

A defesa no processo administrativo disciplinar militar aplicada aos militares estaduais de Minas Gerais

Anderson Cláudio Cassiano¹

INTRODUÇÃO

Quando subsiste um suposto ilícito, seja penal, civil ou administrativo, as atenções se voltam para dois pontos fundamentais no que concerne à relação processual - a acusação e a defesa. Na esfera castrense, disto muito mais da cível do que da criminal, e especificamente nesta situação, por se tratar de processo administrativo disciplinar, há algumas considerações que deverão ser suscitadas diante, primordialmente, da premissa de que a Administração Pública possui em seu favor a presunção da veracidade de seus atos. Isto gera um desequilíbrio no que tange a igualdade de direitos na esfera processual já que a Administração Pública sempre vai ter um “*plus*” em relação ao administrado, assim, referindo-se ao subordinado, gerando para este um óbice no sentido de provar que a Administração Pública agiu de modo errôneo, ou que o fator gerador do processo disciplinar é atípico, ou que o suposto transgressor praticou ilícito disciplinar, mas está amparado por uma das causas de justificação ou que houve uma possível má-fé para que o ato seja, por conseguinte, invalidado, impedindo que se profira seus efeitos jurídicos.

O processo administrativo disciplinar militar se assemelha ao processo penal, apesar de possuir suas peculiaridades como todo direito processual tem. Assim também a defesa neste tipo de processo tem suas especificidades. Contudo, basicamente, a defesa no processo disciplinar militar como no processo civil e penal seguem dois caminhos: a defesa preliminar e a defesa de mérito. Mas, diferentemente do que ocorre no processo penal e civil, as alegações entronizadas em tais defesas no âmbito do disciplinar castrense é mais restrito e em muitos casos impedem a convalidação do ato administrativo; em geral, a nulidade é absoluta, inexistindo assim a possibilidade de saneamento do ato.

¹ Servidor Militar da Polícia Militar de Minas Gerais. Bacharel em Direito.

Vejamos como pode o suposto transgressor se defender (o que ele pode argüir) diante da imputação de ilícito disciplinar.

1. A DEFESA NOS PROCESSOS DISCIPLINARES NO ÂMBITO DAS INSTITUIÇÕES MILITARES ESTADUAIS EM MINAS GERAIS

No âmbito das instituições castrenses estaduais de Minas Gerais (Polícia Militar e Corpo de Bombeiro Militar) conforme se instauram processos em desfavor de militares quando da prática, em tese, de ilícito administrativo disciplinar militar, percebe-se com clareza a relação processual envolvendo a Administração Pública Militar *versus* suposto infrator de transgressão disciplinar, caso este em que aquela exerce as funções de apurar, acusar, instruir e decidir, em fases distintas, enquanto ao militar só lhe resta se defender das acusações. O direito à defesa do militar pode acontecer de formas distintas e bem definidas conforme prevê normas castrenses.

Na apuração de transgressão disciplinar através de Sindicância, haverá uma fase preliminar (libelo acusatório) de defesa onde o militar poderá previamente se defender, formulando por escrito tudo aquilo que lhe for conveniente, inclusive requerendo a audição de testemunhas, conforme explicita *in verbis* o Manual de Processos e Procedimentos Administrativo-disciplinares da Polícia Militar de Minas Gerais (MAPPAD) - Resolução Nº 3666/2002 em seu artigo 5º:

Em relação ao libelo acusatório deverá ser observado o seguinte:

I - Ao receber o encargo, o Encarregado providenciará a notificação do Acusado entregando-lhe o libelo acusatório, conforme modelo existente neste Manual, tirando-se fotocópia da portaria ou despacho e demais peças acusatórias, que deverão ser entregues contra-recibo ao acusado, cientificando-o de que terá, ao final da apuração, um prazo de cinco dias úteis para apresentar suas razões escritas de defesa;

II - Tal medida permitirá ao Acusado que conheça a acusação que pesa em seu desfavor desde o início dos trabalhos. Poderá, inclusive, por ocasião da abertura de vistas para defesa, apresentar provas ou indicar testemunhas, para serem inquiridas nos autos ou outras medidas pertinentes (MAPPAD, resolução nº 3666/2002, art. 5º).

Poderá também entrar diretamente na fase de defesa quando o processo advier de comunicação disciplinar ou na ocorrência de ilícito disciplinar por apuração em inquérito policial

militar, e até mesmo na sindicância regular após a defesa prévia. Aqui o militar será notificado através de termo para apresentação das razões escritas de defesa:

A comunicação deve ser a expressão da verdade, cabendo à autoridade a quem for dirigida encaminhá-la ao acusado, para que, no prazo de cinco dias úteis, apresente as suas alegações de defesa por escrito (Lei estadual nº 14310/2002, art. 56, §2º);

O acusado será notificado formalmente, na presença de duas testemunhas que, também, assinarão o termo para, no prazo improrrogável de 5 dias úteis, apresentar suas alegações escritas de defesa, sendo-lhe entregue a comunicação disciplinar e demais documentos existentes (MAPPAD, resolução nº 3666/2002, art. 92);

Art. 99 Quando se tratar de falta disciplinar residual ou subjacente à apuração de delito, através de IPM ou APF, a Administração deverá adotar as seguintes providências:

[...]

III – abrir vistas ao acusado do cometimento da transgressão disciplinar, num prazo de 5 dias úteis (MAPPAD, resolução Nº 3666/2002, art. 99, inciso III);

A administração, após sanear o procedimento, se necessário, encaminhará a comunicação ao acusado, mediante notificação formal, contendo o fato e qual a norma, em tese, violada, para que este apresente as alegações de defesa, no prazo improrrogável de cinco dias úteis (Instrução de corregedoria nº 01/2005, art. 43).

Percebe-se que o prazo para a apresentação das razões escritas de defesa (RED) é de 5 dias, salvo nos casos em que em um processo administrativo envolvam mais de um militar (sindicado ou indiciado), quando tal prazo será estendido para 10 dias úteis. Geralmente esta situação acontecerá nos casos de apurações em Sindicância Regular ou Inquérito Policial Militar (IPM):

Se houver mais de um Sindicado, o prazo para entrega das razões escritas de defesa será de 10 dias úteis (MAPPAD, resolução Nº 3666/2002, art. 46, inciso III);

Concluída a *etapa acusatória*, deve-se abrir vista dos autos ao Sindicado, no prazo de cinco dias úteis (ou dez dias úteis, quando for mais de um Sindicado), para a apresentação das suas razões escritas de defesa, se comprovada/confirmada a prática de transgressão disciplinar em seu desfavor

(utilizar modelo existente no MAPPAD). Após observar referido procedimento e tomar demais providências necessárias, deverá o Sindicante elaborar o seu relatório e encaminhar os autos a quem de direito (Instrução de recursos humanos Nº 310/2004, art. 14).

Ressalta-se nestes casos relativos a prazos para as RED, a inobservância destas regras ensejará a nulidade do processo com seu devido arquivamento tendo em vista que fere fatalmente o princípio da ampla defesa. É óbvio que a complexidade do processo administrativo deverá gerar também um dispêndio maior para que o acusado faça sua defesa. Evidentemente o legislador castrense estabeleceu um prazo mais extenso quanto a estes processos para garantir ao acusado proporcional e razoavelmente um prazo aceitável diante das circunstâncias fáticas e jurídicas. Se o encarregado do processo, ao abrir vistas para a defesa do acusado, por exemplo, numa sindicância em que envolvam 03 militares transgressores, por um prazo de 05 dias úteis, estará cerceando-lhes o direito sagrado da ampla defesa insculpido em nossa Magna Carta em seu artigo 5º, inciso LV.

