

A CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NAS FORÇAS ARMADAS E A CONSEQUENTE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA: IMPLICAÇÕES QUANTO À COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA PERDA DO POSTO E DA PATENTE OU GRADUAÇÃO¹

CONDENA POR MALVERSACIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS FUERZAS ARMADAS Y LA CONSIGUIENTE PÉRDIDA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: IMPLICACIONES PARA LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL DEL DECRETO DE PÉRDIDA DE RANGO O GRADUACIÓN

Aline Langendolff²

SUMÁRIO: Introdução; 1.natureza jurídica da sanção acessória de perda da função pública – previsão legal na lei nº 8.429, de 1992; 1.1 O cargo, função, posto, patente e graduação dos militares das Forças Armadas; 1.2 A sanção prevista no artigo 20 da lei 8.429 de 1992 (perda da função pública); 1.3 O militar e a constituição Federal; 2. A condenação de oficiais e praças por improbidade administrativa em face do artigo 1422 da constituição federal; 2.1 Identificação da legitimidade e das formas de apuração da improbidade administrativa no âmbito militar; 2.2 Perda do posto e patente dos oficiais das Forças Armadas; 2.3 Perda da graduação das praças das Forças Armadas; Considerações finais; Referências.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo discutir a condenação por improbidade administrativa nas Forças Armadas, a consequente perda da função pública e as implicações quanto à competência para o julgamento da perda do posto e da patente ou da graduação. Foi utilizado o método de abordagem monográfico para, analisando-se o disposto na Lei nº 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), em especial seu artigo 20, no que se refere à perda da função pública e, em se tratando da esfera militar, definir se a perda da função pública em decorrência da condenação por improbidade administrativa implicará na perda automática do posto e patente dos oficiais e da graduação das praças. Da mesma forma, pretende-se abordar a competência para tal decisão. A Constituição Federal, em seu artigo 142, § 3º, IV e VII, trata dos oficiais das Forças Armadas e diz que estes somente perderão o seu posto e patente se julgados indignos ou incompatíveis com o oficialato; já no que se refere às praças, não há previsão semelhante, fato este que leva a indagações no campo acadêmico, visto que o Brasil possui grande número de militares. Deste modo, o tema a ser tratado é de grande valia à sociedade acadêmica e ao mundo jurídico, vez que ainda persistem dúvidas como a que será abordada.

Palavras-Chave: Improbidade, Posto, Graduação, Perda.

¹ Artigo realizado como requisito de avaliação parcial da disciplina de Trabalho Final de Graduação II, do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano, sob orientação do Prof. André Augusto Cella e Co-Orientação do Promotor de Justiça Militar Jorge Cesar de Assis.

² Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano. E-mail: aline.langendolff@hotmail.com

Resumen

Este artículo tiene como objetivo discutir la condena por malversación administrativa en las Fuerzas Armadas, la consecuente pérdida de la función pública y las implicaciones en la jurisdicción para tratar la pérdida del puesto y la patente o de la graduación. Utilizándose el método de enfoque monográfico, analizan las disposiciones de la Ley Federal Brasileña nº 8.429, de 1992 (Ley de Malversación Administrativa), en especial su artículo 20, en relación con la pérdida de la función pública y, en el caso de la esfera militar, para determinar si la pérdida de la función pública (que es una consecuencia de la convicción por faltas administrativas) dará lugar a la pérdida automática del puesto y rango de los agentes y de la graduación de las plazas. Del mismo modo, se quiere tratar de la jurisdicción competente para esta decisión. La Constitución Federal de Brasil, en el artículo 142, § 3, IV y VII, trata de los oficiales militares y dice que sólo pierden sus rangos si juzgados indignos o incompatibles el oficialato; sin embargo, no hay regla igual con relación a las graduaciones inferiores, un hecho que crea cuestiones en el ámbito académico, ya que Brasil tiene un gran número de militares. De esta manera, este tema es de gran valor para la sociedad académica y el mundo legal, ya que todavía hay dudas y preguntas sobre todo que va a ser abordado.

Palabras-Claves: Malversación, Rango, Graduación, Pérdida.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 142, § 3º, VI e VII, dispõe que os oficiais das Forças Armadas somente perderão o seu posto e sua patente se julgados indignos ou se forem considerados incompatíveis com o oficialato. Porém, no que tange às praças, não há previsão semelhante. Assim sendo, a competência da declaração da perda da função pública do militar de hierarquia inferior compete exclusivamente à Justiça Militar ou a Justiça Comum poderá declarar tal perda?

A condenação por improbidade administrativa nas Forças Armadas, a consequente perda da função pública e as implicações quanto à competência para julgamento da perda do posto e da patente ou graduação são os pontos principais a serem tratados neste artigo. Como será demonstrado, devem ser analisados, inicialmente, a partir de um cotejo entre a Constituição e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, em especial seu artigo 20.

No que tange à perda da função pública, o intuito desta pesquisa é definir, primeiramente, se essa penalidade, quando advinda da condenação por improbidade administrativa na esfera militar, implicará na perda automática do posto e patente dos Oficiais e da graduação das praças. Em caso positivo, surge outra pergunta: a quem compete tal decisão?

O Direito Militar é pouco explorado academicamente; porém, é de suma importância para a sociedade brasileira e, principalmente, para a santa-mariense, tendo em vista que esta

cidade possui o segundo maior contingente militar do Brasil. De tal modo, salienta-se que é de grande contribuição para a realidade local e nacional o estudo do presente tema, pois tem somente a contribuir e a somar conhecimento no campo do Direito Militar, ainda mais se considerado o grande número de processos envolvendo militares na cidade. Justifica-se, dessa maneira, a inclusão do artigo na linha de pesquisa do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano – Teoria Jurídica, Cidadania e Globalização.

A Justiça Militar é a mais antiga do Brasil, surgida ainda com Dom João VI; entretanto, atualmente, anda um pouco esquecida pelo legislador. Com fortes princípios e normas mais rígidas, seus pilares básicos são a hierarquia e a disciplina, fonte pela qual se mantém a ordem nas Forças Armadas. No que se refere à sua atuação esta traz consigo algumas indagações, como a real competência para julgar determinados casos, como o que se pretende tratar.

É neste contexto que a Justiça Militar entra em cena: uma vez condenado o oficial, na Justiça comum, em perda da função pública, ele passará às mãos do Tribunal militar competente para que perca efetivamente seu posto ou patente. De outra banda, com relação às praças, não há previsão semelhante.

O método de abordagem para a presente pesquisa foi o monográfico, com a utilização da metodologia dedutiva. Foram analisadas legislação e doutrina em relação ao tema. O objetivo do estudo foi examinar a competência para a julgamento da perda do posto e patente ou a graduação do militar condenado em improbidade administrativa na Justiça Comum.

O trabalho foi dividido em dois capítulos principais. O primeiro traz uma breve contextualização do tema dentro da teoria geral da improbidade administrativa. Neste capítulo é apresentado um referencial teórico sobre a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), aborda-se ainda a diferença entre cargo, função, posto, patente e a graduação dos militares das Forças Armadas, bem como as formas de apuração da improbidade administrativa e a sua natureza jurídica. No segundo capítulo, abordou-se especificamente a condenação em improbidade administrativa de oficiais e praças, fazendo-se uma análise com base na confrontação da Lei de Improbidade Administrativa em face do artigo 142 da Constituição Federal.

