



3.2.2 Ação civil pública na Justiça Militar estadual

Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha

Juiz civil do Tribunal de Justiça Militar-MG

Professor adjunto da Faculdade de Direito da UFMG

1. Introdução

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, promoveu importantes alterações no cotidiano da Justiça Militar estadual ao conferir-lhe jurisdição civil. A inclusão da matéria cível na competência da Justiça Militar provocou importante mudança de paradigma, desafiando os operadores do Direito a vislumbrarem os novos problemas cujo julgamento foi conferido a essa Justiça especial.

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

Neste novo contexto, quando na Justiça Militar se examina a possibilidade de invalidação dos atos disciplinares punitivos, a jurisdição civil especial não se presta à proteção dos princípios da *hierarquia* e *disciplina*. Muito embora a própria Constituição Federal reconheça que eles são pilares fundamentais das instituições militares, cabe à autoridade administrativa, no exercício de seu poder disciplinar, conduzir a instituição militar com base na *hierarquia* e *disciplina*. No exame judicial dos atos punitivos, o sistema jurídico que orienta a jurisdição civil da Justiça Militar visa proteger os direitos fundamentais do cidadão em sua relação com o Poder Estatal. Não se pode esquecer das repercussões que as decisões judiciais da Justiça castrense produzem no seio da tropa, mas outros valores entraram em jogo e agora se torna necessário perceber como conciliá-los de maneira adequada.

Se a *hierarquia* e a *disciplina* constituem a base das instituições militares, os direitos inerentes à cidadania e o respeito incondicional à dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado democrático de direito que caracteriza a República Federativa do Brasil. O uso do poder disciplinar para a manutenção da *hierarquia* e *disciplina* nas instituições militares é um poder-dever da autoridade administrativa cujos reflexos de seu exercício transcendem os limites da caserna e produzem repercussões concretas nos serviços de segurança pública que são prestados a todos os cidadãos. Portanto, a intervenção disciplinar, em especial a punitiva, somente pode ser admitida se houver o respeito às garantias fundamentais dos cidadãos.

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

Também é necessário observar que a segurança pública é um direito fundamental de segunda geração e é dever do Estado tomar todas as providências necessárias ao bom desempenho das instituições encarregadas de prestar os serviços que lhe são inerentes. O adequado desempenho das funções públicas dos militares estaduais constitui interesse público relevante. Todo e

qualquer cidadão possui o direito de ser protegido por profissionais cuja atuação seja eficiente e de qualidade. Correlato a esse direito há o dever do Estado de garantir segurança aos cidadãos. No exame judicial dos atos disciplinares não punitivos, por outro lado, caberá à Justiça Militar considerar os interesses de preservação da *hierarquia* e *disciplina* como premissas fundamentais para a efetividade dos serviços de segurança pública. Nesses casos, o sistema normativo orienta-se no sentido de preservar o direito fundamental à segurança e a ação civil pública poderá ter papel destacado.

Questões novas e complexas que envolvem a conciliação desses interesses fundamentais agora serão levadas a julgamento na Justiça Militar estadual. A experiência concreta com a jurisdição civil ainda é muito recente, tendo iniciado em janeiro de 2005. Muitas reflexões ainda serão desenvolvidas sobre a competência cível castrense. No presente estudo, pretendo examinar algumas possibilidades de manejo da ação civil pública na Justiça Militar estadual. Tais possibilidades se relacionam intimamente com as possibilidades de manejo das ações individuais e, assim, a oportunidade é propícia à reflexão sobre a jurisdição civil da Justiça Militar. Essas são apenas as primeiras ponderações e visam provocar análises mais aprofundadas, que possam contribuir para o aprimoramento da Justiça Militar e do serviço público que presta em favor da construção de uma sociedade mais justa e solidária.

2. Ação civil pública

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

A ação civil pública foi instituída no Brasil pela Lei Federal nº 7.347/85 que em seu artigo 1º determina que o instrumento poderá ser manejado para a defesa de todo e qualquer interesse difuso ou coletivo. A noção de direitos e interesses difusos ou coletivos não é familiar aos operadores da Justiça Militar. No entanto, há definição legal para esses novos direitos na Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor e todos os ramos do Direito devem utilizar essas mesmas noções. Dispõe o parágrafo único do artigo 81 do referido estatuto que:

Art. 81. [...]

