

A PERDA DO CARGO PÚBLICO DOS OFICIAIS DA ATIVA DAS POLÍCIAS MILITARES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Claudioiro Batista de Oliveira Junior

Mestre em Constituição e Garantia de Direitos pela UFRN – Professor Adjunto I do
Curso de Direito da UERN (Natal/RN)

Osmar José Maciel Oliveira

Major PM da Polícia Militar do RN

Bacharel em Direito pela UERN (Natal/RN)

MACIEL OLIVEIRA, Osmar José e OLIVEIRA JUNIOR, Claudioiro Batista de. A PERDA DO CARGO PÚBLICO DOS OFICIAIS DA ATIVA DAS POLÍCIAS MILITARES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

RESUMO

Aos Oficiais da ativa das Polícias Militares é deferida garantia constitucional insculpida nos artigos 42, § 1º e 142, § 3º, incisos VI e VII, da Lei Maior, que se assemelha ao tratamento dispensado aos agentes públicos que gozam de vitaliciedade, porquanto mesmo sendo condenados na Justiça Militar ou na Justiça Comum à pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, ou tendo cometido falta disciplinar de natureza grave, apurada em processo administrativo em que sejam observados o contraditório e a ampla defesa, somente podem ser declarados indignos ou incompatíveis para o oficialato e assim perderem seus postos e patentes, o que acarreta a perda de seus cargos públicos, por decisão do Tribunal competente, ou seja, pelo segundo grau de jurisdição da Justiça Militar Estadual. No que se refere às Praças, pelo que normatiza o art. 125, § 4º, também da nossa Lei Maior, essa garantia abrange somente as hipóteses em que as mesmas forem condenadas definitivamente por crime militar, admitindo-se também a possibilidade de a perda de sua graduação e a conseqüente perda de seu cargo público ocorrerem pela via administrativa. Algumas sentenças condenatórias têm se mostrado em desacordo com os citados dispositivos constitucionais, notadamente porque em sede de primeiro grau de jurisdição da Justiça Comum, costumeiramente se verifica a aplicação da pena acessória da perda do cargo público desses profissionais, de forma indistinta.

Palavras-chaves: Constituição Federal, Oficial, Praça, Perda do Cargo Público.

MACIEL OLIVEIRA, Osmar José e OLIVEIRA JUNIOR, Claudomiro Batista de. JOB LOSS OF PUBLIC OFFICERS OF ACTIVE MILITARY POLICE UNDER THE FEDERAL CONSTITUTION

ABSTRACT

To the active officers of Military Policy is given the constitutional guarantee based on the articles 42, § 1º e 142, § 3º, incised's VI e VII, from Major Law, that is similar to treatment given to the civil servants that have vitalicity in their positions, although being condemned by Military Justice or Common Justice to custodial sentence superior of 2 (two) years, or having comitted disciplinary fault of serious nature, proved in administrative process where contradictory and full defense are given, solely may be declared unworthy and incompatible to the military career and then, loose their patents and positions, what may also lead to the loss of their public positions, by decision of the competent Court, ie, by the second degree of jurisdiction of the State Military Justice. In regard to the noncomissioned military officers, according to the art. 125, § 4º, from our constitution, this guarantee affects only the hypothesis where they are definitely condemned by military crime, and admitting also the possibility of the loss of the graduation and consequently the loss of the public position by admistrative process. Some sentences have shown disagreement to the cited constitutional devices, mainly noticed in first degree jurisdiction of Common Justice, usually applies the loss of the public position of these professionals indistinctly.

Keyword: Federal Constitution, military officers, noncomissioned officers, loss of public position.

1. Considerações Iniciais

O Brasil possui um efetivo militar de aproximadamente 722.000 (setecentos e vinte e dois mil) profissionais na ativa, abrangendo-se os membros das Forças Armadas, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

Considerando essa particularidade, o que se nota é que as demandas judiciais e administrativas que envolvem Oficiais e Praças da ativa das Polícias Militares se mostram em ascensão, em face do desvio de conduta de alguns maus profissionais que pode ocasionar um excesso punível.

No entanto, no Estado Democrático de Direito antigas práticas de desvio deliberado de conduta, materializadas em abuso de autoridade, arbitrariedades e desrespeito aos direitos humanos, não são mais toleradas como em tempos passados, pois a nossa Constituição Cidadã elegeu, como um de seus fundamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em razão da natureza de suas funções constitucionais, as corporações policiais desempenham um papel de verdadeiros órgãos executores do controle social formal, agindo sempre em contato direto com o cidadão, o que faz o desempenho dessa profissão ser constantemente ameaçado pelo risco potencial de ocasionar possíveis agressões a direitos fundamentais.

O controle da atuação dos policiais militares deve ser tido como matéria de crucial importância para o equilíbrio social, pois, no caso específico do policial militar, a quem o art. 144, § 5º, da Constituição Federal, incumbiu a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, sua função profissional, que em muitos casos é exercida com uma carga de condicionantes pessoais, se triparte em atividade ostensiva, atividade preventiva e atividade repressiva.

Sendo assim, atraindo contra si o *jus puniendi* do Estado, aquele profissional estará passível a receber as sanções cabíveis, sujeitando-se a uma tríplice esfera de responsabilização: a cível, a penal e a administrativa.

Considerando estes aspectos, tem-se que no âmbito do Direito Militar, um assunto que vem sendo alvo de calorosos debates doutrinários, refere-se à perda do posto e da patente dos Oficiais e Praças das Polícias Militares, e em última análise, a perda de seus cargos públicos. O assunto chegou a uma proporção tal que, em julgamento ao Recurso Extraordinário nº 601.146/MS, o Supremo Tribunal federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral em processos que tratam da perda de posto e patente de Oficiais e Praças, em caso de condenação pela Justiça Militar.

Esclareça-se, por oportuno, que repercussão geral é um instituto que permite ao STF julgar apenas temas que possuam relevância social, econômica, política ou jurídica para toda a sociedade.

Portanto, se por um lado é a Constituição Federal que impõe a natureza da atividade profissional desempenhada pelo policial militar, com todos os riscos que lhes são inerentes, é ela também que o dota de certas garantias, com vistas a oferecer uma maior segurança na detenção de seu cargo público.

Com efeito, para efetivação da perda do cargo público dos membros das Polícias Militares, necessário se torna fazer uma interpretação conjunta dos artigos 42, § 1º, 125, § 4º, e 142, § 3º, incisos VI e VII, todos da Constituição Federal, os quais, em síntese, estabelecem que cabe ao Tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos Oficiais e da graduação das Praças, observadas as peculiaridades que os cercam.

Considerando este quadro geral, a pesquisa se volta a discutir aspectos relacionados com o Direito Militar, em particular com a perda do cargo público dos membros da ativa das Polícias Militares, apresentando, para tanto, uma abordagem à luz da Constituição Federal.

2. Conceitos e particularidades relacionadas ao tema central

Visando a um melhor entendimento deste trabalho, é necessária e muito importante a apresentação de alguns conceitos e particularidades relacionadas com o tema, porquanto se tratam, em sua maioria, de aspectos voltados à linguagem utilizada no universo restrito dos quartéis.

Sendo assim, interessante destacar os conceitos militares de posto, patente e graduação, bem como abordar os conceitos ligados a cargo público, função pública, cargo policial-militar, função policial-militar, estabilidade e vitaliciedade.