Além disto, salienta-se que subsistem duas instâncias recursais administrativas, com efeito suspensivo, para que o militar usufrua de seu direito constitucional da ampla defesa no processo administrativo disciplinar militar nos termos do Código de Ética e Disciplina dos Militares de Minas Gerais (CEDM) - lei estadual nº 14310/2002:

Art. 59 – Interpor, na esfera administrativa, recurso disciplinar é direito do militar que se sentir prejudicado, ofendido ou injustiçado por qualquer ato ou decisão administrativa

Art. 60 – Da decisão que aplicar sanção disciplinar caberá recurso à autoridade superior, com efeito suspensivo, no prazo de cinco dias úteis, contados a partir do primeiro dia útil posterior ao recebimento da notificação pelo militar.

Parágrafo único - Da decisão que avaliar o recurso caberá novo recurso no prazo de cinco dias úteis (Lei estadual nº 14310/2002, arts. 59 e 60).

2. A DEFESA PROCESSUAL

A Defesa processual se faz através da argüição de institutos ou situações jurídicas que atacam o processo em todos seus aspectos, se este está dentro das prescrições legais pertinentes ou está em obediência a princípios processuais, principalmente os advindos de nossa Lei Maior. Verifica-se também se os elementos/ requisitos do ato administrativo estão eivados de algum vício para que assim se proceda pedido requerendo a invalidade do ato e por conseguinte de seus efeitos no mundo jurídico, e se há algum fator gerador para argüição de nulidade.

É nada mais do que a verificação das preliminares relativas ao processo que são relevantes para que se averigüe a possibilidade de ilegalidade ou injustiça em desfavor do suposto transgressor disciplinar. A confirmação de algum defeito geralmente causa a invalidade do processo, tendo como medida mais justa, o arquivamento do processo, sem mesmo entrar no mérito da questão fática, contudo, existe a possibilidade de invalidação de determinados atos com inclusive a geração de efeitos *ex nunc*, possibilitando inclusive o saneamento destes atos pela Administração Pública Militar:

A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos (Súmula do STF Nº 346).

A Administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos (Lei estadual Nº 14184/2002, art. 64).

Salienta-se que as questões aqui elencadas são meramente exemplificativas, podendo existir outras situações jurídicas relativas ao processo que podem ser suscitadas pelo suposto transgressor, para assim, atacar o processo, como uma parte de seu direito de defesa preliminar, já que a outra será a defesa de mérito.

2.1 Prescrição

Tal instituto já gerou (e ainda gera) muitas controvérsias no âmbito castrense primordialmente quando alegadas nas razões escritas de defesa dos supostos transgressores disciplinares. A prescrição está implicitamente associada ao Princípio da Segurança Jurídica, um dos pilares do ordenamento jurídico moderno, e como regra geral no contexto jurídico, nada é eterno. Destarte, ensina-nos o Prof. José dos Santos Carvalho Filho sobre o assunto:

De fato, o direito não pode ficar a mercê de eternas pendências, provocando uma situação de instabilidade no grupo social. O tempo é necessário para proporcionar essa estabilização. Desse modo, se o titular de um direito fica inerte para exercê-lo, surge em certo prazo, situação oposta que passa impedi-lo do exercício. Ou seja, a inércia do titular do direito cria situação favorável a terceiros, que acabam por se beneficiar daquela situação de inércia (IDEM, 2008, p. 860).

Em relação ao processo em si, tem tênue relação com o Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo que dita do seguinte modo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXVIII). Assim como existem prazos processuais para serem cumpridos pelos administrados, a lei também estabelece tais para que Administração Pública Militar cumpra-os no que concerne ao processo administrativo disciplinar, sob pena de prescrição.

A prescrição administrativa concernente ao processo em decorrência de transgressão disciplinar estava estabelecida no artigo 90 da Lei nº 14310/2002 – CEDM, *in verbis*:

Contados da data em que foi praticada a transgressão, a ação disciplinar prescreve em:

I – cento e vinte dias, se transgressão leve;

II – um ano, se transgressão média;

III – dois anos, se transgressão grave.

Contudo, após varias controvérsias entre a aplicação deste artigo pela Administração Pública Militar e a alegação destes dispositivos em matéria de defesa preliminar pelos supostos transgressores disciplinares, inclusive com a interposição de várias ações judiciais junto ao TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE MINAS GERAIS (TJMMG), este egrégio se pronunciou, declarando a inconstitucionalidade do referido artigo juntamente com o artigo 200 do MAPPAD que resumidamente estabelecia apenas prazo para o início dos trabalhos nos processos disciplinares, vindo a violar o Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo (CF/88 Art. 5º, LVIII). Na realidade, este dispositivo tornava imprescritível a ação disciplinar referente às transgressões disciplinares. Deste modo, após vários julgamentos cíveis, acabaram por culminar na UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 01 e também da DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 01, respectivamente sobre o artigo 90 da Lei nº 14310/2002 e o artigo 200 da Resolução Nº 3666/2002. No que concerne àquele dispositivo decidiu-se que são aplicáveis aos policiais militares os parâmetros da Lei estadual nº 869, de 05 de julho de 1952, que estabelece os prazos de prescrição de 02 (dois) anos para as sanções disciplinares que não acarretem a exclusão do serviço público; 04 (quatro) anos, para os casos em que a exclusão decorrer de abandono de cargo, e de 05 (cinco) anos para os demais casos de exclusão. Portanto, ambos dispositivos foram declarados inconstitucionais. Tais julgados acabaram por se tornarem as Súmulas Nº 01 e 02 do egrégio tribunal que se subscrevem:

O artigo 90 da Lei Estadual nº 14310/02 é inconstitucional, devendo-se aplicar os prazos prescricionais de dois anos para as infrações disciplinares que não acarretam exclusão da Instituição Militar Estadual (IME), quatro para a deserção e cinco para as demais infrações que causam exclusão (Súmula nº 01 do TJMMG).

O art. 200 da Resolução nº 3666/02 da PMMG e seu parágrafo único são inconstitucionais (Súmula nº 02 do TJMMG).

2.2 Arguição de suspeição

É a situação que compromete a imparcialidade de pessoa envolvida em uma função específica dentro de um processo administrativo disciplinar militar, maculando-o, causando assim uma decisão afastada da Justiça.

Tanto a suspeição quanto o impedimento tem seus respaldos legais no princípio da imparcialidade da autoridade julgadora, pois se faz mister que a decisão seja proferida dentro dos preceitos da mais lúdima Justiça. Em ambos os casos, referem-se não só a autoridade julgadora, mas as pessoas envolvidas ou que tem algum interesse no processo, incluindo aqui também o encarregado. Sobre a suspeição e o impedimento, ensina-nos o Prof. Guilherme de Souza Nucci em sua obra Código de Processo Penal Comentado que pode muito bem ser aplicado aos processos administrativos disciplinares em análise essencial de suas palavras:

Os princípios estampados no artigo 5º, LIII, da Constituição Federal, bem como no art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não têm por fim assegurar somente um juiz previamente designado em lei para julgar a demanda, mas também – e sobretudo – garantir que as partes contem com um julgador imparcial. Esta é a razão pela qual a exceção de suspeição ou de impedimento precede toda e qualquer outra defesa indireta contra o processo. Afinal, um juiz parcial não seria legalmente aceitável para decidir qualquer outro obstáculo ao correto desenvolvimento processual. Eventualmente, pode a exceção de suspeição ou impedimento ser argüida após outra, porque o fato que gerou a suspeição do magistrado foi conhecido posteriormente, como, aliás, ressalva a parte final deste artigo. Note-se que é dever da parte, sob pena de preclusão, levantar a suspeição tão logo tome conhecimento de sua existência. Não o fazendo, está aceitando a imparcialidade do julgador. Quanto ao impedimento, vai-se além, pois o Código estabelece que o juiz não possui, para o caso, poder jurisdicional. Logo, merece ser afastado de toda forma (IDEM, 2007, p. 274).