1. NATUREZA JURIDICA DA SANÇÃO ACESSÓRIA DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA – PREVISÃO LEGAL NA LEI Nº 8.429, DE 1992

A probidade administrativa está diretamente ligada com a gestão pública – ou seja, o agente público deve preservar-se e agir sempre balizando seus atos na legalidade, não só nos aspectos técnicos, mas também do ponto de vista da ética e da moral.

Deste modo, o gestor da coisa pública que está diretamente vinculado ao dever de probidade – mas não só ele: todos os terceiros que atuem na gestão ou que se beneficiem de eventuais negócios administrativos estão sujeitos a esse dever. Devem eles também observar não somente a lei, mas o ordenamento jurídico por completo.

A Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, estabelece diretrizes que visam punir os atos que violam os preceitos constitucionais aplicáveis à Administração e os seus princípios, tais como a moralidade, a impessoalidade, a legalidade, a economicidade e a vedação de enriquecimento ilícito. Busca punir tanto o agente corrupto como também o corruptor. Desta forma, a Lei de Improbidade Administrativa atinge tanto os agentes públicos como aqueles indivíduos que induzam ou concorram no ato ilegal, e ainda aqueles que sejam privilegiados com a ilegalidade. Assim, esclarece Di Pietro (2012, p.880) que “[...] a improbidade ganhou abrangência maior, porque a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos [...]”.

A improbidade administrativa, então, “é a conduta antiética do agente do Poder Público, na condução da ‘coisa pública’, desviando-se dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, independentemente de causar lesão ao Erário ou se enriquecer ilicitamente” (TOLOSA FILHO, 2003. p.42).

A improbidade administrativa tem natureza cível. Não pode ela ser objeto de discussão criminal, vez que há uma lei específica a tratar dos crimes de responsabilidade. Um olhar desatento à referida lei poderá levar a entender que se trata de uma lei com natureza totalmente penal. Porém, a Constituição Federal, em seu artigo 37, parágrafo 4º, afasta totalmente a natureza penal da referida lei. Todas as penalidades impostas na referida lei são meras sanções civis que o agente que comete ato de improbidade administrativa irá sofrer, sem prejuízo das demais ações cabíveis, dentre estas a penal, e sua aplicação poderá ser tanto individual como coletiva, por meio de uma ação civil pública³.

³ Assim na jurisprudência mais recente, a exemplo do processo nº 5003120-60.2014.404.7102, que recentemente mereceu destaque na imprensa local: “ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR SUBSTITUTO. FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA - UFSM. BANCA EXAMINADORA. PARENTESCO COM PARTICIPANTE DO CERTAME. ATOS QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONFIGURADOS. ARTS. 11, V; E 12, INCISO III E § ÚNICO, DA LEI Nº 8.429/92. SANÇÃO. PROPORCIONALIDADE.

1.1. O cargo, função, posto, patente e graduação dos militares das Forças Armadas

Primeiramente, cumpre registrar que as Forças Armadas são constituídas pelo Exército, pela Marinha e pela Aeronáutica, com regulamentação na Lei Complementar nº 97 de 9 de junho de 1999, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego dessas instituições – tudo de forma bastante clara no seu artigo 1º.⁴

No âmbito militar, existem distinções entre os cargos ocupados pelos agentes, com o fim de manter a ordem e a hierarquia – pilares das Forças Armadas brasileiras, distinção esta que é extremamente necessária para a Administração Militar, com o fim de manter íntegra a cadeia de comando, de modo que, com esta disciplina, a sistemática militar traz à baila o respeito, ética e um sentido real de educação. O sentido desses princípios é buscar o cumprimento das normas e regras que são impostos a cada militar, sendo que o militar que fica com a prerrogativa de comando possui maior experiência nas atividades.

-
- Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são somente os servidores públicos civis, mas todos aqueles abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º, da Lei n.º 8.429/92, como os empregados de empresa pública como a Caixa Econômica Federal.
 - A atuação proba constitui norte para todas as ações praticadas por agentes públicos, assim consideradas os agentes políticos, os servidores públicos ou mesmo os particulares em colaboração com o Estado, caracterizando a violação deste dever subjetivo ato de improbidade, nos termos da Lei 8.429/92.
 - Caracteriza ato de improbidade a falha do agente público no dever de guardar, gerir ou utilizar bens, valores ou interesses da Administração Pública.
 - A Lei de Improbidade Administrativa serve como instrumento para o combate de todos aqueles atos que maculem a moralidade e vilipendiem a coisa pública.
 - O conjunto probatório destes autos corrobora os fatos descritos na inicial, estando devidamente caracterizados os atos dolosos de improbidade previstos nos art. 11, V da Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429/92), tendo a demandada, na condição de Chefe do Departamento de Direito da UFSM, influenciado na abertura e condução de Concurso Público de Provas e Títulos para Professor, de modo a privilegiar parente seu.
 - A aplicação das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa deve ser pautada pela razoabilidade, pela proporcionalidade em sentido estrito e necessidade.
 - As penas previstas no art. 12, I a III, da Lei 8.429/92 podem ser aplicadas de forma cumulativa ou não, de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, considerando a gravidade do ato, a extensão do dano e o benefício patrimonial obtido.
 - A pena de suspensão dos direitos políticos é a sanção mais drástica prevista no art. 12 da Lei 8.429/92, porquanto impõe limitação a direito fundamental, só devendo ser aplicada quando a gravidade da conduta permitir, em homenagem ao princípio da razoabilidade.
 - As penas de restituição do montante amealhado e de multa civil devem observar os parâmetros legais e a extensão do dano causado, levando-se em conta ainda o atendimento da proteção constitucional à moralidade administrativa, revestindo-se de caráter punitivo ao agente ímprobo e intimidatório em relação aos demais agentes quanto à prática de outras infrações.” (TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 5003120-60.2014.404.7102, 3ª Turma, Relator Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Julgado em 14/10/2015. Acórdão publicado em 19/02/2016)

⁴ Art. 1º As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Parágrafo único. Sem comprometimento de sua destinação constitucional, cabe também às Forças Armadas o cumprimento das atribuições subsidiárias explicitadas nesta Lei Complementar.

O cargo militar é muito bem definido por Jorge Luiz Nogueira de Abreu (2015, p.331):

É um conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades cometidos a um militar em serviço ativo, especificado nos quadros de efetivos ou tabelas de lotação das Forças Armadas, ou previsto, caracterizado ou definido como tal em outras disposições legais. São exemplos de cargos militares: Comando da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, comando de Unidades Militares, Chefe de seção, etc.

A questão que se coloca é que as normas e comandos militares são instrutórios, ou seja, o militar que comanda (militar hierarquicamente superior) emana ordens para que os subalternos desempenhem. Isso não quer dizer, contudo, que o militar subalterno deva seguir às cegas as ordens dos seus superiores. Bem pelo contrário: ele deve seguir as bases e preceitos de que a sua atividade deve ser desempenhada da melhor maneira possível, com o fim de aprendizado, e sempre pautado na legalidade e ordem jurídica. O militar de posto superior é apenas mais preparado para desempenhar atividades de comando, partindo-se da premissa de que possui mais conhecimento acerca do ordenado, mas isso pode acabar gerando eventuais questionamentos quando suas ordens colidirem com alguma norma jurídica.

Como visto, os cargos são os ocupados por militares titulados com deveres específicos, sejam eles oficiais ou praças. Assim sendo, todos os militares ficam com alguma parcela de responsabilidade por atos de seus subordinados, sem que isso desmereça os cargos do mais baixo escalão (como os soldados e marinheiros), vez que estes também possuem cargos na hierarquia militares, ainda que com responsabilidade inferior aos demais militares detentores de posto e patente.