2.1 Da hierarquia nas Polícias Militares e dos conceitos de posto, patente e graduação

As Polícias Militares brasileiras, ditas Forças Auxiliares, são organizadas com base na hierarquia, que é a ordenação da autoridade em níveis diferentes, e na disciplina, consubstanciada na rigorosa observância e acatamento às normas, distribuindo seus efetivos em círculos hierárquicos, ou seja, em âmbitos de convivência entre os policiais militares da mesma categoria,

diferenciados entre Oficiais e Praças.

Aos Oficiais são conferidos os postos, dentre eles os de 2º Tenente PM, 1º Tenente PM, Capitão PM, Major PM, Tenente-Coronel PM e Coronel PM, que são galgados gradativamente ao longo da carreira profissional.

Quanto às Praças, a elas são conferidas as graduações, abrangendo as de Soldado PM, Cabo PM, 3º Sargento PM, 2º Sargento PM, 1º Sargento PM e Subtenente PM, também adquiridas de forma gradativa ao longo da vida profissional.

Nessa escala hierárquica existem, ainda, as Praças Especiais, que são o Aspirante-a-Oficial PM e o Cadete PM ou Aluno-Oficial PM, este matriculado no Curso de Formação de Oficiais das Academias de Polícia Militar.

O foco do presente trabalho doravante se concentrará na questão relativa aos Oficiais PM.

Adverta-se que “o acesso na escala hierárquica, tanto de Oficiais como de Praça, será gradual e sucessivo, por promoção, de acordo com legislação peculiar a cada Unidade da Federação”, consoante estabelece o art. 12, do Decreto-Lei nº 667, de 02 de julho de 1969, que reorganizou as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, tendo sido derogado pela atual Constituição Federal.

Quanto ao papel destinado aos membros das Polícias Militares, importa relatar que o Oficial é preparado, ao longo de sua carreira, para o exercício de funções de comando, chefia e direção; às Praças são confiadas incumbências referentes às atividades de execução, em sua maioria.

Com efeito, pelo que define o nº 28, do art. 2º, do Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983, que aprovou o regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, conhecido por R-200, posto é o grau hierárquico do Oficial, ou seja, é a posição ocupada pelo Oficial na hierarquia dos círculos militares, sendo conferido por ato do Governador do Estado.

A patente é a carta oficial de concessão de um título, posto ou privilégio, ou seja, segundo MENDES (2007, p. 29), “é um ato de atribuição do título e do posto do oficial”, conferida também pelo Governador.

Por sua vez, o nº 13, do art. 2º, do citado R-200, conceitua graduação como sendo o grau hierárquico da Praça, ou seja, é o lugar ocupado por ela na hierarquia dos círculos militares, sendo conferida por ato do Comandante-Geral

da Corporação a que pertença o policial militar graduado.

Como se vê, posto e patente mantêm uma relação muito próxima de coexistência entre si, porquanto revelam aspectos ligados aos Oficiais. N'outro norte, a graduação relaciona-se diretamente com as Praças.

Ressalte-se que, entre os militares estaduais da ativa, ocupantes do mesmo grau hierárquico, a precedência é assegurada pela antiguidade no posto ou na graduação, salvo nos casos de precedência funcional estabelecida em lei ou regulamento. Portanto, na hipótese de não ser taxativamente fixada outra data, a antiguidade em cada posto ou graduação é contada a partir da data da assinatura do ato da respectiva promoção, nomeação, declaração ou inclusão nos quadros da Corporação.

É de se entender, ainda, que as Corporações militares cultuam valores diferenciados daqueles praticados no meio civil, dentre os quais a hierarquia, a disciplina e a antiguidade no posto ou na graduação, que determina a precedência existente entre os policiais militares.

Assim, persistindo a igualdade das datas acima referidas, serão adotados alguns critérios para aferição da antiguidade, os quais, em geral, são os mesmos definidos no § 2º, do art.15, da Lei Estadual nº 4.630, de 16 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Rio Grande do Norte, ou seja, passa-se a definir a antiguidade, sucessivamente, pela posição nas respectivas escalas numéricas, pela antiguidade no posto ou na graduação anterior, e, por último, pela data de nascimento.

2.2.2. Dos conceitos de cargo público, função pública, cargo policial-militar, função policial-militar, estabilidade e vitaliciedade

Existe distinção entre os conceitos de cargo público e de função pública e é na doutrina concernente ao Direito Administrativo onde encontraremos seus respectivos conceitos

Na visão de MEIRELLES (2007, p. 359), o conceito de cargo público associa-se às idéias de lugar e atribuições específicas da organização dos serviços públicos, pois diz que "Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições

específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei”. Nesse mesmo sentido leciona MELLO (2009, p.251), para quem o conceito de cargo público relaciona-se com as competências a serem expressadas por um servidor público, seu ocupante.

Quanto à síntese conceitual de função pública, bem se expressa CARVALHO FILHO (2006, p.514), para quem:

Função pública é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos. Nesse sentido, fala-se em função de apoio, função de direção, função técnica. O sistema funcional, contudo, admite uma situação anômala denominada de **função gratificada**, pela qual o servidor, sem vínculo permanente, percebe remuneração pelo desempenho da atividade. (grifo no original)

Associando-se a esse entendimento, DI PIETRO (2006, p. 507), demonstra que:

No entanto, ao lado do cargo público e do emprego, que tem uma individualidade própria, definida em lei, existem atribuições também exercidas por servidores públicos, mas sem que lhes corresponda um cargo ou emprego. Fala-se, então em função dando-se-lhe um conceito residual: é o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego.

Cabe aqui o esclarecimento complementar de que cargo policial-militar é aquele que só pode ser exercido por militar estadual em serviço ativo da Corporação e que, a cada cargo policial-militar corresponde um conjunto de obrigações, deveres e responsabilidades, que consubstanciam a função policial-militar, a qual é desempenhada pelo respectivo titular do cargo.

Advirta-se, ainda, que por força do art. 42, da Constituição Federal, os membros das Polícias Militares são militares dos Estados, do Distrito Federal e, em caso de serem criados, dos Territórios, identificando-se como servidores públicos *lato sensu*. Vejamos o texto do citado dispositivo: “Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do distrito Federal e dos Territórios”.

Quanto ao conceito de estabilidade, tem-se a concepção de que ela está relacionada com a garantia de permanência no serviço público. No magistério

de DI PIETRO (2006, p. 572), o que caracteriza a estabilidade do servidor é a possibilidade da perda do cargo através de sentença judicial transitada em julgado ou através de processo administrativo, garantida a ampla defesa, como exposto a seguir.

Com a Emenda Constitucional (EC) nº 19/98, a estabilidade passou a ser adquirida após três anos de efetivo serviço, podendo a perda do cargo do servidor estável ser efetivada em razão de procedimento administrativo de avaliação de desempenho, quando for editada Lei Complementar que discipline a matéria, e, também, em decorrência do descumprimento do limite com despesa de pessoal previsto no art. 169, § 4º, da Constituição Federal, nos termos da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2001 (DI PIETRO, 2006, p. 575 – 576). MELLO (2009, p.302) segue o mesmo entendimento.