É importante ressaltar que em ambos os casos, tanto de suspeição como de impedimento, o militar envolvido no processo (Autoridade julgadora, encarregado, etc.) tem que se declarar suspeito ou impedido. O militar, suposto infrator disciplinar, como matéria de defesa, deverá argüí-las na primeira oportunidade processual e evidentemente, ao fazê-la, caso o suspeito não confirma, deverá constituir provas para fundamentar sua pretensão em relação à pessoa que quer que se afaste de determinada função no processo: “A argüição de suspeição ou impedimento precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente” (Código de Processo Penal Militar – CPPM, Artigo 129).

São situações de suspeição previstas na legislação castrense referente ao processo administrativo disciplinar nos termos do MAPPAD em seu artigo 213 concomitante com as normas subscritas:

É extensivo aos peritos e intérpretes, no que lhes for aplicável, o disposto sobre suspeição de juízes (CPPM, art. 53).

Não se poderá opor suspeição ao encarregado do inquérito, mas deverá este declarar-se suspeito quando ocorrer motivo legal, que lhe seja aplicável (CPPM, artigo 129).

Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com o interessado ou com seu cônjuge, companheiro, parente ou afim até o terceiro grau (Lei estadual nº 14184/2002, art. 63).

Ficam sob suspeição para atuar na mesma Comissão os militares que:

I – sejam inimigos ou amigos íntimos do acusado;

II – tenham particular interesse na decisão da causa. (Lei estadual nº 14310/2002, art. 66, § 4º).

A qualquer tempo, o Comandante da Unidade poderá substituir membros do Conselho, desde que haja impedimento de atuação ou suspeição de algum deles (CEDM art. 79, § 2º).

Militares que possuam causas de impedimento ou suspeição com os sindicatos, ficam proibidos de atuar como sindicantes, devendo o impedimento, ser indicado prioritariamente pelo próprio sindicante ou pelas partes interessadas em qualquer fase do processo e a suspeição pelas partes interessadas (que tenham interesse de agir, interesse na causa) apenas até o momento da defesa prévia, caso a sindicância possua as duas etapas.

Parágrafo único. As causas de impedimento ou suspeição são as mesmas do Processo Administrativo Disciplinar, previstas nos §§ 3º e 4º, do art. 63, do CEDM (Instrução da corregedoria nº 01/2005, art. 4º).

É importante dizer que os atos produzidos ou decorrentes de servidor ou qualquer outra pessoa em estado de suspeição findar-se-ão em anulação, com efeito no mundo jurídico *ex nunc*, sendo aproveitáveis os demais atos do processo administrativo disciplinar. Porém, o transgressor deverá argüir a suspeição em tempo hábil, prescrito em lei, a fim de não precluir o direito de argüição:

Art. 67 Havendo argüição de impedimento ou suspeição de membro da CPAD, a situação será resolvida pela autoridade convocante.

§ 1º – A argüição de impedimento poderá ser feita a qualquer tempo e a de suspeição até o término da primeira reunião, sob pena de decadência, salvo quando fundada em motivo superveniente.

§ 2º – Não constituirá causa de anulação ou nulidade do processo ou de qualquer de seus atos a participação de militar cuja suspeição não tenha sido argüida no prazo estipulado no § 1º, exceto em casos de comprovada má-fé (CEDM art. 67, §§ 1º e 2º).

A recusa da suspeição cabe interposição de recurso nos termos do parágrafo único, do artigo 63, da lei estadual nº 14184/2002: “A recusa da suspeição alegada é objeto de recurso, sem efeito suspensivo”.

2.3 Arguição de impedimento

É o estado ou situação de fato que obsta uma determinada pessoa de estar em uma função no processo administrativo disciplinar. Diferentemente da suspeição que possui uma presunção *juris tantum*, cabendo prova em contrário e tendo em si motivos indicadores de caráter subjetivo, no impedimento estes são de caráter objetivo. Ensina-nos Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery em Código de Processo Civil Comentado referente ao impedimento do juiz:

A prova do impedimento é feita de forma objetiva, sendo impertinente indagar-se da intenção ou subjetivismo do magistrado em julgar a causa com parcialidade: esta é absoluta, não admitindo prova em contrário. Basta a comprovação, por exemplo, de que o juiz é cônjuge da parte para que deva ser *in continenti* afastado do processo (IDEM, 2007, p. 397).

O impedimento é matéria de ordem pública podendo ser alegado a qualquer tempo ou instância administrativa. Portanto, não existe a preclusão do direito de arguição de impedimento. Os atos decisórios proferidos por julgador na esfera administrativa são nulos, bem como os atos

feitos por encarregado de sindicância ou qualquer outra pessoa que exerça qualquer função dentro do processo administrativo disciplinar. Não obstante os impedimentos descritos juntamente com o instituto da suspeição, mais prescrições legais que o configuram:

Art. 52 Não poderão ser peritos ou intérpretes:

- a) os que estiverem sujeitos a interdição que os inabilite para o exercício de função pública;
- b) os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia;
- c) os que não tiverem habilitação ou idoneidade para o seu desempenho;
- d) os menores de vinte e um anos (CPPM, art. 52).

Art. 61 É impedido de atuar em Processo Administrativo o servidor ou a autoridade que:

- I – tenha interesse direto ou indireto na matéria;
- II – tenha participado ou venha a participar no Procedimento como perito, testemunha ou representante, ou cujo cônjuge, companheiro parente ou afim até o terceiro grau esteja em uma dessas situações;
- III – esteja em litígio judicial ou administrativo com o interessado, seu cônjuge ou companheiro;
- IV – esteja proibido por lei de fazê-lo.

Art. 62 A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento comunicará o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar (Lei estadual nº 14184, Art. 61 e 62).

Se no decorrer da Sindicância, o Encarregado verificar a existência de indícios contra militar de posto ou graduação superior ao seu, ou então mais antigo, deverá encerrar a apuração, com relatório do que tiver apurado, e suscitar seu impedimento à autoridade delegante, a fim de que outro militar seja designado para prosseguir-la (MAPPAD, art. 40).

Art. 22 – Se, durante a realização da Sindicância, o Encarregado verificar a existência de indícios consistentes da participação de superior hierárquico no fato irregular apurado ou conexo a ele, deverá interromper o seu trabalho, elaborando relatório do que tiver apurado, e suscitar seu impedimento à autoridade delegante, a fim de que outro militar de maior grau hierárquico ou mais antigo seja designado para dar continuidade ao Processo. O Sindicante deve, primeiramente, certificar-se do efetivo envolvimento do superior hierárquico nos fatos, antes de suscitar o seu impedimento (Instrução de recursos humanos Nº 310/2004, art. 22).

Ressalta-se, nos termos do parágrafo único, do artigo 62 da lei estadual nº 14184/2002, que a falta de comunicação do impedimento constitui falta grave para efeitos disciplinares.