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O art. 3º da Lei nº 7.347/85 determina que a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Essa disposição define o objeto da ação civil pública de maneira muito abrangente, o que viabiliza seu manejo em um número muito grande de situações. No inciso III de seu artigo 129, a carta magna confere legitimidade ao Ministério Público para manejar a ação civil pública na defesa dos interesses difusos e coletivos. O parágrafo 1º do referido artigo adverte, entretanto, que “[...] a legitimação do Ministério público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas

mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e nas leis". Neste sentido, vale lembrar a legitimidade recentemente atribuída à Defensoria Pública pela Lei Federal nº 11.448/07, que alterou o artigo 5º da Lei nº 7.347/85. Ainda importa perceber que a ação civil pública tanto pode ser manejada para reparar um dano já concretizado a qualquer dos direitos massificados quanto, preventivamente, para impedir a ocorrência do dano iminente ou simplesmente afastar uma determinada situação de ilicitude verificada.

O novo sistema processual em vigor, em especial após a nova redação do art. 84 do CDC, que é aplicável à defesa dos direitos difusos ou coletivos por expressa disposição do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública, é comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos humanos fundamentais. Hoje há consenso na doutrina no sentido de que a garantia constitucional aos direitos humanos fundamentais decorrem correlatos direitos subjetivos públicos à prestação das medidas de proteção devidas pelo Estado. No Estado democrático de direito, todos têm direito à efetividade das normas de direito material que respondem ao dever de proteção do Estado aos seus direitos fundamentais. E o direito à efetividade da tutela jurisdicional engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que delas decorrem (MARINONI, 2004, p. 146). Não se pode esquecer de que a razão de ser das técnicas processuais é a efetiva realização do direito material. Por isso se justifica o *status* constitucional conferido à ação civil pública, mas a garantia da efetividade das normas protetivas dos direitos fundamentais, no caso concreto, cabe ao Poder Judiciário. Modernamente, o direito à prestação jurisdicional é entendido como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito material. Isso significa direito à efetividade das decisões judiciais. Conforme bem observa Marinoni (2004, p. 254):

Ora, se a própria Constituição afirma a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo, diz que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário 'ameaça a direito', não pode restar qualquer dúvida de que o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) tem como corolário o direito à tutela efetivamente capaz de impedir a violação do direito.

Na verdade, há direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e, assim, direito fundamental à tutela preventiva, o qual incide sobre o legislador – obrigando-o a instituir as técnicas processuais capazes de permitir a tutela preventiva – e sobre o juiz – obrigando-o a interpretar as normas processuais de modo a delas retirar instrumentos processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção.

Certamente, não se estará respeitando o direito à segurança pública ao se permitir que qualquer das normas protetivas instituídas em seu favor seja violada. Deixar ocorrer o dano para, posteriormente, buscar-se uma tutela de ressarcimento pelo equivalente em dinheiro é justamente o que não deve acontecer. Nesse passo, a ação civil pública que visa à remoção do ilícito presta-se a proteger o bem jurídico fundamental e restabelecer a ordem jurídica ao afirmar a validade das normas que estabelecem condutas preventivas do dano. Cabe, agora, examinar em que hipóteses a ação civil pública poderá ser admitida na Justiça Militar estadual.

2.1. Cabimento para tutela do direito à segurança pública

A segurança é um direito fundamental de segunda geração que encontra previsão expressa no *caput* dos artigos 5º e 6º da Constituição Federal, que garantem a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil a sua inviolabilidade. O inciso I do art. 81 do CDC permite concluir que a segurança pública é um *direito difuso*, que é deferido a todos os residentes no território nacional. Do mesmo modo, deve-se notar que é dever do poder público garantir a efetividade de tal direito.

Isso significa que a ação civil pública pode ser manejada por qualquer dos legitimados para a tutela do direito fundamental

de segurança, visando corrigir eventuais falhas constatadas nos serviços de segurança pública prestados por instituição militar. Tal possibilidade de correção, na Justiça Militar estadual, a princípio está vinculada aos fatos que digam respeito à disciplina militar. É que a competência cível da Justiça Militar estadual está prevista no § 4º do art. 125 da Constituição Federal, que dispõe:

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

Na primeira alusão que o dispositivo constitucional faz à competência civil da Justiça Militar estadual, está expressa a sua vinculação às ações judiciais propostas contra *atos disciplinares*. No ordenamento jurídico não há definição para o que seja ato disciplinar. Contudo, os atos disciplinares a que se refere a Constituição são atos administrativos que possuem natureza peculiar. Não se pode entender que qualquer ato administrativo que envolva um militar seja, por si só, de natureza disciplinar. Pode-se aferir do sistema normativo que os atos disciplinares militares são aqueles que envolvem a preservação da disciplina militar, que a Constituição Federal define como pilar das instituições militares estaduais em seu art. 42. No mesmo sentido, dispõem os artigos 2º e 14, § 2º, da Lei Federal nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que instituiu o Estatuto dos Militares. Conforme dispõe o parágrafo 2º do art. 14 do Estatuto dos Militares:

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

Para as instituições Militares do Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual nº 14.310/2002 define os parâmetros que permitem entender o que seja disciplina militar em seus artigos 6º, § 2º, e 11. Tais dispositivos estão assim redigidos:

Art. 6º – A hierarquia e a disciplina constituem a base institucional das IMEs.

[...]

§ 2º – A disciplina militar é a exteriorização da ética profissional dos militares do Estado e manifesta-se pelo exato cumprimento de deveres, em todos os escalões e em todos os graus da hierarquia, quanto aos seguintes aspectos:

I – pronta obediência às ordens legais;

II – observância às prescrições regulamentares;

III – emprego de toda a capacidade em benefício do serviço;

IV – correção de atitudes;

V – colaboração espontânea com a disciplina coletiva e com a efetividade dos resultados pretendidos pelas IMEs.

[...]

Art. 11 – Transgressão disciplinar é toda ofensa concreta aos princípios da ética e aos deveres inerentes às atividades das IMEs em sua manifestação elementar e simples, objetivamente especificada neste Código, distinguindo-se da infração penal, considerada violação dos bens juridicamente tutelados pelo Código Penal Militar ou comum.

A moderna doutrina define a *disciplina* como sendo o conjunto de normas de conduta, constituído por direitos e deveres, que os militares devem observar no cumprimento do serviço e, em casos limitados, fora dele (CARO, 1990, p. 36). A manutenção da disciplina incumbe primeiramente à administração militar, sendo exatamente por isso que as instituições militares são organizadas com base na *hierarquia* e *disciplina*. O controle da disciplina está intimamente ligado ao poder hierárquico, que confere poderes de mando aos superiores em relação aos subordinados. Esclarece Santos Filho (2005, p. 48-49) que:

A disciplina funcional resulta do sistema hierárquico.



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

O poder de mando conferido aos superiores hierárquicos da estrutura militar justifica-se pela necessidade da pronta intervenção para a preservação da disciplina. Cabe primeiramente à autoridade administrativa militar manter a disciplina e evitar que seus subordinados se desviem dos objetivos institucionais das IMEs. O ato ilícito praticado por militar no exercício de suas funções não pode ser considerado um *ato disciplinar*. O desvio de finalidade do ato praticado pelo militar caracteriza um *ato de indisciplina* e não um *ato disciplinar*. O *ato disciplinar* é aquele emanado da autoridade administrativa para evitar ou responsabilizar os *atos de indisciplina*. No entanto, é necessário compreender que a postura da administração militar frente ao ato de indisciplina praticado por servidor militar constitui manifestação concreta do poder disciplinar. E tal manifestação disciplinar está sujeita ao controle judicial.

Vale observar que a previsão constitucional para o *ato disciplinar* da administração não se refere somente aos atos administrativos comissivos. Se a indisciplina do agente público pode ser caracterizada pela conduta omissiva daquele que viola o dever jurídico de fazer alguma coisa, o ato disciplinar da administração também pode se caracterizar pela omissão das providências necessárias à preservação da disciplina. A omissão da administração pública em tomar as devidas providências para impedir a continuidade do ilícito e responsabilizar o militar indisciplinado caracteriza concreta manifestação disciplinar do poder público. A postura administrativo-disciplinar omissiva da autoridade militar pode contribuir para que o serviço de segurança pública seja prestado de forma inadequada e ainda caracterizar conduta autônoma de indisciplina desta autoridade. Não se pode compreender a competência da Justiça Militar estadual com base, unicamente, na literalidade do disposto no § 4º do art. 125 da Constituição Federal. É necessário compreender o *ato disciplinar* como manifestação do poder público no exercício de seu poder disciplinar.