A vitaliciedade, por sua vez, liga-se à permanência no serviço público de uma forma mais solidificada, mais segura, porquanto garante ao agente público a prerrogativa de perda de seu cargo público apenas através de sentença judicial transitada em julgado, afastando, assim, qualquer outro meio sancionador pelo qual possa advir a citada reprimenda. Esta coesão maior, característica da vitaliciedade, se distingue em relação à estabilidade pelos motivos já expostos, ou seja, enquanto a estabilidade garante que a perda do cargo público se dá via sentença judicial transitada em julgado e por decisão administrativa, garantida a ampla defesa e o contraditório, a vitaliciedade apenas admite esta sanção através de apreciação do Poder Judiciário. Nos estados, vige a regra na qual os Oficiais adquirem a estabilidade assim que promovidos ao primeiro posto, isto é, o de 2º Tenente PM, e as Praças, no geral, após 10 (dez) anos de efetivo serviço na Corporação, existindo opiniões de que, na verdade, aos Oficiais também foi dispensado tratamento de detentor de cargo vitalício, como visto a seguir.

2.2.3. Considerações básicas acerca da Justiça Militar brasileira e no direito comparado

A Justiça Especial trata de temáticas específicas que justifica a existência de legislação própria que a diferencie da Justiça Comum. Dentre os

ramos especializados do Poder Judiciário brasileiro encontra-se a Justiça Militar, a qual se biparte em Justiça Militar da União e Justiça Militar Estadual, com suas respectivas competências definidas nos artigos 124 e 125, § 4º, da Constituição Federal.

A Justiça Militar Estadual, compete processar e julgar os militares dos Estados (Policiais Militares e Bombeiros Militares), nos casos de cometimento de crimes militares definidos em Lei específica, assim como as ações judiciais contra atos disciplinares militares, excluindo-se de seu alcance o homicídio doloso contra a vida de civil, por se tratar de competência do Júri Popular, e o julgamento de civil, quando autor de crime que afronte a instituição policial militar, o que só é possível ocorrer na Justiça Militar da União.

Estabelece ainda a Constituição Federal, em seu art. 125, § 3º, que a Justiça Militar Estadual é constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça, compondo seu segundo grau o Tribunal de Justiça ou, nos Estados cujo efetivo de militares seja superior a vinte mil integrantes, o Tribunal de Justiça Militar, situação que se verifica nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Não obstante o fato de a nossa Lei Maior definir uma competência restrita para a Justiça Militar brasileira, cabe registrar que, na esfera estadual, há a possibilidade de o juiz de direito acumular as funções de juiz de direito da Justiça Comum e de juiz de direito do Juízo Militar, porquanto a definição constitucional das competências jurisdicionais é feita em razão do órgão, e não em razão do agente (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p.572).

É possível ao militar autor de um delito penal responder, pelo mesmo fato, a distintos processos crimes na Justiça Comum e na Justiça Militar, ao mesmo tempo, a exemplo do que aconteceu com os controladores de vôo envolvidos no acidente da aeronave da empresa GOL, ocorrido em setembro de 2006, no Estado do Mato Grosso, em que o STF negou um pedido formulado em sede de *habeas corpus*.

Situações semelhantes podem ocorrer com os membros da ativa das Polícias Militares, uma vez que os militares dos Estados e do Distrito Federal estão sujeitos à legislação penal comum, como já relatado. Merece destaque o fato de que o Superior Tribunal de Justiça Militar (STM) é desprovido de competência para julgar qualquer recurso ou até mesmo *habeas corpus*

interpostos em face de decisões oriundas dos Tribunais Militares dos Estados, por ser órgão de segunda instância da Justiça Militar da União, em face do art. 122, inciso I, da Constituição Federal, que inclui aquela Corte no rol de órgãos da Justiça Militar da União.

Esta competência, por sua vez, recai sobre o STF e o STJ, como afirma CUNHA JÚNIOR (2008, p. 972).

A propósito, assim já decidiu o STF, consoante se vê no ementário abaixo, que envolve conflito de competência entre o STM e o STJ: (STF, *net*, 2006)

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM) E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). "HABEAS CORPUS" IMPETRADO, EM FAVOR DE OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR, CONTRA DECISÃO EMANADA DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA, EM REFERIDO CONTEXTO, PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO DE "HABEAS CORPUS". **As decisões da Justiça Militar estadual estão sujeitas, unicamente, ao controle do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, enquanto instâncias de superposição. O Superior Tribunal Militar não dispõe de competência de derrogação dos acórdãos emanados da Justiça Militar dos Estados-membros.** A questão da Competência Penal da Justiça Militar da união e dos Estados-membros. O caráter anômalo da jurisdição penal castrense, outorgada à Justiça Militar da União, em tempo de paz, sobre civis. o caso "ex parte milligan" (1866): uma "landmark decision" da Suprema Corte dos EUA (rtj 193/357-358). **Reconhecimento, no caso, da competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, em sede originária, "habeas corpus" impetrado contra decisão emanada do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.** (STF – CC n. 7346, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 07.09.2006, DJU de 14.12.2006) (grifo nosso)

Quanto ao seu funcionamento, é de se destacar que na Justiça Militar Estadual atua de formas distintas, dependendo do caso concreto a ser julgado, os juízes de direito do Juízo militar e os Conselhos de Justiça, abordando tanto aspectos judiciais como disciplinares.

Relate-se que as normas de composição e atuação dos colegiados são as mesmas definidas na Lei nº 8.457, de 04 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares, com as devidas adaptações.

Com efeito, o juiz de direito terá atuação singular nas situações em que o crime militar seja cometido contra civis ou, ainda, no processamento e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares. N'outro norte,

o Conselho de Justiça atuará no processamento e julgamento dos demais crimes militares, sendo o colegiado presidido pelo juiz de direito, conforme estabelecido no art. 125, § 5º, da Constituição Federal.

Uma particularidade a ser esclarecida: os Conselhos de Justiça, quanto à composição e atuação, são de duas espécies, ou seja, Conselho Permanente de Justiça e Conselho Especial de Justiça. O que definirá a sua natureza será a condição do acusado, sendo ambos de composição mista, em forma de escabinato. O Conselho Permanente de Justiça tem atuação em todos os processos que entrarem em pauta para audiência de instrução e julgamento durante os três meses para os quais foi sorteado.

No caso de o acusado ser Oficial, ou seja, ocupante dos diversos postos, ou seja, 2º Tenente PM, 1º Tenente PM, Capitão PM, Major PM, Tenente-Coronel PM ou Coronel PM, formar-se-á o “Conselho Especial de Justiça”, o qual será também composto pelo juiz de direito e por 4 (quatro) Oficiais, necessariamente de maior hierarquia que o acusado, ou mais antigo que ele, escolhidos também através de sorteio realizado em audiência pública, com a participação da autoridade judiciária e do Membro do Ministério Público. Este conselho também atuará sob a presidência do juiz de direito, dissolvendo-se apenas após o julgamento do acusado.

Ainda quanto aos membros dos Conselhos de Justiça, importa relatar que não há a exigência de que eles sejam graduados em Direito como em alguns outros países. No entanto, a eles são transmitidos conhecimentos técnicos no transcorrer do Curso de Formação de Oficiais, que tem uma duração média de 3 (três) anos, realizado em uma Academia de Polícia Militar, com disciplinas como Direito Penal, Direito Penal Militar, Direito Constitucional, Direito Processual Penal e Direito Processual Penal Militar. Registre-se por fim, que seja no Conselho Permanente de Justiça ou no Conselho Especial de Justiça, a votação quando na audiência de julgamento obedecerá sempre a seguinte ordem: o primeiro a votar é o juiz que o preside e, em seguida votam os juízes militares, seguindo-se a ordem crescente de antiguidade entre eles.