2.4 Nulidades

Trata-se de situações jurídicas que ensejam a invalidação de todo processo ou ato administrativo por inobservância de princípios constitucionais e legais, de violação de normas jurídicas, e também por vício nos elementos/ requisitos do ato administrativo. A confirmação destas assertivas incorre na nulidade absoluta do ato, e dependendo, de todo processo administrativo disciplinar, tendo assim, por conseguinte, como medida de Justiça o arquivamento deste. Referem-se neste campo as nulidades absolutas, que devem ser reconhecidas tão logo sejam verificadas, pois são atentatórias ao interesse público, além de, geralmente, afrontar o princípio do *devido processo legal* e da *legalidade* no que concerne a prescrições legais envolvendo os atos e processos administrativos, bem como eivar o elemento/ requisito “forma” do ato administrativo pela contrariedade a lei estabelecida.

Em contrapartida, a norma castrense processual penal, legislação de aplicação subsidiária ao processo administrativo disciplinar militar, no que se refere ao preceito de nulidade referente em seu artigo 499 e no Código de Processo Penal comum, no artigo 563 (ambos com equivalência de redação) se equivalem a dizer que essencialmente refere-se à nulidade relativa na qual é cabível o saneamento: “nenhum ato será considerado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Explana Guilherme de Souza Nucci sobre a nulidade descrita no diploma processual penal comum:

“Logicamente, tal principio deve ser aplicado com maior eficiência e amplitude no tocante às nulidades relativas, uma vez que o prejuízo, para o caso das nulidades absolutas, é presumido pela lei, inadmitindo prova em contrário. Assim, quando houver uma nulidade absoluta, deve ela ser reconhecida tão logo seja cabível, pois atentatória ao interesse público de se manter o *devido processo legal*” (IDEM, 2007, p. 860).

2.4.1 Inobservância de Princípio Constitucional do Processo Administrativo

É absoluta a afirmação que dita que o descumprimento ou contrariedade de norma ou princípio constitucional gera a nulidade absoluta do processo disciplinar castrense. Jamais pode se esperar o saneamento de ato que feriu preceito de nossa Lei Maior – é inadmissível. No que concerne ao processo administrativo disciplinar castrense é obrigatório que os atos estejam em conformidade com as leis que os regulam, contudo, antes devem se adequar ao que prescreve os ditames de nossa Carta Magna e aos princípios implícitos e explícitos, especialmente os referentes ao processo: Princípio da Legalidade (CF/88, art. 5º, II c/c art. 37, caput), Princípio do Devido Processo Legal (CF/88, art. 5º, LIV), Princípio da Ampla Defesa e Contraditório (CF/88, art. 5º, LV), além dos demais princípios referentes à Administração Pública insculpidos no caput, do artigo 37, de nossa Magna Carta.

O Princípio da Legalidade dita que todos os atos produzidos na Administração Pública devem ter fundamentos para sua existência na lei (em sentido amplo) – deve-se haver uma norma jurídica que norteie ou prescreva o ato, mesmo que não haja uma forma específica, determinada para o ato, como por exemplo, no caso das razões escritas de defesa que não possui forma rígida. Leciona-se:

O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se a anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei *autoriza* e, ainda assim, *quando* e *como* autoriza (GASPARINI, 2007. p. 7).

É sabido que um dos princípios específicos do processo administrativo é o do informalismo (MAPPAD, art. 2º, IV), mas este diz respeito somente à forma não rígida, aquela despida de previsão em alguma norma jurídica quanto sua exteriorização. Jamais se pode proclamar conflito entre tais princípios, pois são distintos, e se houvesse o confronto, portanto, o princípio da legalidade preponderaria por sua essência de natureza constitucional.

Outro princípio de suma importância no processo administrativo disciplinar castrense é o do *“Due Process of Law”*, ou seja, o Devido Processo Legal, previsto na CF/88 em seu artigo 5º, inciso LV, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O princípio do devido processo legal é daqueles mais relevantes quando se trata de examinar os efeitos da relação jurídica entre o Estado e os administrados. É inerente ao Estado de Direito em que reconhecido pelo próprio ente estatal, este se viu que podia criar o direito, mas também tinha o dever de se submeter às normas por ele criadas, estabelecendo-se nestas o limite de atuação de toda a sociedade e do próprio Estado. Sobre o princípio do devido processo legal, instrui-se:

Em relação ao processo administrativo, o princípio do devido processo legal tem sentido claro: em todo processo administrativo devem ser respeitadas as normas legais que o regulam. A regra, aliás, vale para todo e qualquer tipo de processo, e no caso do processo administrativo incide sempre, seja qual for o objeto a que se destine. Embora se costume invocá-lo nos processos litigiosos, porque se assemelham aos processos judiciais, a verdade é que a exigência do postulado atinge até mesmo os processos não-litigiosos, no sentido de que nestes também deve o Estado respeitar as normas que sobre eles incidam (FILHO, 2008. p. 867).

No que concerne da subsunção do processo disciplinar ao princípio do devido processo legal, pondera o saudoso professor Hely Lopes Meirelles em sua obra *“Direito Administrativo Brasileiro”*:

O discricionarismo do poder disciplinar não vai ao ponto de permitir que o superior hierárquico puna arbitrariamente o subordinado. Deverá, em primeiro lugar, apurar a falta, pelos meios legais compatíveis com a gravidade da pena a ser imposta, dando-se oportunidade de defesa ao acusado. Sem o atendimento desses dois requisitos a punição será arbitrária (e não discricionária), e como tal, ilegítima e invalidável pelo judiciário por não seguir o devido processo legal - *due process of law* - de prática universal nos procedimentos punitivos e acolhido pela nossa Constituição (art. 5º, LIV) e pela nossa doutrina (IDEM, 1989. p. 105).

No mesmo sentido, ensina:

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5.º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa (MORAES, 2008. p. 105).

Portanto, é imprescindível que o processo administrativo disciplinar castrense esteja em conformidade com procedimento a ser seguido por determinação legal, sob pena de nulidade, caso não o faça. Destarte, a fonte primordial que preceitua os ritos que devam ser seguidos pela Administração Pública Militar, no que tange aos processos disciplinares no âmbito das instituições militares estaduais de Minas Gerais, é o MAPPAD, apesar de existir outras normas de caráter subsidiário que os norteiam como fontes complementares como instruções e memorandos institucionais.

A Ampla Defesa e o Contraditório, com certeza é um dos princípios que indubitavelmente essencial quanto ao processo administrativo disciplinar militar, insculpido na CF/88 em seu artigo 5º, inciso LV que dita: *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*. Na realidade, este princípio se divide em dois subprincípios: ampla defesa e contraditório.

No que concerne à sindicância, há de se observar a aplicabilidade do princípio da ampla e contraditório somente a partir da fase acusatória:

Em que pese, originariamente, a Sindicância ter caráter inquisitorial, há casos em que dela decorre a aplicação de punição, transformando sua natureza de apuratória em acusatória. Desta forma, em sendo ela de *natureza acusatória ou punitiva*, ou seja, se a partir dela for aplicada qualquer tipo de sanção, deverá ser regida pelo contraditório e pela ampla defesa, para que seja válida a sanção aplicada (MAPPAD, Art. 31, § 2º).

O primeiro diz respeito ao acusado poder utilizar de qualquer situação fática ou de direito em matéria de defesa, por isso, diz-se que é ampla a defesa. Na página 52 do MAPPAD existem

alguns fatores elencados em que o militar, suposto transgressor, pode utilizar em sua defesa, contudo, é um rol apenas exemplificativo, muitas outras alternativas podem alegadas.

Assim, sobre o direito a ampla defesa discorre:

Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal (NUCCI, 2007, p. 34).