O cargo militar, como dito, é o conjunto de atividades e responsabilidades cometidos ao militar. Com o fim de corroborar com o descrito acima, o Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), em seu artigo 20, define que cargo militar são as atribuições e responsabilidades impostas aos militares. Já a função militar vem disposta no artigo 23 dessa mesma lei e refere-se ao “exercício das obrigações inerentes ao cargo militar”. Ou seja, função militar é um conjunto de obrigações cometido a cada militar. Também diz Abreu (2015, p. 332):

A função militar consiste no exercício das obrigações inerentes ao cargo militar. As obrigações que, pela generalidade, peculiaridade, duração, vulto ou natureza, não forem catalogadas como funções inerentes aos cargos militares, serão cumpridas como encargo, incumbência, comissão, serviço, ou atividade militar ou de natureza militar.

Além do mais, estas titulações que compõem a hierarquia militar das Forças Armadas são divididas em duas classes: os oficiais (que são classificados por postos) e as praças (que são classificados por graduação). Dentro destas duas classificações, ocorre nova subdivisão, que se dá conforme a titulação ocupada e a atividade desenvolvida.

No que tange à classe dos oficiais, estes são subdivididos conforme sua especialização, compondo o quadro hierárquico de pessoal mais elevado. Jorge Luiz Nogueira de Abreu (2015, p. 238) diz que oficiais são “[...]detentores de postos e de patentes militares, preparados, ao longo da carreira, para o exercício de funções de comando, chefia e direção. [...]”. Em relação ao posto e à patente propriamente ditos, o “posto” é o grau hierárquico do oficial, como bem menciona Abreu (2015, p. 238):

(...) estão agrupados em quatro círculos hierárquicos, a saber: o dos oficiais subalternos, oficiais intermediários, oficiais superiores e o dos oficiais gerais, neste sentido menciona-se o artigo 16, § 1º do Estatuto dos Militares¹ que assim também define. Já a patente é o documento oficial que confirma o posto do oficial, assim denominada como carta patente⁵.

Jorge Cesar de Assis (2014, p. 360), sobre o mesmo tema, assim leciona:

Posto é o grau hierárquico do oficial conferido por ato do Presidente da República ou do Ministro de Força Singular e confirmado em Carta Patente (art. 16, §, da Lei 6.880/80 / Estatuto dos Militares)

As patentes com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados das Forças Armadas (CF, art. 142, §3º, Inc. I). [...]

A corroborar com este entendimento, cita-se ainda José Afonso da Silva (2010, p. 645):

A patente era antigamente a carta régia de concessão de um título, posto ou privilégio militar de nível superior. Hoje é o ato de atribuição do título e do posto a oficial militar; [...]

“Posto” é o lugar que o oficial ocupa na hierarquia dos círculos militares. “Título” é a designação da sua situação confiada ao titular dos postos (exemplo: posto general de exército; título comandante de exército). [...]

As patentes dos oficiais das Forças Armadas são conferidas pelo presidente da República (art. 142, § 3º, I), e as dos oficiais das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares dos Estados e do Distrito Federal pelos respectivos governadores (art. 42§1º). “Graduação” é o lugar da praça na hierarquia militar, mas sem garantias especiais do posto.

Em outra linha, as praças, da mesma forma que os oficiais, são subdivididas em classes, ou seja, são detentores de graduação e fazem parte da escala hierárquica inferior à dos oficiais. Subdividem-se em outras classes, de acordo com o nível de responsabilidade e qualificação. Para esclarecer, Jorge Luiz Nogueira de Abreu (2015, p. 252) traz o conceito de praças de uma forma simples, assim sendo os “[...] militares detentores das graduações. Sua condição jurídica é definida pela Constituição e pela Legislação, que outorgam direitos e prerrogativas e lhes impõem deveres e obrigações. [...]”.

Desta forma, a graduação nada mais é do que a hierarquia da praça, ficando assim, em escala decrescente: o Suboficial, Primeiro Sargento, Segundo Sargento, Terceiro Sargento, Cabos e Soldados (na Aeronáutica). No Exército, são os Subtenentes, Primeiros Sargentos,

⁵ Carta patente é a garantia que confere os poderes e deveres ao oficial.

Segundos Sargentos, Terceiros Sargentos, Cabos e Soldados. Em se tratando da Marinha, a ordem é: Suboficial, Primeiro Sargento, Segundo Sargento, Terceiro Sargento, Cabos e Marinheiros.

1.2. A sanção prevista no artigo 20 da Lei 8.429 de 1992 (perda da função pública)

Nesse passo, vale mencionar a sanção prevista no artigo 20 da LIA⁶, restando cristalino que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Ademais, esta sanção de perda da função pública, diga-se perda do posto e patente ou graduação é tratada como uma pena acessória, vez que o artigo 98 do Código Penal Militar dispõe:

Art. 98. São penas acessórias:

I - a perda de posto e patente;

II - a indignidade para o oficialato;

III - a incompatibilidade com o oficialato;

IV - a exclusão das Forças Armadas;

V - a perda da função pública, ainda que eletiva;

VI - a inabilitação para o exercício de função pública;

VII - a suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela;

VIII - a suspensão dos direitos políticos.

Parágrafo único. Equipara-se à função pública a que é exercida em empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista, ou sociedade de que participe a União, o Estado ou o Município como acionista majoritário

Os incisos I, II e III, mencionados na citação acima, referem-se aos oficiais. O inciso IV, às praças. Deste modo, Jorge Cesar de Assis (2014, p.364) traz o entendimento de que “partindo de um pressuposto de que o acessório segue o principal, o art. 98 do Código Penal Militar prevê 8 espécies de penas acessórias”. Ou seja, se a pena prevista é de perda do posto e patente a quem cometera ato ímprobo, o fato de cometer o ato de improbidade traz como pena ou consequência a sanção efetiva.

O Código Penal comum trata de maneira diferenciada este rol de penalidades, trazendo, em seu artigo 92, os efeitos da condenação, conforme Jorge Cesar de Assis (2014. 359). Após a alteração da Parte Geral feita pela Lei 7.209/84, contudo, não mais traz expressamente a penas previstas como acessórias da mesma forma que o anterior Código Penal fazia; assim esta alteração a perda da função pública passou a ser “um dos efeitos da

⁶ “LIA” é a abreviação de Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992.

condenação”, sendo aplicada sempre que o réu for condenado em pena privativa de sua liberdade e que seja superior a dois anos.

O mesmo autor (ASSIS, 2014, p. 360) leciona que:

Por força do disposto no art. 142, §3º, VI, da Carta Magna, o oficial só perderá o posto e patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão do tribunal militar de caráter permanente em tempo de paz (STM), ou de tribunal especial em tempo de guerra. Por sua vez, o inc. VII do mesmo artigo dispõe que 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. Daí se depreende que a aplicação do art. 99 do CPM, não é automática.

Ainda a corroborar com este entendimento, cita-se Soares (2010, p. 59), que diz que a perda da função pública se trata de uma “sanção fixa, ou seja, não possui gradação, podendo ser aplicada em qualquer das hipóteses de improbidade administrativa previstas no art. 9º, 10 e 11 da LIA”.

Por conseguinte, a sanção de perda da função pública visa remover da Administração Pública o agente ímprobo que está atuando contra os seus princípios (legalidade, impessoalidade, moralidade, pessoalidade e eficiência), seja direta ou indiretamente, conforme previsão no artigo 37 da Lei Maior. A sanção tem como objetivo evitar que um agente que cometera ato ímprobo volte a reincidir, punindo-o severamente por sua conduta antiética para com a Administração, na gestão da coisa pública. A sanção de perda da função pública pode ser aplicada de forma isolada ou cumulativamente, dependendo da gravidade do fato. Por este motivo, fala-se em “penalidade acessória”, pois, conforme for a gravidade do fato, a sanção será ou não aplicada.