Essa realidade da Justiça Militar brasileira difere, por exemplo, da organização da Justiça Militar do Peru, onde ao Foro Militar Policial tem competência dada pela Constituição de julgar todos os militares em situação de atividade, não se incumbindo de julgar nem os militares da reserva nem os civis

(ANGOSTO, 2009, p.4) sendo ainda que no seu caso este é composto apenas por juizes militares, em todas as instâncias, porém advindos de um quadro cuja exigência é a graduação em Direito.

Na Venezuela tem-se idêntica situação da que é vivenciada no Peru, com a Justiça Militar daquele país sendo formada unicamente por juizes militares, (LEÓN, 2007, p.36). Outra característica peculiar é a de que, diferentemente do nosso caso, os juizes militares que dela participam são pertencentes a um quadro complementar de Oficiais com formação jurídica, não admitindo a participação daqueles que não possuam essa condição.

Já a Constituição da República Portuguesa determinou uma série inovações na Justiça Militar daquele país, notadamente em relação aos direitos fundamentais, com a extinção da pena de morte por fuzilamento. Outra mudança se deu com a separação do foro Militar das matérias próprias das esferas judicial e administrativa, que até pouca época se confundiam nas hipóteses em que o interessado fosse militar, o que representava uma ampla jurisdição dos Tribunais Militares (LAPA, 2009, p. 9).

Outro comparativo pode ser feito com o Sistema Americano de Justiça Militar, em que se aplica para os membros das Forças Armadas dos Estados Unidos da América o Código Uniforme de Justiça Militar (CUJM), que tem abrangência mundial para os militares daquele país. Uma característica desse Sistema é o uso da autoridade do Comandante da Unidade Operacional do faltoso, que pode, inclusive, considerar o fato sujeito à punição meramente administrativa, sem a necessidade de assoberbar a seara judicial com casos que represente tão-somente transgressão disciplinar, não submetendo o militar à corte marcial sumária ou à corte marcial geral (ERDMANN, 2003, p. 28).

2.2.4. Da Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade para o Oficialato

No caso dos Oficiais da ativa das Polícias Militares, a perda do posto e da patente resulta da declaração de incompatibilidade ou indignidade para com o oficialato que, como já visto, compete ao Tribunal competente, ou seja, ao segundo grau de jurisdição da Justiça Militar Estadual. O Oficial responsável pelas funções de comando e chefia nas suas Corporações, carrega sobre si a

responsabilidade de pautar sua conduta de modo a ser exemplo para os seus comandados e exercer a liderança que lhe é cobrada pela instituição a que pertence, primando acima de tudo pela hierarquia e disciplina militares.

Sobre o assunto, manifesta-se PEREIRA (2003, p.10):

Os oficiais conduzem a tropa, são líderes naturais por força da profissão, cabendo a eles o comando de homens armados, que se não seguirem rigidamente os preceitos de hierarquia e disciplina facilmente se transmudam em bandos de criminosos fardados, colocando em grave risco a coletividade. Para evitar-se essa catástrofe o oficial deve ter obediência restrita ao ordenamento jurídico e aos rígidos preceitos de hierarquia e disciplina [...]

Sendo assim, uma carga maior de responsabilidade recai sobre os Oficiais, exatamente em decorrência do papel por ele desempenhado na Corporação, o que faz com que a aferição e a responsabilização de suas condutas sejam mais severamente aplicadas, tanto na seara administrativa, como na penal, a exemplo do que ocorre nos casos em que o Oficial é um dos autores dos crimes de autoria coletiva, como os de motim e revolta, em que ele será considerado o cabeça independentemente de sua atuação, resultando-lhe um aumento de pena, conforme se verifica no art. 53, parágrafos 4º e 5º, e art. 149, do Código Penal Militar (CPM), Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Com efeito, existem situações em que a própria Constituição Federal e as Leis específicas determinam a declaração de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato daqueles Oficiais que por vários motivos não cumpram o seu dever, traindo a confiança que lhe é depositada pela Nação, pelos Estados e pelo Distrito Federal (ASSIS, 2008, p. 82).

No Brasil, a declaração de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato tem natureza administrativa, mas de caráter judicial, quando decorre do julgamento pelo Conselho de Justificação, e natureza penal, decorrente esta da condenação por crime militar e comum, as quais serão tratadas com maiores detalhes em tópicos específicos (ASSIS, 2008, p. 82).

Uma vez surgidas as hipóteses de o Tribunal competente declarar a indignidade ou incompatibilidade para o oficialato ou a perda da graduação da Praça, será instaurado no caso dos Oficiais, o Processo de Representação para a Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para o Oficialato, cuja decisão pelo reconhecimento implica a perda do posto e da patente e, no caso

das Praças, o Processo de Representação para a Declaração da Perda da Graduação, com idênticos efeitos, ambos autônomos e de iniciativa exclusiva do Ministério Público Militar.

No que se refere aos membros das Polícias Militares, cabe ao Procurador-Geral de Justiça representar pela declaração de incompatibilidade ou indignidade para o oficialato, assim como pela declaração de perda da graduação, nos casos de condenação criminal, guardadas as suas peculiaridades, a depender do *quantum* da pena aplicada, o que será detalhado em momento adequado. Em se tratando de processo de representação para declaração de indignidade e incompatibilidade para o oficialato, oriundo do Conselho de Justificação, que se origina na seara administrativa, o Ministério Público Militar atua na qualidade de *custos legis*, sendo obrigatória a sua participação, sob pena de nulidade do feito.

Ressalte-se que nesses processos de representação, como não poderia deixar de ser, devem ser observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa. No entanto, não se discute o mérito do processo que o originou, porquanto já analisado no transcorrer da ação penal ou no desenrolar do processo administrativo. Julga-se, sim, se o fato cometido pelo policial militar, seja ele Oficial ou Praça, o incapacita de permanecer na ativa ou na inatividade da Corporação e se afetou ou não o pundonor militar e o decoro da classe, com violação dos deveres funcionais, sendo a decisão proferida pelo Pleno.

Com efeito, o contraditório esbarra no limite de o representado demonstrar que os fatos pelos quais foi processado, tanto na seara penal quanto na administrativa, não o desonram, não o maculam, nem lhe deixaram qualquer nódoa pessoal ou profissional (ASSIS, 2008, p. 90).

Decidido pela incompatibilidade ou pela indignidade do Oficial, será declarada a perda de seu posto e da sua patente, o que acarretará a perda de seu cargo público, observando-se os trâmites legais. Em relação às Polícias Militares, a matéria é tratada no Regimento Interno do Tribunal Militar dos Estados que o possuem, devendo, com efeito, constar também nos Regulamentos Internos do Tribunal de Justiça naquelas Unidades Federativas desprovidas de Tribunal Militar.

Ademais, por força dos artigos 6º e 538 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), o Ministério Público e o réu podem opor embargos de nulidade,

infringentes do julgado e de declaração, às sentenças finais exaradas pelo Tribunal competente, cabendo, inclusive recurso especial e extraordinário, desde que atendidos seus pressupostos recursais (ASSIS, 2008, p. 88).

No entanto, em se tratando de decisão exarada em processo de representação para declaração de indignidade e incompatibilidade para o oficialato, originado de processo administrativo (Conselho de Justificação), em razão de sua natureza administrativa, não cabe recurso especial ou (PEREIRA, 2003, p. 7).

Entende em sentido contrário o STF, que no Recurso Extraordinário nº 186.116/ES, cujo Relator foi o Ministro Moreira Alves, reconheceu caber o citado remédio jurídico nesses processos, por entender ter natureza de processo judicial, podendo dar causa à interposição de Recurso Extraordinário como abaixo exposto (STF, net, 1999):

EMENTA: - Recurso extraordinário.

