosch, v. 1, 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, editora Malheiros, 1995.

NASSAR, Elody. *Prescrição na administração pública*, editora Saraiva, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PESSOA, Nelson R. Imputación objetiva y el concepto de acción. In: *Teorias actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar (parte geral)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Tradução de Claudia Lopes Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998.

SANCINETTI, Marcelo A. Observaciones sobre la teoria de la imputación objetiva. In: *Teoria de Ia imputación objetiva*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 1998.

SANTOS FILHO, José Carvalho dos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SIQUEIRA, Galdino de. *Tratado de direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino editor, 1947, tomo II.

TOPAN, Luiz Renato. *Ação coletiva e adequação da tutela jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899.