1.3. O militar e a Constituição Federal

A Constituição Federal, em sua redação original e ainda vigente em 1992, fazia menção aos militares com igual tratamento dedicado aos civis, ao passo que ambos eram considerados servidores⁷. Deste modo, o servidor militar que fosse condenado em improbidade administrativa ficaria sujeito às mesmas penas previstas na LIA⁸, ou seja, também estava sujeito à perda da função pública. Com o advento da Emenda Constitucional nº. 18, de 1998, os

⁷ CF/88, Art. 42. São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares.

⁸ Lei de Improbidade Administrativa nº 8. 429 de 02 de Junho de 1992

integrantes das Forças Armadas passaram a ter a denominação de “militares”, criando-se uma categoria com regramento próprio e tratamento diferenciado daquele dado ao servidor civil.

Salienta-se que as Constituições Federais, de 1934 até a Constituição de 1967, traziam em seu texto que a perda do posto e patente seria efetivada somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória de restrição da liberdade superior a dois anos (ASSIS, 2014, p.361). Já com o advento da Carta Constitucional de 1988, esta ficou mais tímida ao tratar do assunto perda do posto e patente: condicionou a perda do posto e da patente à declaração de indignidade ou incompatibilidade com o oficialato, mediante decisão de tribunal militar permanente, em tempo de paz, ou tribunal especial, em casos de guerra. Ou seja, uma vez que o militar tenha sido condenado na Justiça Comum, ele ainda teria que passar pela Justiça Especializada (militar), para que fosse efetivada a perda do posto e patente.

Diga-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988, desde longa data, vem dando um tratamento protetivo ao militar classificado como oficial, visto que este somente poderá perder o seu posto e patente mediante julgamento e decisão de tribunal competente de caráter permanente em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra. Resta, contudo, a indagação de como poderá o militar condenado por improbidade administrativa ser sujeito à pena de perda do posto e patente que está prevista na LIA, se possui proteção constitucional especial.

2. A CONDENAÇÃO DE OFICIAIS E PRAÇAS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ANÁLISE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DO ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Lei de Improbidade Administrativa tem seu alcance definido em seu artigo 1^o. O mesmo artigo esclarece, ainda, que se reputa agente público todo aquele que possui, mesmo que transitoriamente, cargo, mandato, emprego ou função pública. Como já analisado, o militar, como agente público, está enquadrado dentro do rol de agentes responsabilizáveis, podendo

⁹ Art. 1^o Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

então figurar no polo passivo da ação de improbidade. Assim, Djalma Carlos Ferreira Jr. (2012) alude:

Após promulgação da Emenda Constitucional nº 18 de 1998, refere-se também aos militares, que até então, eram considerados servidores militares. Após o novo texto constitucional, foi excluída a denominação de servidores dos militares. Ficando a nova classificação dos **agentes públicos** composta por quatro categorias, a saber: agentes políticos, servidores públicos, **militares** e particulares em colaboração com o Poder Público. **Sendo classificado como militares os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros dos Estados, Distrito Federal e Territórios e os membros das Forças Armadas, (Marinha, Exército e Aeronáutica).** (Sem grifos no original)

Deste modo, os militares também estão sujeitos à aplicação da Lei de Improbidade administrativa e às suas penalidades, razão pela qual, aquele que for condenado às sanções previstas no artigo 20 da Lei 8.429/92¹⁰ estará sujeito à perda da função pública, conforme prevê a referida Lei, em seu Capítulo VI, que trata das disposições sancionatórias. Agora, resta saber se essa aplicação da perda da função pública (posto e patente ou graduação) ocorrerá de maneira automática, perante o juízo singular que aplicou a sanção cível, ou se a perda, para ser efetivada, deverá passar pela jurisdição especializada – no caso, a militar.

Na vida militar, os agentes estão sujeitos a severas sanções, tanto no campo jurídico como disciplinar. Em algumas áreas do Direito, podem-se observar vastos campos para a impunidade; já no meio militar, estas impunidades tendem a ser menos observadas, vez que seus órgãos de controle tendem a ser mais rígidos. Isso se reforça pela própria constatação de que os agentes militares são submetidos não somente à Justiça Comum, mas, além desta, são submetidos a julgamento de conselho próprio como o Conselho de Justificação e Disciplina.

O Conselho de Justificação¹¹, é um órgão militar e de natureza moral, vez que analisa e julga as atitudes dos oficiais das Forças Armadas. Esse conselho vem regulado e disciplinado em leis tipicamente militares, as quais visam analisar os fatos e atos que dizem respeito à conduta de oficial, sempre que houver acusação de descumprimento de preceito ético, moral ou disciplinar que vá contra os princípios de conduta adequada ao posto de oficial.

O militar que for submetido a este conselho será julgado e avaliado por outros militares. O Conselho de Justificação é composto por 3 oficiais de posto superior ao do oficial

¹⁰ Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

¹¹ LEI No 5.836, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1972. Art. 1º O Conselho de Justificação é destinado a julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial das Forças Armadas - militar de carreira - para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar. Parágrafo único. O Conselho de Justificação pode, também, ser aplicado ao oficial da reserva remunerada ou reformado, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.

justificado. Ressalta-se que o “ser superior ao outro oficial” abrange o critério de antiguidade, ou seja, também contempla oficiais com mais tempo de serviço.

O Conselho de Justificação possui regramento próprio: a Lei nº. 5.836 de 1972. No que se refere à sua composição, pode ser encontrada em seu art. 5º¹². O Conselho de Justificação é órgão fiscal da disciplina do oficial tanto das Forças Armadas da União, como também do policiamento estadual, cujos agentes são submetidos de mesma forma como os oficiais vinculados à União.

O Conselho de Disciplina possui as mesmas funções do Conselho de Justificação e é disciplinado pelo Decreto nº 71.500, de 5 de dezembro de 1972. Com fundamento no art. 1º deste decreto, o Conselho de Disciplina visa julgar as hierarquias inferiores das Forças Armadas (Guarda-Marinha, Aspirante-a-Oficial e as demais praças). No que se refere à sua composição, deve-se conferir o disposto no artigo 5º¹³ do mesmo decreto.

Questiona-se, na presente discussão, se o militar que for condenado em improbidade administrativa na Justiça Comum irá necessitar passar pelo órgão competente militar para efetivar a perda de seu posto patente ou graduação.

2.1. Identificação da legitimidade e das formas de apuração da improbidade administrativa no âmbito militar

¹² Art. 5º O Conselho de Justificação é composto de 3 (três) oficiais, da ativa, da Força Armada do justificante, de posto superior ao seu.

§ 1º O membro mais antigo do Conselho de Justificação, no mínimo um oficial superior da ativa, e o presidente, o que lhe segue em antiguidade é o interrogante e relator, e o mais moderno, o escrivão.

§ 2º Não podem fazer parte do Conselho de Justificação:

- a) o oficial que formulou a acusação;
- b) os oficiais que tenham entre si, com o acusador ou com o acusado, parentesco consanguíneo ou afim, na linha reta ou até quarto grau de consanguinidade colateral ou de natureza civil; e
- c) os oficiais subalternos.