- Também os oficiais das Polícias Militares só perdem o posto e a patente se forem julgados indignos do oficialato ou com ele incompatíveis por decisão do Tribunal competente em tempo de paz. Esse processo não tem natureza de procedimento "para-jurisdicional", mas, sim, natureza de processo judicial, caracterizando, assim, causa que pode dar margem à interposição de recurso extraordinário. (grifo nosso)

- Inexistência, no caso, de ofensa ao artigo 5º, LVII, da Constituição.

- Recurso extraordinário não conhecido. (RE 186.116/ES, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 03/09/1999, Informativo do STF 160)

É de se observar, portanto, que são divergentes os posicionamentos acerca da natureza jurídica dos processos de representação pela declaração da indignidade ou incompatibilidade para o oficialato e pela declaração da perda da graduação das Praças, o que evidencia a necessidade de construção de uma concepção una sobre o assunto, visando a uma maior segurança jurídica no que se refere ao assunto delimitado. Passemos agora ao processo administrativo para apuração de faltas disciplinares e seus reflexos.

3. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E SEUS REFLEXOS NA PERDA DO CARGO PÚBLICO DOS MEMBROS DA ATIVA DAS POLÍCIAS MILITARES

No campo do Direito Administrativo, como se sabe, nenhuma sanção disciplinar é aplicada ao servidor sem a devida apuração da falta cometida. Nas Polícias Militares essa realidade não é e nem poderia ser diferente.

Com efeito, deve-se sempre ter em mente que as normas castrenses em geral ressaltam que “o sentimento do dever, o pundonor policial-militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes da Polícia Militar, conduta moral e profissional irrepreensível”, como expõe o art. 27, do Estatuto dos Policiais Militares do Rio Grande do Norte, Lei Estadual nº 4.630/76.

Dos diversos tipos de sanções administrativas previstas nos regulamentos disciplinares das corporações militares estaduais, existem aquelas de caráter expulsório, que implicam agressão no patrimônio do faltoso, isto é, perdas financeiras resultantes da subtração legal de seu cargo público. Para apurar essas faltas graves, a Administração Pública, inclusive a Militar, se serve dos processos administrativos, em que são asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, insculpidas no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, ao disciplinar que “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”

O processo administrativo é um instrumento de compostura mais complexa em relação à sindicância, mas que dela se serve, reclamando, quando possível, uma defesa técnica, por força da efêmera Súmula nº 343 do STJ, de 12 de setembro de 2007, cujo verbete disciplinava ser obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar (MELLO, 2009, p.325).

É garantida ao acusado em processo administrativo a sua defesa técnica, no entanto, se o mesmo não a constituir, deve ela nomear-lhe defensor dativo, podendo ser, inclusive, outro militar, já que em 2008 o STF pacificou a matéria com a sua Súmula Vinculante de nº 5, cuja redação expressa que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição (ASSIS, 2008b, p. 14).

Nesse sentido é o ementário abaixo, decidiu o STF (STF, *net*, 2010):

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Demissão de servidor público por meio de processo administrativo disciplinar. 3. Ausência de violação às garantias do contraditório e da ampla defesa. 4. **Ausência de defesa técnica por advogado no processo**

administrativo disciplinar. Não há cerceamento de defesa - Súmula Vinculante n.º 5. 5. Segurança denegada (STF - MS 22693 / SP. Rel. Min. GILMAR MENDES. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 17/11/2010, DJe-241 DIVULG 10/12/2010, PUBLIC 13/12/2010, EMENT VOL-02449-01 PP-00054) (grifo nosso)

A legislação militar prevê as espécies de processo administrativo, distinguindo-os entre as hipóteses de o faltoso ser Oficial ou Praça. Como já visto, não possui a autoridade administrativa autonomia suficiente para decidir sobre a perda de seu posto e respectiva patente, o que ocasiona a perda de cargo público, cabendo tal decisão apenas ao Tribunal competente.

Visando a melhores esclarecimentos, nas linhas seguintes trataremos acerca das particularidades dessas situações, com vistas a demonstrar os reflexos do processo administrativo na perda do cargo público dos policiais militares da ativa, abordando primeiramente a hipótese de o faltoso ser Oficial e, em um segundo momento, a hipótese de o faltoso ser Praça da ativa das Corporações policiais militares.

3.1 Hipótese de o faltoso ser Oficial

Quando o faltoso for Oficial é instaurado o Conselho de Justificação, o qual avaliará a conduta do citado profissional para verificar se o mesmo tem ou não condições de permanecer no serviço ativo da corporação. Para este trabalho, importa a análise da primeira situação, por ser aplicada ao Oficial da ativa das Corporações.

Relate-se que na esfera federal o Conselho de Justificação é regulamentado pela Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, aplicada subsidiariamente para as Corporações militares estaduais, as quais também o disciplinam em seus Estatutos.

Assim, será submetido a esta espécie de processo administrativo o Oficial da ativa que tiver procedido incorretamente no desempenho do cargo, que se conduzir de forma irregular ou que tiver praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe, e, ainda, se condenado na Justiça Militar ou Comum, a uma pena privativa de liberdade de até 2 (dois) anos, hipóteses suficientemente capazes de ocasionar-lhe, inclusive, a demissão. O Conselho de Justificação é composto por 3 (três) Oficiais da

Corporação do justificante, sendo necessariamente mais antigos que ele, podendo ser nomeados Oficiais da reserva, se o caso necessitar, respeitando-se a hierarquia militar.

Ressalte-se que da conclusão do Conselho de Justificação poderá a autoridade administrativa aplicar sanção disciplinar de natureza não-demissionária, arquivar o feito ou remeter os autos para o juiz de direito do Juízo Militar, se verificar indícios de crime. Essa fase é essencialmente administrativa.

No entanto, verificada a comprovação de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato, estabelecem os Estatutos dos policiais militares de cada Estado que serão os autos processuais remetidos para o Tribunal competente, a quem cabe decidir pela efetivação da reforma do Oficial ou pela perda do posto e da patente, por força do que dispõem os artigos 42, § 1º, 125, § 4º, combinados com o art. 142, § 3º, incisos VI e VII, todos da Constituição Federal.

Esta fase é de natureza essencialmente judicial, visto que há previsão expressa na Lei Maior de que o Oficial só perderá o posto e a patente se julgado indigno ou incompatível com o oficialato pelo segundo grau de jurisdição da Justiça Militar.

Destaque-se, entretanto, que uma vez declarada a perda do posto e patente do Oficial pelo Tribunal competente, a perda do seu cargo público não se dará de forma automática, porquanto o ato de demissão é de atribuição do Governador do Estado, razão pela qual à Corporação de origem do justificante deve ser dada informação da decisão para que a mesma possa adotar as providências administrativas cabíveis.

3.2 Da perda do Cargo Público de Oficiais da ativa condenados por Crime Militar

O texto constitucional estabelece ser competência da Justiça Militar o julgamento dos crimes militares definidos em lei. Portanto, interessa ao tema central deste trabalho científico o conhecimento acerca da definição de crime militar. Inicialmente cabe ressaltar que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Militar centra-se exclusivamente nos interesses dos Estados e

das instituições militares, no afã de garantir a regularidade destas instituições, razão pela qual a ação penal nesse campo do direito é pública incondicionada, salvo quando se tratar de crimes militares contra a segurança do país.