Se a competência cível da Justiça Militar estadual é vinculada ao exame das ações propostas contra os *atos disciplinares*, não é razoável que seja restrita ao exame da postura administrativa comissiva. Por que razão teria o constituinte conferido competência à Justiça Militar estadual para julgar os atos comissivos da autoridade administrativa militar e à Justiça Comum os atos omissivos, em matéria de disciplina? Não há explicação racional que justifique tal distinção. Certamente, a competência da Justiça Militar abrange tanto as manifestações comissivas quanto as omissivas da autoridade administrativa militar, no que diz respeito à preservação da disciplina. Da mesma forma, uma ação disciplinar comissiva que se mostre incapaz de produzir o efeito prático de impedir a continuidade do ilícito e preservar a disciplina constitui manifestação disciplinar da administração. A manifestação disciplinar ineficiente também pode ser objeto de questionamento judicial por meio de ação civil pública.

Por fim, não se pode entender que o *ato disciplinar* seja somente aquele que impõe sanção disciplinar ao militar que comete transgressão disciplinar. Ato disciplinar é gênero do qual o ato punitivo é espécie. Se o constituinte derivado pretendesse limitar a competência da Justiça Militar estadual ao julgamento de ações que visassem anular atos administrativos punitivos teria dado outra redação ao § 4º do art. 125 da Constituição Federal. Nesse sentido, cabe observar a redação proposta pela PEC nº 358/05 ao art. 124 que defere à Justiça Militar da União apenas o controle judicial sobre os atos punitivos. A redação proposta para a emenda constitucional é a seguinte: “Art. 124. A Justiça Militar da União compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, bem como exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas”.

Portanto, todas as ações civis que visem invalidar atos da administração militar que se relacionem ao direito à segurança e expressem manifestações do poder disciplinar são da competência da Justiça Militar estadual. Essas preliminares considerações evidenciam que o primeiro desafio dos operadores da Justiça Militar estadual é consolidar a noção jurídica de *ato disciplinar militar*. Certamente, tratando-se de conceito essencialmente normativo, muitas discussões ainda serão desenvolvidas até que se tenha a noção por consolidada. Mas, já se podem delinear algumas discussões que não estão afetas à competência da Justiça Militar estadual.

2.1.1. Atos administrativos de controle da legalidade

A experiência dos primeiros processos na Justiça Militar mineira evidenciou a necessidade de fazer distinção entre os atos disciplinares militares e os atos de controle da legalidade dos atos administrativos praticados pela administração militar. Segundo a previsão constitucional, não é da competência da Justiça Militar estadual processar e julgar ações que visem discutir atos administrativos de controle da legalidade. O vício de legalidade do ato administrativo impõe a sua invalidação, seja pelo Poder Judiciário ou pela própria administração. A administração, quando perceber o vício, deve invalidar o ato administrativo de ofício. Tal medida decorre do princípio constitucional da legalidade, que impõe à administração o dever de controlar a conformidade de seus atos com a lei e caracteriza exercício de autotutela.

O controle da legalidade dos atos da administração não se confunde com o controle da disciplina dos militares, no exercício de suas funções. Nos atos de controle da legalidade não se discute a prática de qualquer transgressão disciplinar que possa provocar a reação da administração militar em medida de controle disciplinar ou qualquer outro aspecto do poder disciplinar. Portanto, não são da competência da Justiça Militar as ações que visem discutir os atos administrativos de mero controle de legalidade. O fato de que o ato revisto possa prejudicar a situação jurídica de quem esteja atualmente exercendo funções militares não confere ao ato de controle da legalidade a natureza disciplinar, ou mesmo direito adquirido ao apelado. Mesmo após a entrada em exercício nas funções militares, pode a Administração rever os seus atos em face do controle da legalidade. Nesse sentido, a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal dispõe que “[...] a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos”. Vale ainda observar que, no Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual nº 14.184/2002, em seu artigo 65, estabelece prazo de cinco anos, a contar da data em que o ato administrativo irregular foi praticado, para que a administração exerça o controle da legalidade.

A doutrina e jurisprudência mais tradicional sustentaram que os atos de controle da legalidade, por não se fundamentarem em infração disciplinar, prescindem de observar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (STF - RE nº 247399/SC e RE nº 213513/SP). No entanto, atualmente tem prosperado o entendimento de que quando estiverem em jogo interesses pessoais, contrários à invalidação do ato, devem ser observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nesses casos, antes da invalidação do ato administrativo, é necessário conferir ao interessado a possibilidade de se manifestar em favor da manutenção do ato (SANTOS FILHO, p. 135-136). Seguindo essa orientação, o Supremo Tribunal Federal recentemente se manifestou no sentido de que “[...] a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração do processo administrativo que enseja a audição daqueles que terão modificada situação jurídica já alcançada.” (RE nº 158.543-9-RS). Essa, sem dúvida, é a posição mais correta.