Enquanto isto, o contraditório diz-se respeito a oportunidade de contrapor a toda matéria arguida em desfavor do militar acusado. Destarte, sempre haverá momentos dentro no rito processual para que o acusado possa contradizer ao que está lhe imputando disciplinarmente (O MAPPAD conceitua o contraditório na página 54). Ensina-nos sobre este princípio o douto Promotor de Justiça Militar da União Jorge César de Assis em sua obra “Curso de Direito Disciplinar Militar”:

A doutrina é unânime quanto a aplicação deste importante princípio no processo administrativo, mesmo porque decorrente de um direito constitucional, dentre aqueles definidores dos direitos e garantias fundamentais que tem aplicação imediata, desde a edição da Magna Carta, a teor do § 1º de seu importante art. 5º.

Por contraditório e ampla defesa deve-se entender, além da observância da pela Administração Pública do rito adequado, a cientificação do processo ao acusado, a oportunidade de contestar a acusação, produzindo as provas que entender necessárias e que sejam admitidas em Direito, o acompanhamento dos atos da instrução e a utilização dos recursos cabíveis (IDEM, 2010, p. 208).

O douto magistrado do TJMMG, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, pondera inclusive, além da aplicabilidade do devido processo legal e ampla defesa e contraditório, a existência também de atribuir em favor do militar o princípio constitucional da inocência:

O devido processo legal deve ser efetivamente aplicado ao processo administrativo, o que significa assegurar ao militar que está sendo processado o exercício da ampla defesa e do contraditório, a aplicação do princípio da inocência, previsto, inclusive, na Convenção Americana de Direitos Humanos, a igualdade entre as partes, o princípio da imparcialidade e, ainda, o direito de apresentar sua versão a respeito dos fatos, o que se denomina autodefesa, sem que esteja sujeito a qualquer tipo de punição (IDEM, 2007, p. 144).

A inobservância deste princípio, bem como dos demais princípios mencionados, acarretará a nulidade absoluta do processo, sem qualquer chance de saneamento da Administração Pública Militar, tendo em vista sua oposição a ditames constitucionais. É o que impõe a norma castrense:

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. (CEDM, art. 69)

O CEDMU deve estar atento, durante a análise do feito, se o acusado teve assegurados os postulados da ampla defesa e do contraditório, uma vez que a sua ausência acarreta a nulidade do processo ou procedimento, nos termos do artigo 69 do CEDM (Instrução da corregedoria nº 01/2005, art. 275).

No caso em que a autoridade competente entender que a transgressão disciplinar é mais grave que a especificada pelo Encarregado da apuração, discordando ou não do CEDMU, deverá, neste caso, fazer proceder nova abertura de vista ao militar, evitando-se futuros questionamentos e anulação do ato disciplinar por inobservância do contraditório e da ampla defesa (Instrução da corregedoria nº 01/2005, art. 278, § 2º).

No que tange especificamente a ampla defesa e contraditório, subiste uma norma institucional que trata fundamentalmente, é a Instrução de Recursos Humanos nº 310/2004 da Diretoria de Recursos Humanos da Polícia Militar de Minas Gerais que estabelece procedimentos para o exercício do Contraditório e da Ampla Defesa em sindicâncias, na fase acusatória exclusivamente, e também nos caso de comunicação disciplinar e falta residual e subjacente do IPM/APF conforme prevê seu artigo 25.

2.4.2 Vício nos elementos/ requisitos do Ato Administrativo

Todo ato administrativo tem, com relação a sua validade, alguns aspectos que deverão ser verificados para que se confirme a inexistência de vícios para que possa no mundo jurídico proferir seus efeitos, já que assim se desejava quando de sua edição. Tais aspectos eram relacionados a alguma falha fundamental nos elementos/ requisitos (a doutrina utiliza, como principais, ambas as expressões) do ato administrativo, quais sejam: competência, objeto, forma, motivo e finalidade. Destarte, a ratificação da mácula do ato administrativo em um dos seus elementos geraria como consequência a nulidade absoluta do ato, esta é a regra geral que também se aplica a todos os atos administrativos castrenses.

A doutrina é o unânime em estabelecer como paradigma, no que concerne às situações que ditam ser prejudiciais, que impedem a validade, e, por conseguinte, os efeitos jurídicos do ato administrativo, o artigo 2º da lei da Ação Popular que demonstra as razões que o macula, assim descrito:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência (Lei federal nº 4717/1965, Art. 2º).

Falemos sobre cada um destes elementos/ requisitos conforme a doutrina pátria, fazendo correlação com o que dita a legislação institucional referente especialmente aos processos administrativos disciplinares castrenses.

A competência diz respeito a uma atribuição prescrita em uma norma para que determinado servidor possa praticar atos dentro dos limites impostos pela lei. Tem como característica a exclusividade já que estipula quem (servidor militar) e o que pode fazer. A competência, em geral, tem três facetas: uma relativa a matéria, outra ao território e por fim, a limitação temporal. Quanto a competência "*ratione materiae*", esta diz respeito a matéria argüida pelo ato administrativo que deve ser relacionada em uma lista de atribuições legais do servidor militar, seja autoridade julgadora, encarregado, sindicante etc, levando-se em conta o grau hierárquico e possíveis delegações. A competência "*ratione loci*" refere-se a verificação do limite territorial para que o servidor militar possa exercer suas atribuições legais. Na competência "*ratione temporis*" o militar só pode exercer suas atribuições com fundamento em sua investidura prescrita em lei e até o término de suas atividades, seja pela demissão ou exoneração, seja pelo falecimento, aposentadoria, revogação da delegação etc. Ressalta-se que em todas as situações acima elencadas e no que tange à argüição de nulidade em decorrência de vício no elemento/requisito competência, devem tais atribuições estarem previstas em alguma norma jurídica, prevendo-as legalmente. Destarte, as principais formas de vício relativas à competência são a usurpação de função, o excesso de poder e a função de fato, aqui expostas:

A usurpação de função é crime definido no artigo 328 do CP: "usurpar o exercício de função pública". Ocorre quando a pessoa que pratica o ato não foi por qualquer modo investida no cargo, emprego ou função; ela se apossa, por conta própria, do exercício de atribuições próprias de agente público, sem ter essa qualidade.

O excesso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência; por exemplo, quando a autoridade, competente para aplicar a pena de suspensão, impõe penalidade mais grave, que não é de sua atribuição; ou quando a autoridade policial se excede no uso da força para praticar ato de sua competência.

Constitui, juntamente com o desvio de poder, que é vício quanto à finalidade, uma das espécies de abuso de poder. Este pode ser definido, em sentido amplo, como o vício do ato administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições (excesso de poder) ou pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei (desvio de poder).

Tanto o excesso de poder como o desvio de poder podem configurar crime de abuso de autoridade, quando o agente público incidir numa das infrações previstas na Lei nº 4.898, de 9-12-65, alterada pela Lei nº 6.657, de 5-6-79, hipótese em que ficará sujeito à responsabilidade administrativa e à penal, podendo ainda responder civilmente, se de seu ato resultarem danos patrimoniais

A função de fato ocorre quando a pessoa que pratica o ato está irregularmente investida no cargo, emprego ou função, mas a sua situação tem toda aparência de legalidade. Exemplos: falta de requisito legal para investidura, como certificado de sanidade vencido; inexistência de formação universitária para função que a exige, idade inferior ao mínimo legal; o mesmo ocorre quando o servidor está suspenso do cargo, ou exerce funções depois de vencido o prazo de sua contratação, ou continua em exercício após a idade-limite para aposentadoria compulsória (DI PIETRO, 1999, p. 197).