Esta hipótese que exige a requisição do ministro da pasta interessada, deslocando-se a competência de processar e julgar o feito para Justiça Federal. Com efeito, não é apenas a condição de militar do agente que definirá ser militar o crime por ele cometido, podendo o mesmo ser autor de um delito penal de natureza comum. Por oportuno, cabe esclarecer que o texto constitucional elegeu o critério *ratione legis* (em razão da Lei) para definir crime militar, isto é, no nosso ordenamento jurídico, crime militar é o que a lei considera como tal (ASSIS, 2005, p. 38).

Abordando o tema, NEVES E STREINFINGER (2005, p.47) adotam esse mesmo entendimento, senão vejamos:

O critério de nosso ordenamento para definir o crime militar, a exemplo da Itália e da Alemanha, é o *ratione legis*. Assim, são crimes militares aqueles enumerados pela lei [...] Tal critério, adotado desde a Constituição de 1946, evidencia-se na atual Carta Magna pelo disposto nos arts. 124 e 125, § 4º. (grifo nosso)

É o CPM, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, que define os delitos dessa natureza, dividindo-os em crimes militares em tempo de paz e crimes militares em tempo de guerra, respectivamente em seus artigos 9º e 10, os quais em nada divergem em relação às suas naturezas jurídicas, importando tão-somente o critério *ratione temporis* (em razão do tempo) que os define.

Como exemplo de crime militar descrito também de modo diverso na lei penal comum tem-se o dano culposo, cuja conduta delituosa está prevista no tipo penal descrito no art. 266, do CPM, porquanto no Código Penal (CP), Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, tem previsão tão-somente na modalidade dolosa. Nos crimes militares cujos tipos penais são previstos apenas no CPM, por exemplo, o de desrespeito a superior, assim como o de deserção, cujas condutas delituosas estão descritas, respectivamente, nos artigos 160 e 187, do citado Códex. No inciso II encontramos situações caracterizadoras de crime militar que requerem uma análise mais detalhada, uma vez que se referem a condutas descritas com igual definição na lei penal

comum. Sendo assim, a alínea “a” do inciso II se refere às condutas praticadas pelos militares em situação de atividade, estando em serviço ou não, contra militares também em situação de atividade ou contra assemelhados.

O critério aqui adotado é o *ratione personae* (em razão da pessoa). A expressão “militar em situação de atividade” se diferencia da expressão “militar em serviço”, porquanto aquela se refere aos que estão ainda no serviço ativo de suas Corporações e não na inatividade.

Portanto, basta ao militar estadual a condição de estar em situação de atividade para que sua conduta dirigida contra outro militar estadual, em idêntica situação, se configure crime militar.

Seria a hipótese de uma lesão corporal ocasionada por um policial militar da ativa em outro policial militar na mesma situação, em razão de uma discórdia existente entre eles, independentemente de que o fato venha a ocorrer em local que esteja sob a administração militar ou não, encontrando-se de folga ou escalado de serviço o agente ativo.

No que se refere à alínea “b”, do inciso II, ela estabelece que a conduta praticada pelo militar em situação de atividade, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil, constitui-se crime militar. Aqui o critério utilizado foi o *ratione loci* (em razão do local).

Portando, dirigindo o policial militar da ativa a sua conduta contra essas pessoas, desde que em lugar sob a administração militar, estará configurado o crime militar, como, por exemplo, na hipótese de furto praticado em quartel da Polícia Militar, em que o sujeito ativo fosse um policial militar da ativa e o sujeito passivo, um policial militar da reserva ou reformado e até mesmo um civil.

Já a alínea “c”, do inciso II, atine às condutas criminosas praticadas por “militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil”, elegendo-se o critério *ratione materiae* (em razão da matéria) para a definição de crime militar. Importa relatar que é nessa hipótese onde se concentra a maior incidência de crimes praticados pelos membros da ativa das Polícias Militares, uma vez que, em razão das características da profissão, haverá um maior contato desses profissionais com as pessoas da sociedade. Aqui um dos requisitos exigidos, inicialmente, é o de que o policial militar esteja devidamente escalado de

serviço e que sua conduta delituosa, mesmo que fora de local sob a administração militar, seja dirigida contra outro militar da reserva ou reformado, ou que seja civil a vítima, como ocorre na maioria dos casos.

Quanto à alínea “d”, do inciso II, esta se refere às condutas praticadas por militar da ativa durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil. Por suas características singulares, é uma situação mais corriqueira das Forças Armadas, já que a natureza da função constitucional das Polícias Militares não requer a efetivação de tais atividades.

Finalmente, na alínea “e” é enquadrada a conduta do militar da ativa dirigida contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar, de forma a ocasionar um dano patrimonial considerável.

Ressalte-se que, quanto a esta situação, o patrimônio sob a Administração Militar é, além dos bens pertencentes às Corporações, os de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas que, por alguma razão legal, encontram-se sob a responsabilidade daquela (NEVES e STRAINFINGER, 2005, p.141).

Outra distinção importante feita pela doutrina é a existência de duas modalidades de crime militar, quais sejam: crime militar próprio, ou propriamente militar, e, crime militar impróprio, ou acidentalmente militar.

Assim, segundo a doutrina clássica, crime militar próprio é aquele que só pode ser cometido por militar, constituindo-se em uma violação dos deveres que lhes são atinentes, tratando-se de um critério estritamente funcional.

Esta concepção, no entanto, perde força quando da análise do crime de insubmissão, tipificado no art. 183, do CPM, cuja conduta é descrita como “Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação”, com previsão apenas para as Forças Armadas, delito que é praticado por um civil, mas que tem como condição de punibilidade ou de procedibilidade a qualidade de militar, nos exatos termos do art. 464, § 2º, do CPPM (NEVES e STRAINFINGER, 2005, p.49).

Os crimes militares próprios são aqueles disciplinados pelo inciso I, do art. 9º, do CPM, e, os impróprios militares, aqueles que se encontram definidos no inciso II, do mesmo dispositivo legal, ou seja, como afirma NUNES

(2001), essa teoria considera serem crimes militares próprios aquelas condutas que são tipificadas exclusivamente na lei penal militar, sem correspondente na lei penal comum.

No entanto, a melhor definição de crime militar próprio foi exposta por Jorge Alberto Romeiro, para quem crime militar é aquele cuja ação penal somente pode ser proposta contra militar (NEVES e STRAINFINGER, 2005, p.49).

Por fim, cabe lembrar que, consoante normatiza a Constituição Federal em seu art. 125, § 4º, a Justiça Militar Estadual não tem competência para julgar o civil quando sujeito ativo de crime militar impróprio, o que ocorre tão-somente na Justiça Militar da União. Sendo assim, condenado o policial militar da ativa por prática de crime militar, dependendo da natureza e do *quantum* da pena a ele aplicada, sujeitar-se-á o mesmo à aplicação da pena acessória de perda do posto e patente, para o Oficial, e de exclusão da Corporação, em sendo Praça. Tratamos do assunto no próximo tópico.