§ 3º Quando o justificante é oficial-general cujo posto não permita a nomeação de membros do Conselho de Justificação com posto superior, estes serão nomeados dentre os oficiais daquele posto, da ativa ou na inatividade, mais antigos que o justificante.

§ 4º Quando o justificante é oficial da reserva remunerada ou reformado, um dos membros do Conselho de Justificação pode ser da reserva remunerada.

¹³ Art. 5º O Conselho de Disciplina é composto de 3 (três) oficiais da Força Armada da praça a ser julgada.

§ 1º O membro mais antigo do Conselho de Disciplina, no mínimo um oficial intermediário, é o presidente; o que lhe segue em antiguidade é o interrogante e relator, e o mais moderno, o escrivão.

§ 2º Não podem fazer parte do Conselho de Disciplina:

- a) o oficial que formulou a acusação;
- b) os oficiais que tenham entre si, com o acusador ou com o acusado, parentesco consanguíneo ou afim, na linha reta ou até quarto grau de consanguinidade colateral ou de natureza civil; e
- c) os oficiais que tenham particular interesse na decisão do Conselho de Disciplina.

Conforme o artigo 14, parágrafo 3º, da LIA, o servidor público federal civil seguirá, na apuração da improbidade administrativa, os mesmos trâmites disciplinares da Lei nº 8.112/90. Em se tratando de militares, serão seguidos os seus respectivos regulamentos disciplinares.

A improbidade administrativa no âmbito militar, assim como no civil, é apurada quando há indícios de que existem atos enquadrados nas sanções dessa lei. Inicialmente, deverá ser aberta sindicância interna para apuração dos fatos.

Contudo, quando se fala em militar que incorre em improbidade administrativa, fica-se paralelamente frente a uma transgressão disciplinar, ou até mesmo a um crime militar próprio. Assim que a autoridade superior ficar ciente do ocorrido, segundo Algacir Mikalovski e Robson Alves (2009, p. 27) deverão adotar procedimentos adicionais:

[...], a par da análise dos preceitos de ética, dos deveres e das obrigações militares, em correlação com as modalidades previstas no regulamento disciplinar e, utilizando de seu poder discricionário, a autoridade competente, ao tomar conhecimento da prática de qualquer conduta irregular, tem o dever de, obedecendo aos princípios da ampla defesa e do contraditório, do devido processo legal, da proporcionalidade, dentre outros, determinar a apuração dos fatos, se for o caso, punir, sob pena de responder administrativamente ou penalmente pela omissão.

Assim, quando houver algum indicio de improbidade administrativa sem tipificação penal, a própria Administração será competente para apurar os fatos e instaurar o procedimento administrativo. A confirmar este entendimento, observe-se o que diz OLIVEIRA (2015):

Existindo indícios de improbidade, sem tipificação penal, caberá à própria Administração Pública, ao Ministério Público, ou a qualquer do povo, determinar, no caso dos dois primeiros, e requerer, no caso do último, a instauração do procedimento administrativo disciplinar, cuja apuração dos fatos se fará, em caso de servidores civis, nos termos da Lei n.º 8.112/90, e em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares (art. 14, § 3.º). Quando a Administração Militar apurar os fatos e constatar não ter havido enriquecimento ilícito ou dano ao erário, ou ainda, crime militar, adotará as providências reclamadas e **punirá o militar de acordo com o seu respectivo regulamento disciplinar, o que, dependendo da gravidade da falta, poderá chegar-se até a perda do posto e da patente e indignidade ou incompatibilidade para o oficialato.** A situação se torna polêmica, entretanto, quando há, além da improbidade administrativa, crime militar, compreendido como aquele cometido contra o patrimônio público ou contra a Administração Militar. (Sem grifos no original)

Diga-se que, em um primeiro momento, quanto o superior imediato tomar ciência de que há militar cometendo ato ímprobo, instaura-se uma sindicância interna, de modo que esta “[...] é um procedimento administrativo de cunho meramente investigatório. [...]”, conforme ensinamentos de Algacir Mikalovski e Robson Alves (2009, p.27). Ressalta-se que este ato ímprobo pode estar vinculado a uma transgressão disciplinar, como também poderá estar em conjunto com um crime militar. Lembra-se, porém, que a LIA não tem natureza penal, vez que suas sanções são cíveis. Além do mais, a Constituição Federal, em seu artigo 37, § 4º, exclui a

natureza penal das sanções da LIA, o que não impede que este ato de improbidade também configure um crime militar, como é o caso do crime de estelionato¹⁴, em que se obtêm vantagens econômicas para si ou para outrem.

Grosso modo, pode-se dizer ainda que quem possui o poder de apurar a improbidade administrativa é o próprio órgão lesado pelo ato ímprobo. A LIA traz, em seu artigo 14, que “qualquer pessoa poderá **representar à autoridade administrativa competente** para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade” (sem grifos no original). O que a LIA quer dizer com “qualquer pessoa poderá representar”, é que qualquer cidadão ciente de ato ímprobo poderá noticiar a autoridade competente acerca do fato, notificação esta que poderá ser de forma escrita ou oral (esta última deverá ser reduzida a termo)¹⁵. Os já referidos autores ainda mencionam que “se forem atendidos os requisitos da representação, a autoridade administrativa tem o dever indeclinável de determinar a imediata apuração dos fatos mediante a instauração de um processo administrativo disciplinar. Sendo o investigado servidor federal civil, o processo disciplinar seguirá a tramitação estabelecida na Lei 8.112/1990”, e em se tratando de militar, seguirá os tramites de seu regimento próprio. Cuida-se que o artigo 10¹⁶ e 14¹⁷ – do regulamento disciplinar do exército RDE¹⁸ traz de forma transparente as compreensões dos atos disciplinares e a sua competência, em se tratando de militar dessa Força.

À luz dessas considerações, é manifesto que a competência para a apuração do fato é da Administração Militar; porém, a LIA traz em seu artigo 15 que “a comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de

¹⁴ Art. 251 Código Penal Militar

¹⁵ Deverá ser passada a escrito, uma vez que nesta notificação deverá conter as informações necessárias do representante, todas as informações acerca do fato e as provas que o representante tem conhecimento (PAULO, p.966)

¹⁶ Art. 10. A competência para aplicar as punições disciplinares é definida pelo cargo e não pelo grau hierárquico, sendo competente para aplicá-las:

I - o Comandante do Exército, a todos aqueles que estiverem sujeitos a este Regulamento; e

II - aos que estiverem subordinados às seguintes autoridades ou servirem sob seus comandos, chefia ou direção: [...]

¹⁷ Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decore da classe.

§ 1o Quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar.

§ 2o As responsabilidades nas esferas cível, criminal e administrativa são independentes entre si e podem ser apuradas concomitantemente. [...]

¹⁸ Decreto nº 4.346/2002 – Regulamento Disciplinar do Exército

procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.” Assim, o parágrafo único do referido artigo alude que “o Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo”.

O processo disciplinar em comento tem natureza inquisitorial, vez que é meramente investigatório. Não proporciona ao miliciano investigado o direito de ampla defesa. A Administração Militar ao tomar ciência de ato ímprobo, comunicará ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas para que atue como “fiscal” da investigação ou a faça. Diga-se ainda que, se qualquer um dos demais interessados tomar ciência de tal suspeita, poderá também instaurar investigação. Frisa-se, por fim, que o procedimento de investigação ainda não consiste processo punitivo – somente investigatório. O processo será proposto posteriormente, se constatados como verdadeiros os fatos denunciados e se houver indícios de autoria.