Em referência as normas institucionais, estas fixam as autoridades competentes para instauração de sindicâncias e aplicação de sanção disciplinar, nos termos do artigo 34 do MAPPAD e artigo 45 do CEDM respectivamente:

São autoridades competentes para determinar a instauração de Sindicância, as mencionadas nos incisos de I a VI, do art. 45, do Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais (CEDM). (MAPPAD, artigo 34)

A competência para aplicar sanção disciplinar, no âmbito da respectiva IME, é atribuição inerente ao cargo e não ao grau hierárquico, sendo deferida:

I – ao Governador do Estado e Comandante-Geral, em relação àqueles que estiverem sujeitos a este Código;

II – ao Chefe do Estado-Maior, na qualidade de Subcomandante da Corporação, em relação aos militares que lhe são subordinados hierarquicamente;

III – ao Corregedor da IME, em relação aos militares sujeitos a este Código, exceto o Comandante-Geral, o Chefe do Estado-Maior e o Chefe do Gabinete Militar;

IV – ao Chefe do Gabinete Militar, em relação aos que servirem sob sua chefia ou ordens;

V – aos Diretores e Comandantes de Unidades de Comando Intermediário, em relação aos que servirem sob sua direção, comando ou ordens, dentro do respectivo sistema hierárquico;

VI – aos Comandantes de Unidade, Chefes de Centro e Chefes de Seção do Estado-Maior, em relação aos que servirem sob seu comando ou chefia.

§ 1º – Além das autoridades mencionadas nos incisos I, II e III deste artigo, compete ao Corregedor ou correspondente, na Capital, a aplicação de sanções disciplinares a militares inativos.

§ 2º – A competência descrita no parágrafo anterior é dos Comandantes de Comandos Intermediários e de Unidades, na respectiva região ou área, exceto, em ambos os casos, quanto aos oficiais inativos do último posto das IMEs (CEDM, art. 45).

Sobre a delegação e avocação de competência, a norma estadual que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública de Minas Gerais, salvo em caso de legislação específica, prescreve o seguinte:

Art. 41 - A competência é irrenunciável, é exercida pela autoridade a que foi atribuída e pode ser delegada.

Art. 42 - O ato de delegação a que se refere o art. 41 e sua revogação serão divulgados por meio de publicação oficial.

§ 1º - O ato de delegação indicará prazo para seu exercício, mas pode ser revogado a qualquer tempo pela autoridade delegante.

§ 2º - O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos e poderá conter ressalva quanto ao exercício da atribuição delegada.

Art. 43 - As decisões adotadas por delegação mencionarão explicitamente essa qualidade.

Art. 44 - Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de ato de caráter normativo;

II - a decisão de recurso;

III - a matéria de competência exclusiva da autoridade delegante.

Art. 45 - Será permitida, em caráter excepcional e por motivos devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior (Lei estadual nº 14184/2002, arts. 41 a 45).

A finalidade do ato administrativo relativo ao processo disciplinar castrense tem escopo principal no interesse público. Apesar da prescrição legal para sua finalidade, implicitamente verifica-se a edição do ato em consonância ao interesse público. Acerca da finalidade, temos:

É o requisito que impõe seja o ato administrativo praticado unicamente para um fim de interesse público, isto é, no interesse da coletividade. Não há ato administrativo sem um fim público a sustentá-lo. O ato administrativo desinformado de um fim público e, por certo, informado por um fim de interesse privado é nulo por desvio de finalidade (passa-se de uma finalidade de interesse público para uma finalidade de interesse privado, a exemplo do ato de desapropriação praticado para prejudicar o proprietário. É o que se chama de desvio de finalidade genérico (GASPARINI, 2007, p. 64).

Especialmente concernente a este elemento/requisito do ato administrativo, a possibilidade de alegação de haver interesse particular em detrimento do público para argüição de vício, é um pouco complexo. É que a prova de interesse particular quando normas institucionais, principalmente as discricionárias, dão ao servidor militar o fundamento legal para mover a máquina administrativa, dificultando a comprovação da atitude suspeita em relação ao administrado por interesse também particular encoberto por uma atitude, em tese, totalmente legal. Este elemento/requisito coaduna-se harmoniosamente com os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, ambos insculpidos na CF/88 em seu artigo 37, caput. Acerca de tais princípios, respectivamente, ensina a doutrina pátria:

O princípio (impessoalidade) objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da *isonomia*. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vendando-se, em conseqüência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros (FILHO, 2008, p.17, grifo do autor).

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispensa os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

O art. 37 da Constituição Federal também a ele se referiu expressamente, e pode-se dizer, sem receio de errar, que foi bem aceito no seio da coletividade, já sufocada pela obrigação de ter assistido aos desmandos de maus administradores, frequentemente na busca de seus interesses ou de interesses

inconfessáveis, relegando para último plano os preceitos morais de que não deveriam se afastar (CARVALHO FILHO, 2008, p. 18).

A respeito do elemento/ requisito forma, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro subsistem duas concepções doutrinárias:

1. uma concepção restrita, que considera forma como a exteriorização do ato, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução etc.;

2. uma concepção ampla, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato.

Partindo-se da idéia de elemento do ato administrativo como condição de existência e de validade do ato, não há dúvida de que a inobservância das formalidades que precedem o ato e o sucedem, desde que estabelecidas em lei, determinam a sua invalidade. É verdade que, na concepção restrita de forma, considera-se cada ato isoladamente; e, na concepção ampla, considera-se o ato dentro de um procedimento (IDEM, 1999, p. 172).

Na realidade a primeira concepção se firma como o aspecto exterior do ato, enquanto na segunda engloba a exteriorização do ato, mas também toda observância de seu procedimento (rito) previsto em lei, desde a formação de vontade da Administração até a publicação do ato. Há dois pontos que devam ser observados quanto à forma, é que a validade do ato se vincula ao que determina a lei que prevê como deve ser ato: formalidades de aspecto a ser exteriorizado e de rito legal a ser seguido. Portanto, tal inobservância culmina na nulidade do ato por vício no elemento e também por contrariar os princípios constitucionais da legalidade e do devido processo legal, quando a norma que rege o rito do processo não for cumprida.

A própria legislação no que se refere ao processo administrativo impõe que atos eivados de vício de legalidade devam ser anulados e declarados pela Administração Pública conforme determina a lei estadual nº 14184/2002 em seu artigo 64 e a súmula 346 do Supremo Tribunal Federal, já mencionados.

O próprio MAPPAD declara expressamente alguns dispositivos legais que prescrevem a nulidade por inobservância de princípio ou de norma. Senão, vejamos:

Legalidade Objetiva – exige que o Processo Administrativo seja instaurado com base e para preservação da lei. Todo Processo Administrativo há que embasar-se em uma norma legal, específica, sob pena de invalidade. (MAPPAD, art. 2º, I)

Informalismo – quando a Lei impõe determinada formalidade aos ritos processuais estes deverão ser atendidos, sob pena de nulidade do Procedimento. O princípio do informalismo dispensa forma rígida para o Processo Administrativo, salvo se expressamente prevista em norma específica. (MAPPAD, art. 2º, IV)

Na fase seguinte, denominada *relatório*, o Sindicante fará um minucioso exame de todo o apurado, fazendo, imparcialmente, o cotejo dos argumentos e das razões de defesa, com as provas colhidas nos autos, apresentando parecer final conclusivo, com proposta consubstanciada no bojo do Procedimento. Se na conclusão, além da falta disciplinar, se configurar também um ilícito penal, deverá a autoridade Sindicante propor, ainda, a remessa dos autos ao Ministério Público ou à Justiça Militar Estadual, conforme a natureza do delito cometido (se crime comum ou militar). Nesta fase é importante esclarecer que o Sindicante deverá argumentar todos os pontos alinhavados pela defesa, sob pena de invalidar a Sindicância (MAPPAD, art. 31, § 3º, V).