3.3 Das penas acessórias de perda do posto e patente do Oficial

Na hipótese de condenação do policial militar da ativa por crime militar, com sentença transitada em julgado, a Constituição Federal em seus artigos 42, § 1º, 125, § 4º e 142, § 3º, incisos VI e VII, lhe confere a garantia de que a perda de seu posto e patente, se Oficial for, ou da sua graduação, sendo Praça, dar-se-á tão-somente através de procedimento específico do Tribunal competente, ou seja, do Tribunal Militar, nos Estados que o possui, ou do Tribunal de Justiça da Unidade Federativa a que pertença a Corporação do acusado, para os Estados que não possuam Tribunal Militar. Em consonância com a Lei Maior, o CPM, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, estabelece, respectivamente, em seus os artigos 99 e 102, que no caso dos Oficiais, a perda do posto e patente resulta da condenação a uma pena privativa de liberdade por tempo superior a 2 (dois) anos e, em se tratando de Praça, a sua exclusão da Corporação também resulta de condenação a uma pena imposta nas mesmas condições acima descritas, sendo, portanto de penas acessórias. Sendo assim, na Justiça Militar Estadual é necessária a condenação do policial militar a uma pena privativa de liberdade por tempo

superior a 2 (dois) anos, com sentença transitada em julgado, para que seja imposta a pena acessória de perda do posto e patente, para os Oficiais o que acarreta a perda de seu cargo público.

E mais: consoante dispõe a Constituição Federal, a aplicação dessa pena acessória, seja o condenado Oficial ou Praça das Polícias Militares, não é aplicada automaticamente pelo juiz do primeiro grau de jurisdição, porquanto depende de decisão exarada pelo Tribunal competente, que atue na condição de segundo grau de jurisdição da Justiça Militar Estadual.

A título de esclarecimento, cabe ressaltar que alguns doutrinadores se posicionam no sentido de que a nossa Lei Maior, ao derogar o art. 102, do CPM, feriu o princípio da isonomia, porque o seu já citado art. 125, § 4º, não tem aplicação para as Praças das Forças Armadas, as quais podem ter declarada a perda de suas graduações pelo Juízo Militar de primeira instância.

3.4 Posição do Supremo Tribunal Federal

A posição adotada pelo STF segue esse entendimento jurisprudencial majoritário e, na qualidade de guardião da Constituição mantém a harmonia, se posicionando nesse mesmo sentido. Senão vejamos: (STF, *net*, 2004):

EMENTA: PRAÇAS DA POLÍCIA MILITAR ESTADUAL: PERDA DE GRADUAÇÃO: EXIGÊNCIA DE PROCESSO ESPECÍFICO PELO ART. 125, § 4º, PARTE FINAL, DA CONSTITUIÇÃO, NÃO REVOGADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 18/98: CADUCIDADE DO ART. 102 DO CÓDIGO PENAL MILITAR.

- O artigo 125, § 4º, in fine, da Constituição, de eficácia plena e imediata, subordina a perda de graduação dos praças das policias militares à decisão do Tribunal competente, mediante procedimento específico, não subsistindo, em consequência, em relação aos referidos graduados o artigo 102 do Código Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos.

- A EC 18/98, ao cuidar exclusivamente da perda do posto e da patente do oficial (CF, art. 142, VII), não revogou o art. 125, § 4º, do texto constitucional originário, regra especial nela atinente à situação das praças. (STF - RE 358961 / MS - MATO GROSSO DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Primeira Turma. J. em 10/02/2004. DJ 12/03/2004) (grifo nosso)

Por oportuno, cabe ressaltar que, como já dito anteriormente, em julgamento ao Recurso Especial (RE) nº 601.146/MS, ocorrido no dia 16 de

dezembro de 2010, o STF reconheceu a existência de repercussão geral em processos que tratam da perda de posto e patente de Oficiais e da graduação das Praças, em caso de condenação pela Justiça Militar.

A situação originou-se de uma decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que, ao apreciar uma representação para a perda da graduação de um Cabo da Polícia Militar daquele Estado, condenado pela Justiça Militar Estadual a uma pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, pelos crimes de concussão e prevaricação, muito embora tenha decidido pela perda de sua graduação, aplicou a transferência compulsória para a inatividade, subsidiariamente nos termos do art. 16, inciso II, da Lei Estadual 105/80.

Sendo assim, em sede do citado RE, o Ministério Público argumentou que tal decisão contrariava o art. 125, § 4º, da Constituição Federal, que não prevê a aplicação de inatividade compulsória para esses casos e, posicionando-se sobre a repercussão geral, sustentou ter importância o tema, porquanto envolve a obtenção de direitos previdenciários por uma via inadequada, além de existir uma grande quantidade de processos semelhantes nos demais Estados da Federação.

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio, relator do RE, ao analisar a controvérsia, posicionou-se no sentido de haver possibilidade de o conflito se repetir nos demais Estados, sendo necessário definir se o art. 125, da Constituição Federal, finda ou não com a possibilidade de a decisão, em ação declaratória de perda do posto e patente dos Oficiais e graduação das Praças, não ser pela demissão/exclusão do militar estadual, podendo haver um meio termo, como é o caso da transferência compulsória para a inatividade, admitindo, portanto, a configuração da repercussão geral do processo.

3.5 Hipótese relacionada à condenação pelo crime de tortura

O art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, considera o crime de tortura como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, estabelecendo que além dos mandantes, por ele respondem também os executores e aqueles que, podendo evitá-los, se omitirem. *Verbis*:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (grifo nosso)

Na legislação penal esparsa brasileira, é a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura, trata o delito como crime comum, podendo ser praticado por qualquer agente, não exigindo condição especial para ser autor do citado delito penal, podendo até mesmo ser ele um cidadão comum.

Com efeito, existe uma discussão doutrinária no sentido de que a supracitada lei espelha um posicionamento anômalo ao que assumiram os tratados internacionais relativos a Direitos Humanos Fundamentais, pois esses dispensaram a tal delito a configuração de crime próprio, ou seja, cujo agente ativo se resume ao universo dos agentes públicos, sobremaneira dos membros das instituições policiais. O objetivo desta é combater a ação de qualquer pessoa que venha a constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, para provocar ação ou omissão de natureza criminosa ou em razão de discriminação racial ou religiosa, como estabelecem as alíneas *a*, *b* e *c*, do inciso I de seu art. 1º. Visa punir ainda aquele que com sua ação venha a submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo, assim como aqueles que se omitem no dever de evitar ou de apurar tais condutas, nos termos do seu art. 1º, inciso II. Sendo o crime é cometido por agente público, haverá o aumento da pena, o que comprova que a citada Lei alcança qualquer um que faça sua conduta encontrar subsunção nas previsões de seu texto.

Outrossim, um dos efeitos da condenação por tortura, segundo dispõe o art. 1º, §5º, da citada Lei nº 9.455/97, é a perda automática do cargo, função ou emprego público do agente, pois o citado dispositivo estabelece que “A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada”.

Se o agente for um membro da ativa das Polícias Militares, que venha a

cometer tal delito no exercício de suas funções, aplicar-se-á tal efeito ainda em sede de sentença condenatória exarada pelo Juízo de primeiro grau de jurisdição da Justiça Comum, considerando-se o que dispõe a Constituição, em seus já citados artigos 42, § 1º, 125, § 4º e 142, § 3º, incisos VI e VII.

Como se vê, a Constituição é clara ao dispor que, no caso de condenação definitiva do Oficial das Polícias Militares, seja na Justiça Comum ou na Militar, à pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, deverá ele ser submetido a processo autônomo de declaração de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, o que pode acarretar a perda de seu cargo público, cuja decisão cabe apenas ao Tribunal competente que exerça o segundo grau de jurisdição da Justiça Militar Estadual. Advirta-se, no entanto, que em relação ao crime de tortura não encontramos maiores problemas quanto à natureza e ao tempo da pena, visto que a pena mínima para o citado delito penal, além de ser privativa de liberdade, alcança os 2 (dois) anos exigidos pela Constituição Federal para que possa acarretar a perda do cargo público dos militares estaduais, em caso de condenação definitiva.