Diante disto, vê-se que poderão ser apuradas concomitantemente a responsabilidade civil, a administrativa e a penal. Assim, em se tratando da ação de improbidade administrativa, a investigação preliminar dos fatos denunciados é de competência da Administração, pelo próprio órgão militar ou pela sua advocacia pública, ou do Ministério Público. Prevê ainda o artigo 22 da LIA que o Ministério Público também poderá, de ofício, requisitar a instauração de inquérito ou procedimento administrativo, da mesma maneira que a União, como pessoa jurídica interessada, poderá requisitar e designar investigação de ato suspeito.

O processo disciplinar militar visa à apuração do ato ilícito. É dividido em duas classes: o comum e especial¹⁹. O que será abordado por primeiro é o chamado “comum”, pois este trata da apuração de mera contravenção ou transgressão disciplinar. Este, por sua vez, é dividido em “a) investigatório, preparatório ou inquisitorial; b) acusatório ou punitivo.” (ABREU, 2015, p.196).

Uma vez apurado verdadeiros os fatos, será proposta ação de improbidade administrativa que, “é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1112). A ação civil pública é expressamente adotada pela LIA como veículo processual dessa pretensão, devendo serem invocadas as normas da Lei nº 7.347, de 1985, que em seu artigo 5º, arrola os legitimados para propor tal ação:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

¹⁹ ABREU, 2015, p.196: é o conselho de justificação para oficiais e conselho de disciplina para as praças.

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública (...)

A LIA também referencia os legitimados a propor a ação civil pública de improbidade em seu art. 17, sendo citados expressamente o Ministério Público e qualquer pessoa jurídica interessada. Esta pessoa jurídica interessada que a LIA faz menção, ela mesma em seu art. 1º explica, são a “administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território”.

Resta claro, então, que a legitimidade para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa é ampla e, sendo de competência dos entes públicos interessados conforme supramencionado, será de competência da Justiça Comum.

Uma vez proposta a ação civil pública na Justiça Comum, o militar será processado e condenado por este ato ímprobo perante esta justiça. Assim esclarece Jorge Cesar de Assis (2013, p. 382):

Com a devida vênia, temos que, s.m.j. que a hipótese de eventual aplicação de punição disciplinar contra militar que tivesse exercido seu direito de petição e representação - com a finalidade de restringir tal exercício, não se insere no rol dos crimes militares, estando mais próximo de ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/92, art. 11, inc. I), cuja **competência para processo e julgamento, no âmbito da União é da Justiça Federal**. [...]. A persecução contra improbidade administrativa se faz por intermédio de ação civil pública. [...] Já em relação aos militares federais, eventuais ações contra atos disciplinares, ou mesmo contra atos de improbidade administrativa cometidos por autoridades militares em desvio de finalidade disciplinar, continuam a ser processados e julgados na justiça federal, já que a Justiça Militar da União não detém, ainda, competência para tanto. Ora, havendo indícios, em tese, de improbidade administrativa cometida por autoridade militar (federal ou estadual), os fatos poderão ser apurados, tanto pela própria Administração, quanto – e principalmente pelo **Ministério Público**. (Sem grifos no original)

Com bem visto, uma vez constatado que há improbidade no ato do militar, este passará a responder perante a Justiça Federal (em se tratando de militares das Forças Armadas), seja ele detentor de posto ou graduação. A confirmar este entendimento, está o acórdão de número 0005435-30.2006.404.7102/RS (embargos infringentes e de nulidade) cujo relator foi o Desembargador Federal Victor Luiz Dos Santos Laus.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. CONHECIMENTO PARCIAL. CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA A MILITAR PELA JUSTIÇA COMUM. DECRETO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. COMPETÊNCIA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IGUAL OU SUPERIOR A UM ANO E VIOLAÇÃO DE DEVER PARA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 92, I, A, DO CÓDIGO PENAL. RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICA. INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO OU SUBMISSÃO.

1. A admissão dos embargos infringentes e de nulidade é restrita aos temas sobre os quais houve dissenso na Turma julgadora.

2. Não há falar em incompetência da Justiça Federal para decretar a perda do cargo de oficial das Forças Armadas, quando a condenação é imposta em decorrência do cometimento de crime comum. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

3. A aplicação de pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano, em virtude de crime praticado com violação de dever para com a Administração Pública, dá razão à perda do cargo público, nos termos do artigo 92, I, a, do Código Penal.

4. A subordinação hierárquica de dois dos embargantes em relação ao outro não impediu que os primeiros agissem de forma diversa, isto é, não há comprovação de que tenham sido coagidos a praticar a ação criminosa ou de que tenham sido submissos ao corrêu. Tal relação de subordinação, portanto, não é suficiente a afastar a perda do cargo público imposta.

A Justiça Militar Estadual com advento da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, passou a ter competência para julgar e processar ações judiciais contra atos disciplinares militares. Contudo, por mais que, em um primeiro momento, a improbidade administrativa possa ser considerada também um ato disciplinar para os militares estaduais, a competência de julgamento permaneceu a cargo da Justiça Comum.

No que compete aos militares vinculados à União, membros das Forças Armadas, a competência sempre foi da Justiça Comum Federal, ao passo que a Justiça Militar da União somente tem competência de julgamento de crimes militares (art. 124 da Constituição Federal de 1988). Assim, uma vez constatado ato de improbidade administrativa de um militar, tanto da União, como do Estado, estes serão julgados e processados na Justiça Comum – o integrante das Forças Armadas na Justiça Federal e o militar estadual na Justiça Estadual.

A indagação que resta é: uma vez condenados em perda da função pública, sanção prevista no artigo 20 da Lei 8.429 de 1992, haverá sua aplicação imediata? Esse é exatamente o ponto a ser analisado no tópico seguinte.

2.2 Perda do posto e patente dos Oficiais das Forças Armadas

Como já mencionado, há uma proteção constitucional dos militares detentores de posto (oficiais). Jorge Luiz Nogueira de Abreu (2015, p. 374) lembra que “as Constituições brasileiras têm adotado o princípio constitucional da garantia da patente, ao condicionarem sua perda à decisão de tribunal militar, nas hipóteses nelas descritas taxativamente”. Atualmente, esse princípio está descrito no art. 142, § 3º, VI, da CF/88.

Assim se vê que o oficial militar que, frente a uma condenação em improbidade administrativa, vier a perder a função pública, não perde efetivamente seu posto ou patente sem antes passar pelo Tribunal competente. Para que este oficial perca seu posto ou patente, este tem que ser considerado indigno ou incompatível ao oficialato, pois é desta forma que a Carta

Magna tratou a questão. Para que esta sanção seja efetivamente imposta, ele deverá passar, necessariamente perante o conselho de justificação²⁰.

Poder-se-ia então afirmar que ele não está sujeito a sanção prevista no artigo 20 da Lei de Improbidade? A matéria é controvertida.

Se o oficial das Forças Armadas for condenado à perda da função pública, é evidente que a decisão há de ser cumprida, pois decisão judicial possui força de lei, e deve ser cumprida. Se no momento processual adequado, o declarado ímprobo e perdedor da função pública opuser o devido recurso com as suas alegações, esse cumprimento ficará sobrestado até o trânsito em julgado. Não o fazendo, porém, haverá coisa julgada e a Administração Militar terá, obrigatoriamente, que cumprir a decisão, sob pena de responsabilidade caracterizadora, nesse caso também, de ato de improbidade.

Existe corrente que advoga que o processo teria que ser encaminhado ao Superior Tribunal Militar, a fim de se iniciar o processo de declaração de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato (Lei 8.457/92 art. 6º, “h”), cuja iniciativa exclusiva é do Ministério Público Militar (Lei Complementar 75, art. 116, II).