Vale salientar, com base no artigo 160 do MAPPAD, que no processo administrativo-disciplinar a falta de quaisquer das peças elencadas neste dispositivo legal também acarretará a nulidade do processo. Não obstante, convém que se aprecie o disposto no Ofício Circular nº 437/ 04 da Diretoria de Recursos Humanos da PMMG que elenca várias falhas referentes especificamente ao processo administrativo disciplinar e que podem ser utilizados como matéria preliminar de defesa, sendo que alguns dessas falhas, argüidas, podem culminar na nulidade de todo processo.

Conceitua-se o elemento/ requisito motivo do ato administrativo:

“é a circunstância de fato ou de direito que autoriza ou impõe ao agente público a prática do ato administrativo. Consubstancia situações do mundo real que devem ser levadas em consideração para o agir da Administração Pública competente. São ações ou omissões dos agentes públicos ou dos administrados ou, ainda, necessidades do próprio Poder Público que impelem a Administração Pública à expedição do ato administrativo” (GASPARINI, 2007, p. 66).

Indubitavelmente, o motivo se revela com o resultado da circunstância de fato que leva a Administração Pública Militar a editar o ato, comunicação disciplinar por exemplo, acrescida da prescrição legal em que se firma o ato, autorizando portanto, a autoridade militar a editar o ato. Na realidade, esta soma é que vincula o ato a sua validade no mundo jurídico. No que se aplica ao processo disciplinar castrense, deve-se haver entre o fato considerado como ilícito administrativo uma harmonização com quaisquer das transgressões disciplinares tipificadas nos artigos 13, 14 e 15 do CEDM, com uma carga mínima de indícios de autoria e materialidade da transgressão disciplinar.

A obrigatoriedade da subsistência fática dos motivos alegados e que impõe a prática do ato administrativo pela Administração Pública, como fator de sua validade, acabou por dar origem à TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES, na qual explica o professor José dos Santos Carvalho Filho:

A teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação de vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidade do ato (IDEM, 2008, p. 108, grifo nosso).

Destarte, conforme expõe a teoria dos motivos determinantes, se o suposto infrator disciplinar consegue provar que a situação fática que gerou a imputação administrativa disciplinar é totalmente diversa da alegada no processo, ou até mesmo inexistente, então não há que se falar em ilícito administrativo disciplinar, e conseqüentemente, perdurará vício no elemento/requisito motivo, culminando na nulidade de todo processo administrativo disciplinar em desfavor do transgressor.

A maioria dos doutrinadores pátrios trata o objeto como sendo o efeito jurídico imediato produzido pelo ato administrativo no mundo jurídico. Deve ter alguns requisitos, assim como deve possuí-los cumulativamente o ato jurídico, para que tenha validade: ser lícito, possível e determinado ou determinável, conforme também ocorre com o ato jurídico nos termos do Novo Código Civil em seu artigo 104, inciso II. Diz-se *lícito* por estar em conformidade com ditames legais. O objeto é *possível* quando é suscetível de ser realizado no mundo dos fatos e do direito.

Objeto *determinado* ou *determinável* é aquele que pode definir-se (ou ser definido) quanto ao destinatário, aos efeitos, tempo e lugar.

Considera vícios relativos ao objeto nos apontamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, incluindo conforme seu entendimento que o objeto tem que ser imoral também:

Segundo o artigo 2º, parágrafo único, “c”, da Lei nº 4.717, “a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”.

No entanto, o conceito não abrange todas as hipóteses possíveis; o objeto deve ser lícito, possível (de fato e de direito), moral e determinado. Assim, haverá vício em relação ao objeto quando qualquer desses requisitos deixar de ser observado, o que ocorrerá quando for:

1. proibido pela lei; por exemplo: um Município que desaproprie bem imóvel da União;
2. diverso do previsto na lei para o caso sobre o qual incide; por exemplo: a autoridade aplica a pena de suspensão, quando cabível a de repreensão;
3. impossível, porque os efeitos pretendidos são irrealizáveis, de fato ou de direito; por exemplo: a nomeação para um cargo inexistente;
4. imoral; por exemplo: parecer emitido sob encomenda, apesar de contrário ao entendimento de quem o profere;
5. incerto em relação aos destinatários, às coisas, ao tempo, ao lugar; por exemplo: desapropriação de bem não definido com precisão (IDEM, 1999, p. 199).

Percebe-se com relação às possíveis situações que maculam o ato administrativo em seu requisito/elemento objeto que também ocorre paralelamente contrariedade ao princípio constitucional administrativo da legalidade, especialmente nas supracitadas assertivas descritas nos itens 1 e 2.

3. A DEFESA DE MÉRITO

3.1 Negativa do fato constitutivo

Diz-se que o suposto transgressor disciplinar deverá atacar o fato jurídico (o mérito da causa) que a Administração Pública Militar alega em seu desfavor, imputando-lhe como ilícito administrativo disciplinar, ou as conseqüências deste fato no mundo fático ou jurídico, negando este ou aquele.

Quanto a esta negativa relativa à acusação, é importante explicar acerca do que dispõe o tipo disciplinar insculpido no CEDM, artigo 14, inciso VII: *“faltar com a verdade, na condição de testemunha, ou omitir fato do qual tenha conhecimento, assegurado o exercício constitucional da ampla defesa”* (grifo nosso). Chama-nos a atenção a segunda parte do dispositivo, pois não se revela com clareza, não obstante, trazer referencia ao acusado (e de modo ambíguo, poderia referir-se a testemunha também), sendo que, no caso do suposto infrator, estaria indo de encontro ao dispositivo constitucional da Ampla Defesa, incluindo mentir ou omitir em suas declarações. Contudo a Autoridade da Corregedoria da PMMG explicou muito bem o dispositivo:

Apesar de apresentar sentido ambíguo, por sugerir a primeira parte do tipo a condição de testemunha e a segunda não, cuida a presente transgressão de duas condutas distintas, sendo a primeira a praticada pela mentira ou inverdade, e a segunda, na omissão de fato de que tenha conhecimento.

Ambas as situações, ao contrário da aparente ambigüidade, para se adequarem à dogmática transgressional, só podem ser imputadas ao militar que se encontre na condição de testemunha e jamais na condição de acusado ou envolvido, já que a este assiste o amplo direito ao contraditório, abarcando inclusive o direito de negar a verdade dos fatos.

Para a correta imputação da falta, mister é que à testemunha se propicie o direito constitucional à ampla defesa, contraditória e o conseqüente devido processo legal, preferencialmente em autos apartados, nos termos do MAPPAD, nos quais o tratarão como acusado e não mais como testemunha (Instrução da corregedoria nº 01/2005, art. 56)

Com o mesmo entendimento:

Assim, no exercício de sua autodefesa, o militar, em nenhum momento, pratica a transgressão disciplinar de faltar à verdade. Somente existirá este ilícito administrativo quando praticado em uma outra situação, que não seja o exercício constitucional da ampla defesa e do contraditório. Ao enquadrar o militar na transgressão disciplinar de faltar à verdade, que tiver sido exercida dentro do processo administrativo, estará a autoridade praticando um ato administrativo que fere os direitos e garantias fundamentais outorgadas pela CF (ROSA, 2007, p. 144).