Cabe esclarecer, entretanto, que para o crime de tortura, o texto constitucional não dissemina a impunidade para os membros da ativa das Polícias Militares, notadamente porque o que a nossa Lei Maior disciplina é a perda de seus cargos públicos através de um procedimento específico a cargo do Tribunal competente. Vejamos, portanto, alguns posicionamentos doutrinários acerca dos efeitos da sentença condenatória pelo crime de tortura, quando o agente for um membro da ativa das Polícias Militares.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi analisado no desenvolvimento deste trabalho concluímos que, no que se refere à reprimenda da perda do cargo públicos dos membros da ativa das Polícias Militares, considerando-se o que estabelece a Constituição Federal, assim como a legislação específica, deve-se, de plano, distinguir-se se tal sanção estará sendo aplicada a um Oficial ou a uma Praça da Corporação, porquanto existem certas garantias constitucionais destinadas a ambos, de formas distintas. Isto ocorre tanto para a punição administrativa como na esfera judicial, quando decorra de condenação definitiva por crime

militar ou comum. Com efeito, a perda do cargo público dos membros da ativa das Polícias Militares apenas se efetivará se for declarada a perda do posto e patente, no caso do Oficial, e, a perda da graduação, para as Praças, nas hipóteses cabíveis nos termos da Constituição.

Sendo assim, no caso de a sanção de perda do cargo público ser aplicada a um Oficial da ativa das Polícias Militares, tem-se que a mesma dar-se-á tão-somente após a declaração de indignidade ou de incompatibilidade com o oficialato e a consequente declaração de perda do posto e patente, por decisão do Tribunal competente, ou seja, pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado a que pertença a Corporação do citado profissional, ou pelo Tribunal de Justiça enquanto segundo grau de jurisdição da Justiça Militar Estadual nos Estados que não possuam Tribunal Militar.

Ainda sobre a reprimenda de perda do cargo público aplicada ao Oficial da ativa das Polícias Militares, a presente pesquisa nos leva à inferência de que, mesmo na hipótese de instauração de Conselho de Justificação, na seara administrativa, em decorrência de cometimento de ato que fira o pundonor policial militar e o decoro da classe, após conclusão do citado processo administrativo, pelo que prescreve a Constituição Federal e a legislação específica, deve os autos ser encaminhados ao segundo grau de jurisdição da Justiça Militar da Unidade Federativa a que pertença o justificante, a quem cabe decidir se o referido servidor público é ou não indigno ou incompatível com o oficialato, cabendo unicamente a este órgão do Poder Judiciário declarar a perda de seu posto e respectiva patente e, em consequência, a perda de seu cargo público, cuja efetivação se perfaz pelo ato administrativo de demissão, que incumbe ao Governador do Estado.

E mais: para que o Tribunal competente aplique a perda do cargo público ao Oficial da ativa das corporações policiais militares, em razão de condenação definitiva por crime militar ou comum, a Constituição Federal impõe um segundo limite, qual seja, que a pena *in concreto* seja privativa de liberdade e de tempo superior a 2 (dois) anos.

Importa relatar, ainda, que esta decisão se dá em sede de processo autônomo, isto é, na representação para declaração de indignidade e incompatibilidade para o oficialato, que é de iniciativa exclusiva do Ministério Público Militar que atue nas respectivas Cortes.

Com isso é possível afirmar que certamente confrontando-se o art. 142, § 3º, incisos VI e VII, com o art. 42, § 1º, todos da Constituição Federal, pode-se inferir que os Oficiais das Polícias Militares gozam da mesma garantia de vitaliciedade que gozam os Oficiais das Forças Armadas.

É necessário que se entenda que o art. 142 da Constituição Federal deve ser aplicado aos militares estaduais observando-se suas peculiaridades, pois nele há normas destinadas tanto aos Oficiais como às Praças, e normas destinadas tão-somente aos Oficiais, como é o caso do § 3º, incisos VI e VII.

Com efeito, entendemos que, infere-se que a nossa Lei Maior normatiza que, quanto ao Oficial da ativa das Polícias Militares, a competência para decidir sobre a perda de seu posto e patente é do segundo grau de jurisdição da Justiça Militar Estadual, seja ele condenado definitivamente pela Justiça Militar ou Pela Justiça Comum, o que não se aplica à Praça, cuja garantia de sua graduação relaciona-se apenas na hipótese de ser ela condenada definitivamente pela Justiça Militar, observados os demais requisitos.

REFERÊNCIAS

ANGOSTO, Octavio Augusto Simon de. Organização da Justiça Militar do Peru. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**, Florianópolis, ano XIII, n. 78, p. 3 – 8, jul/ago 2009, ISSN 1981-3414. Entrevistador: Zildo Luiz de Souza.

ASSIS, Jorge César de. **A Condenação pelo Crime de Tortura e a Perda da Função Pública do Militar Estadual**. (2004) Disponível em <<http://www.cesdim.org.br/temp.aspx?PaginaID=131>>. Acesso em: 23 de abril de 2011.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**: Comentários, Doutrina, Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores. 5 ed. 2ª Tir. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Direito Militar**: Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008a.

ASSIS, Jorge César de; NEVES, Cícero Robson Coimbra; CUNHA, Fernando Luiz. **Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas**. 6 ed. rev., ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969. Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Território e do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 3 jul. 1969.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Diário Oficial da União. Brasília, 21 out. 1969.

BRASIL. Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983. Aprova o Regulamento para as Policias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200). Diário Oficial da União. Brasília, 4 out. 1983.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 8 abr. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Conflito de Competência nº 7346, Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento: 07/09/2006, DJU de 14.12.2006. Disponível em <<http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2375955>> Acesso em: 7 fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 358961 / MS – Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgado em 10/02/2004. DJ 12/03/04. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769499/recurso-extraordinario-re-358961-ms-stf>> Acesso em: 7 fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Mandado de Segurança nº 22693 / SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 17/11/2010, DJe-241 Divulgado em 10/12/2010. Publicado em 13/12/2010, EMENT VOL-02449-01 PP-00054 Disponível em <<http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1656517>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19 ed. 2ª reimp. São Paulo: Atlas, 2006.

ERDMANN, Charles. O Sistema Americano de Justiça Militar: uma visão breve. **Direito Militar - Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**. Florianópolis, ano VIII, n. 43, p. 28-30, set/out Diógenes. **Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÉON. Patrícia Zarzalejo. Uma Nova Visão aos Conselhos de Justiça na Venezuela. **Direito Militar - Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**. Florianópolis, ano XI, n. 65, p. 36-38, mai/jun 2007 – Bimensal.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33 ed. Atualizada por Erico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Crimes dolosos, praticados por militares dos Estados, contra a vida de civis**. 2004. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7416/crimes-dolosos-praticados-por-militares-dos-estados-contra-a-vida-de-civis>>. Acesso em: 26 de abril de 2011.

NEVES, Getúlio Marcos Pereira. Controle Social e o Controle do Servidor Policial. **Direito Militar - Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**. Florianópolis, ano XI, n. 66, p.23-27, jul/ago 2007 – Bimensal.

_____. **Temas de Direito Militar**. 1 ed. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

_____. Crime de Exercício de Comércio por Oficial: a Perda do Posto e da Patente como Causa Inominada de Extinção de Punibilidade. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**, Florianópolis, ano XIII, n. 78, p. 28-31, jul/ago 2009 – Bimensal – ISSN 1981 - 3414.