Por consequência, segundo essa tese, o militar considerado ímprobo em sentença judicial que lhe impôs a perda da função pública não precisa ser submetido a um processo administrativo perante o Conselho de Justificação, ainda que este, nos casos previstos em lei, possa condenar o oficial justificadamente como indigno ou incompatível com o oficialato.

A definição de “indigno para o oficialato” está prevista no art. 100 do Código Penal Militar. Já caracterização de “incompatível para o oficialato”, segundo Jorge Cesar de Assis (2014, p.363) seria mais restrita, “alcançando apenas os oficiais condenados nos crimes dos artigos 141 (entendimento para gerar conflito ou divergência com o Brasil), e 142 (tentativa contra a soberania do Brasil), que são crimes contra a segurança externa do país”. Nesse contexto, o mesmo Jorge Cesar de Assis (2014, p.363) ensina que:

No campo do direito administrativo militar, a declaração de indignidade ou incompatibilidade para oficialato será aplicada ao oficial que for julgado culpado nos processos oriundo do Conselho de Justificação, ou ainda que houver perdido a nacionalidade brasileira, esta nos termos do § 4º, dos art. 12, da Constituição Federal (Estatuto dos Militares, art. 120 incs. II e IV).

José Afonso da Silva (2010, p. 646 e 647), confirma este entendimento.

O Oficial das Forças Armadas “Só perderá o posto e a patente se julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter

²⁰ Art. 1º O Conselho de Justificação é destinado a julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial das Forças Armadas - militar de carreira - para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar. Lei nº 5.836 de 5 dezembro de 1972.

permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra” (art.142, VI).

Tribunal militar permanente é constante da organização judiciária pré-constituída, integrante do Poder Judiciário, como são Tribunais e Juízes Militares previstos nos arts. 92,VI, e 122, competentes para processar e julgar os crimes militares.

A indignidade e a incompatibilidade para o oficialato dependem de declaração de um desses tribunais, nas circunstâncias previstas. A mera condenação a pena restritiva de liberdade não induz, só por si, a perda da patente e do posto. Se o militar for condenado pela Justiça Comum ou Militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido a julgamento perante tribunal militar permanente, em tempo de paz, ou tribunal especial, em tempo de guerra, para o fim de ser eventualmente declarado indigno do oficialato ou com ele incompatível, com a consequência da perda da patente e do posto (art. 142, VII). Vê-se, por ai, que a condenação a pena privativa de liberdade por mais de dois anos não implicará perda da situação militar, mas importará julgamento de indignidade e de incompatibilidade. O tribunal militar não estará, contudo, obrigado a admitir estas só por causa da condenação. A natureza do crime apenado é que levará à apreciação e reconhecimento da indignidade ou incompatibilidade – e, portanto, à perda da patente e do posto. Se a condenação for a pena inferior a dois anos não caberá o procedimento de apuração da indignidade e da incompatibilidade para com o oficialato, nem, por conseguinte, a perda da patente e do posto.

Pela análise do art. 142 da CF, contudo, restou claro que, para que o militar perca efetivamente seu posto patente, deve haver decisão do Conselho de Justificação, e não simples condenação na esfera cível. Seria correta esta afirmação?

Como já bem referenciado, a Lei de Improbidade administrativa tem alcance a todos os agentes públicos, segundo Jorge Luiz Nogueira de Abreu (2015, p.373)

[...], os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e graduação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. [...] De acordo com a referida norma (art. 1, 2 e 3), todo e qualquer agente público, servidor ou não, bem como terceiro que induza ou concorra para a prática de ato de improbidade administrativa ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta, pode figurar como sujeito ativo. Por conseguinte, os militares Federais, Estaduais e do Distrito Federal podem ser sujeitos ativos de condutas descritas na Lei de Improbidade. Tal fato, aliás, é incontroverso, pois a própria norma faz expressa alusão aos militares (art. 14§ 3º).

Assim sendo, o militar ímprobo que for condenado em sanção de perda da função pública prevista no artigo 20 da Lei Nº 8.429, de 1992, perante a Justiça Comum, somente perderia seu posto e patente se processado e condenado pelo Tribunal competente (STM), e não somente por condenação na Justiça Comum. Este seria um dos entendimentos firmados acerca da tratativa, se for analisado à letra da lei.

Há de se frisar que, no caso, não existe conflito de competência. É posicionamento sumulado pelo STJ aquele de que, quando houver conflito de competência, não mais o haverá se já houver sentença transitada em julgado (Sumula 59 STJ²¹). Assim, pode-se entender que,

²¹ Sumula 59 do STJ – Não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes.

uma vez transitada em julgado a sentença condenatória proferida pelo juízo singular, este será o juízo competente para decretar a perda da função pública (perda do posto e patente). Se fosse necessário haver uma nova distribuição de competência, haveria um fracionamento de justiça.

O STJ traz esse entendimento no Conflito de Competência nº 100.682/MG, que assim dispõe:

[...]

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.** (sem grifos no original)

Cabe registrar, por fim, que a Constituição de 1988 traz, em seu artigo 105, I, "d", que é de competência do STJ processar e julgar os conflitos e competência entre quaisquer tribunais.

Assim, resta cristalino que competência para efetivar a condenação de perda da função pública de oficiais é exclusivamente do Tribunal competente para a condenação. Ou seja, poderá ser decretado tanto pelo Tribunal militar como pela Justiça Comum, tendo em vista que a Justiça Militar será competente nos casos de crimes militares e, no que tange aos crimes comuns, será de competência da Justiça Comum. No HC 92.181-7, o STJ entendeu que a Justiça titular da competência para a aplicação da perda do posto e patente é a Justiça competente para o processamento da ação, não sendo necessário este passar a julgamento do tribunal militar.

2.3. Perda da graduação das praças das Forças Armadas

No que tange às praças das Forças Armadas, a Constituição Federal não trouxe qualquer proteção constitucional especial, visto que estes militares não possuem vitaliciedade

ao cargo, mas apenas uma estabilidade adquirida após 10 anos de efetivo serviço. Com essa peculiaridade, as praças são sujeitas à exclusão das Forças Armadas mediante mera sentença transitada em julgado.

As praças são, de mesmo modo que os oficiais, submetidas à Lei de Improbidade Administrativa e a todas as suas sanções. Como a Constituição Federal é silenciosa no que tange à proteção da função pública das praças, estas, uma vez condenadas à perda da função pública por ato de improbidade administrativa na Justiça Comum, perderiam efetivamente sua graduação com o trânsito em julgado da sentença condenatória no juízo singular?

A Carta Magna confere às praças apenas a estabilidade da graduação (ABREU, 2015, p.382). Assim as praças das Forças Armadas poderão perder a função pública de forma direta, mediante condenação na Justiça Comum, não necessitando passar por órgão militar.

Além da possibilidade de perda da graduação mediante sentença transitada em julgado na Justiça Comum, as praças ainda poderão perder a sua graduação se condenadas em processo administrativo, desde que seja assegurado a elas o contraditório e a ampla defesa, como afirma Jorge Luiz Nogueira de Abreu (2015, p.383).

Fora isso, as praças das Forças Armadas, além de submetidas à ação cível de improbidade administrativa, poderão ser sujeitas ao Conselho de Disciplina²². Assim, além de submetida a julgamento na Justiça Comum, a praça ficará sujeita à condenação no Conselho de Disciplina.