3.2 Causas de justificação (CEDM Art. 19)

Trata-se das situações elencadas no artigo 19 do CEDM que excluem a punibilidade relativa à transgressão disciplinar imputada. Dita nos termos do parágrafo único do referido dispositivo que não haverá punição quando reconhecida qualquer causa de justificação. Algumas são bem conhecidas, pois estão descritas nos Códigos Penais Comum e Militar no que concerne ao ilícito penal, contudo, também utilizadas no processo administrativo como “excludentes de ilicitude administrativa disciplinar”. Estão assim listadas:

São causas de justificação:

I – motivo de força maior ou caso fortuito, plenamente comprovado;

II – evitar mal maior, dano ao serviço ou à ordem pública;

III – ter sido cometida a transgressão:

a) na prática de ação meritória;

b) em estado de necessidade;

c) em legítima defesa própria ou de outrem;

d) em obediência a ordem superior, desde que manifestamente legal;

- e) no estrito cumprimento do dever legal;
- f) sob coação irresistível.

Especificamente quanto às causas de justificação “caso fortuito” e “força maior” ensina a Instrução da Corregedoria nº 01/2005 em seu artigo 269, parágrafo único:

Cabe frisar nesse ponto os conceitos concernentes a caso fortuito e força maior, sobre os quais muitos têm apresentado dúvidas e dificuldade de entendimento:

_ caso fortuito - “Do latim, ‘fortuitus’, casual, acidental. Acontecimento de ordem natural que gera efeitos jurídicos, p. ex., erupções vulcânicas, queda de raio, estiagem, avalanche, bem como a aluvião, forma originária de aquisição da propriedade imóvel, promovida pelo acréscimo de uma porção de terra a outra, por fato natural.”

_ força maior – “Causa a que não se pode oferecer resistência; acontecimento que não se pode impedir e de que não se é responsável. Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente. Fato imprevisível, resultante de ação humana, que gera efeitos jurídicos para uma relação jurídica, independentemente da vontade das partes desta.” (grifo do autor)

Coadunam-se também como excludentes de ilicitude, assim descritas e conceituadas no artigo 42 do Código Penal Militar como, por exemplo, a legítima defesa, estado de necessidade etc.

3.3 Causas de absolvição (CPPM Art. 439)

Além das situações no artigo 19 do CEDM, subsiste, de acordo com o prescrito na Instrução da Corregedoria nº 01/2005 em seu artigo 269, a possibilidade de absolvição do suposto transgressor nos termos do artigo 439 do CPPM, ao verificar a confirmação de quaisquer das

excludentes ali mencionadas, já que este diploma legal tem caráter subsidiário de aplicação nos termos do artigo 213 do MAPPAD:

O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça:

- a) estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência;
- b) não constituir o fato infração penal;
- c) não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal;
- d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar);
- e) não existir prova suficiente para a condenação;
- f) estar extinta a punibilidade.

Destarte, quaisquer destas causas alegadas em matéria de defesa ensejarão na impossibilidade da Administração Pública Militar de usar seu *jus puniendi* em desfavor do suposto infrator disciplinar, além de acarretar como medida de plena Justiça os arquivamentos dos autos.

CONCLUSÃO

Sabe-se que toda mudança requer, muitas vezes e pacientemente, sua aceitabilidade gradativa no tempo para que se estabeleça em uma sociedade. Com relação às normas que norteiam, através da imposição de ações e omissões, a conduta das pessoas em um meio social, não é diferente, apesar do caráter do dever de cumpri-las.

As mudanças na legislação pátria, no que tange a observância dos princípios e dispositivos constitucionais são relevantes e, em geral, encontra resistência diante da tradição consolidada através do tempo. No meio militar, crê-se que o maior medo concernente às mudanças diz respeito ao possível enfraquecimento dos pilares das instituições: a HIERARQUIA e a DISCIPLINA.

Contudo, esta nova ordem jurídica, proposta pela Magna Carta de 1988, chamando-se a atenção primordialmente aos direitos e garantias fundamentais inculpidos no artigo 5º, requer de todos e principalmente do Estado através da Administração Pública o dever de respeitá-los e o empenho de esforços no sentido de que eles sejam garantidos.

No âmbito castrense, não se evade desta aspiração. Observa-se que muitas normas institucionais têm sido elaboradas e mudadas a fim de que se harmonize com os ditames constitucionais. E esta medida é importante para que assim se consolide, diante da sociedade, que as instituições militares estaduais de Minas Gerais estão buscando “constitucionalizar” suas ações, seja com o público interno, através de sua legislação institucional de acordo com a CF/88, principalmente a relacionada aos processos administrativos disciplinares e observância dos princípios do Devido Processo Legal (*Due Process of Law*) e Ampla Defesa e Contraditório, seja com o público externo, ao respeitar e garantir os direitos constitucionais e infraconstitucionais nas ações e operações destas instituições castrenses.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. Curso de direito disciplinar militar. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. Senado. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988.

_____. Decreto-lei n. 1.001, 21 out. 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

_____. Decreto-lei n. 1.002, 21 out. 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

_____. Lei n. 4.717, 29 jun. 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em: 02 jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 346*. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 02 jun. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MINAS GERAIS. Lei n. 14.184, 31 jan. 2002. Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/index.asp?grupo=legislacao&diretorio=njmg&arquivo=legislacao_mineira>. Acesso em: 02 jun. 2010.

_____. Lei n. 14.310, 19 jun. 2002. Dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/index.asp?grupo=legislacao&diretorio=njmg&arquivo=legislacao_mineira>. Acesso em: 02 jun. 2010.

_____. Tribunal de Justiça Militar. *Súmula n. 1*. O art. 200 da Resolução n. 3.666/02 da PMMG e seu parágrafo único são inconstitucionais. Disponível em: <http://www.tjmmg.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1094&Itemid=197>. Acesso em: 02 jun. 2010.

_____. Tribunal de Justiça Militar. *Súmula n. 2*. O artigo 90 da Lei Estadual n. 14.310/02 é inconstitucional, devendo-se aplicar os prazos prescricionais de dois anos para as infrações disciplinares que não acarretam exclusão da IME, quatro para a deserção e cinco para as demais

infrações que causam exclusão. Disponível em: <http://www.tjmmg.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1094&Itemid=197>. Acesso em: 02 jun. 2010.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS. Resolução n. 3.666, 02 ago. 2002. Aprova o Manual de Processos e Procedimentos Administrativo-disciplinares da Polícia Militar de Minas Gerais (MAPPAD), para primeira edição. Disponível em: <http://www.aspra.org.br/arquivos/RESOLUCOES/Resolucao_3666.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2010.

_____. Corregedoria. Instrução n. 1, 22 set. 2005. Estabelece orientações sobre a elaboração de processos e procedimentos administrativos disciplinares, no âmbito da Instituição. Disponível em: <<http://www.aspra.org.br/images/stories/INSTRUCAO01.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2010.

_____. Diretoria de Recursos Humanos. Instrução n. 310, 01 dez. 2004. Estabelece procedimentos para o exercício do Contraditório e da Ampla Defesa em Sindicâncias e Procedimentos Disciplinares no âmbito da Instituição. Disponível em: <<http://www.universopolicial.com/2008/08/legislao-institucional.html>>. Acesso em: 02 jun. 2010.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Processo administrativo disciplinar militar: forças militares estaduais e forças armadas – aspectos legais e constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