O entendimento de que poderá o militar ser sujeito a duplo processamento, ou seja, responder perante a Justiça Comum e perante a Administração Militar, podendo perder a sua

²² Decreto nº 71.500 de 1972

Art . 2º É submetida a Conselho de Disciplina, "ex officio", a praça referida no artigo 1º e seu parágrafo único.

I - acusada oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter:

a) procedido incorretamente no desempenho do cargo;

b) tido conduta irregular; ou

c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou decore da classe;

II - afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares, por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo;

III - condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente à segurança do Estado, em tribunal civil ou militar, a pena restritiva de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou

IV - pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.

Parágrafo único. É considerada entre os outros, para os efeitos deste decreto, pertencente a partido ou associação a que se refere este artigo a praça das Forças Armadas que, ostensiva ou clandestinamente:

a) estiver inscrita como seu membro;

b) prestar serviços ou angariar valores em seu benefício;

c) realizar propaganda de suas doutrinas; ou

d) colaborar, por qualquer forma, mas sempre de modo inequívoco ou doloso, em suas atividades.

graduação pela sentença transitada em julgado na Justiça Comum, ou perante a Administração Militar, encontra respaldo na súmula nº 673 do STF, que diz expressamente que “o art. 125, §4º, da Constituição, **não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo**” (sem grifos no original).

Tudo isso, repita-se, sem a necessidade de passar por Tribunal militar competente ou mesmo por Conselho de Disciplina. Assim, as praças das Forças Armadas podem perder a sua função pública com a sentença transitada em julgado tanto da esfera civil, penal, militar ou administrativa.

A condenação da praça a pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos importa na sua exclusão das Forças Armadas. Jorge Cesar de Assis (2014, p.364) registra que, “em face deste dispositivo, podemos afirmar que as praças das Forças Armadas, quando condenadas à pena privativa de liberdade superior a dois anos, têm como pena acessória, a exclusão das respectiva Força, *ex officio*, nos termos do art. 125²³ e seguintes do Estatuto dos Militares”.

Como o referido artigo 125 alude que o Tribunal civil, após o trânsito em julgado, é competente para impor a pena exclusão das Forças Armadas em se tratando de uma condenação em improbidade administrativa prevista no artigo 20 da LIA, a praça que ficar sujeita à perda da graduação, perdê-la-á com o trânsito em julgado da sentença condenatória, pois a esta classe de militares não há proteção adicional alguma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que se refere à atuação da Justiça Militar, esta traz consigo algumas indagações como a real competência para julgar determinados casos, como o tratado, na Carta Magna em seu artigo 142, §3º, VI e VII, que assim dispõe, os oficiais das Forças Armadas somente perderão o seu posto e patente, se julgados indignos ou que estes sejam considerados incompatíveis com oficialato.

É neste momento que a interpretação da legislação entra em cena, ou seja, uma vez condenado o oficial na justiça comum em perda da função pública por ato de improbidade

²³ Art. 125. A exclusão a bem da disciplina será aplicada *ex officio* ao Guarda-Marinha, ao Aspirante-a-Oficial ou às praças com estabilidade assegurada:

I - quando assim se pronunciar o Conselho Permanente de Justiça, em tempo de paz, ou Tribunal Especial, em tempo de guerra, ou Tribunal Civil após terem sido essas praças condenadas, em sentença transitada em julgado, à pena restritiva de liberdade individual superior a 2 (dois) anos ou, nos crimes previstos na legislação especial concernente à segurança do Estado, a pena de qualquer duração; [...] (sem grifos no original)

administrativa, a luz da Carta Magna o oficial possui uma proteção ao cargo, vez que este somente poderá perder seu posto e patente se considerado indigno ou incompatível com o oficialato, porém como se pode afirmar que para a aplicabilidade da sentença primordial deverá haver um fracionamento de justiça, se isso ocorrer a justiça de primeiro grau que julga atos de improbidade administrativa não seria totalmente competente para julgar tal militar, além do mais como pode uma sentença não ser cumprida, como já bem mencionado anteriormente sentença judicial transitada em julgado possui força de lei, deve ser cumprida, como poderá a autoridade militar não respeitar tal decisão, se não a cumprir estará ela incidindo em improbidade administrativa. Deste modo como também já entendido pelo STF a justiça competente para a decretação da perda da função pública o juízo competente, ou seja, o juízo em que proferido a sentença.

Ao passo que a Constituição Federal proporciona para os oficiais uma proteção vitalícia ao oficialato e somente podendo perder sua função pública se for submetido ao tribunal militar competente (STM), e se este for considerado indigno ou incompatível com o oficialato, sim este preceito constitucional é correto vez que o tribunal competente tem competência de julgar crimes propriamente militares, já no que se refere aos crimes comuns previsto em lei a competência de julgar a perda do posto e patente é do juízo singular.

De outra banda, com relação às praças, não há previsão semelhante. Assim, estes militares detentores de graduação que uma vez condenados na justiça comum por improbidade administrativa, prevista no Artigo 20 da Lei 8.429/92, haverá perda da função pública com o trânsito em julgado da sentença condenatória, não sendo necessário passar pela justiça militar para que haja a efetiva perda da função pública das praças das Forças Armadas.

Assim conclui-se que a perda da função pública para o oficial condenado na justiça comum se efetivara mediante trânsito em julgado da sentença condenatória na justiça comum assim como as praças das Forças Armadas, não sendo necessário o fracionamento de jurisdição, ou seja, não carece passar pelo tribunal militar para que seja efetivada a sanção de perda da função pública de militar ímprobo, seja ele oficial ou praça.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo Militar**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

_____. **Manual de Direito Disciplinar Militar**. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de Direito Disciplinar Militar, da simples transgressão ao Processo Administrativo**. 4. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessado em 18.Set. 2015.

_____. **Decreto N° 71.500, de 5 de dezembro de 1972**. Dispõe sobre o Conselho de Disciplina e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d71500.htm> Acessado em 06.abr.2016.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilado.htm>. Acessado em 18 Set. 2015.

_____. **Lei Complementar nº 97 de 9 de Junho de 1999**. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97compilado.htm>. Acessado em 18 Nov. 2015

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflito de Competência N° 100.682 - MG (2008/0237608-6)**. Disponível em:
<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Jurisprudencia_Improbidade/cc%20mg.pdf> Acesso em 05.fev.2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 59 do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt> Acessado em 21.abr.2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Atos de Improbidade Administrativa, doutrina, Legislação e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Djalma Carlos Ferreira Júnior. **Os princípios gerais que norteiam os Agentes Públicos encontram-se positivados, implícita e explicitamente no Artigo 37, da Constituição Federal, sendo dotados de total eficácia jurídica. Tratam-se das normas primárias, que regulamentam a atuação dos Agentes**. Disponível em:
<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7566/Os-agentes-publicos-e-suas-classificacoes>> Acessado em 24 Nov. 2015

MIKALOVSKI, Algacir, Robson Alves. **Manual de processos administrativos disciplinares militares**. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, José Francisco de Oliveira Filho. **O servidor militar e a improbidade administrativa**. Disponível em: <<http://www.usjt.br/arq.urb/arquivos/abntnbr6023.pdf>>. Acessado em 18 Nov. 2015.

PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2014

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Rodrigo Victor Foureaux. **O conflito de competência entre a justiça comum e a justiça militar na aplicação da pena da perda da função pública dos militares estaduais condenados por crimes comuns e atos de improbidade administrativa**. Belo Horizonte, 2010. Disponível em <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/mono-rodrigo.pdf>> Aceso em 20.mai.2016.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.