2.1.2. Atos de ordenação de concursos públicos

No exercício do controle da legalidade ou autotutela da

administração, avultam em importância os atos administrativos relativos a concursos públicos. É comum a administração excluir militares, que estão em cursos de formação, diante da descoberta da prática de atos que revelem sua inidoneidade moral. Atos praticados pelo militar antes de seu ingresso na instituição são analisados sob a ótica da satisfação dos requisitos de concurso público e, após processo administrativo, ocorre a exclusão do militar.

Esses casos, evidentemente, não são da competência da Justiça Militar estadual. A verificação da satisfação dos requisitos previstos em edital de concurso por candidato não se insere na esfera do poder disciplinar porque não existe relação hierárquica entre candidato e agente da administração pública militar. Se a disciplina militar é a exteriorização da ética funcional dos militares, não se pode cogitar de ética funcional antes que se possa caracterizar o início do exercício das funções militares. A questão relativa ao atendimento dos requisitos para o ingresso na carreira militar não se refere à ética funcional, visto que ainda não houve o exercício de qualquer função militar. O candidato em concurso público para ingresso nas instituições militares ainda não é militar, não está inserido em nenhum escalão ou grau de hierarquia e não se sujeita às regras de disciplina militar. Portanto, qualquer discussão sobre as normas para a realização de concurso público e o seu atendimento por candidatos deve ser levada a conhecimento da Justiça comum.

2.1.3. Atos de avaliação de estágio probatório

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

O Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente ressaltando a distinção existente entre os atos disciplinares militares e os atos administrativos que não afetam a disciplina das corporações militares, para definir a competência da Justiça Comum para conhecer e julgar ações relativas ao estágio probatório de militares. Nesse sentido, a decisão sobre o Conflito de Competência nº 54553 / SP, cujo Relator foi o eminente Ministro Nilson Naves:

1. O que compete à Justiça Militar estadual é processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares (EC nº 45/04).
2. Não lhe compete, em consequência, ação contra ato administrativo, na qual se alega achar-se a exoneração em estágio probatório viciada por ilegalidade e abusividade, e na qual, também em consequência, pleiteia-se reintegração.

Ordinariamente, as questões relativas ao estágio probatório de militares são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário por meio de ações individuais. No entanto, é possível que as normas administrativas relativas ao estágio probatório ou a aplicação das mesmas a um grupo de militares sejam discutidas em juízo por meio de ação civil pública. Em qualquer caso, a competência será da Justiça comum.

2.1.4. Movimentação de militares e estratégias para a melhor eficiência

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

No Estado de Minas Gerais, a movimentação de efetivos opera-se em razão dos interesses do serviço. Contudo, em alguns casos, tais interesses se fundamentam em conveniência da disciplina (art. 175 da Lei Estadual nº 5.301/69). Se a movimentação ocorrer em razão de determinada estratégia de combate à criminalidade como, por exemplo, aumentar o efetivo de militares em determinada localidade em que os índices de criminalidade é maior, não se verifica qualquer aspecto do exercício do poder disciplinar e a competência para o exame das ações judiciais que visem à invalidação dos atos administrativos pertinentes é da Justiça comum. As estratégias de combate à criminalidade ou relacionadas à defesa civil podem ser questionadas em juízo, sob o prisma do princípio constitucional da eficiência, por meio de ações coletivas. Entretanto, a defesa do direito fundamental à segurança em aspectos que não se relacionem com a disciplina não pode ser exercida perante a Justiça Militar.

Se a movimentação de militares decorrer de interesses relacionados à *conveniência da disciplina*, o ato administrativo possui natureza disciplinar e compete à Justiça Militar o exame das ações judiciais que visem à invalidação dos respectivos atos. O exame sobre a validade jurídica do ato administrativo de movimentação de militar de uma unidade de lotação para outra, com base na conveniência da disciplina, ordinariamente, é levada a conhecimento do Poder Judiciário por meio de ações individuais. O argumento mais utilizado para pleitear a invalidação do referido ato de movimentação é que ele constitui verdadeira sanção disciplinar e sua aplicação exige observação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A possibilidade de movimentação de efetivos é uma característica inerente aos serviços públicos prestados pelas instituições militares. Ainda que fundamentada em conveniência da disciplina, não pode ser considerada como sanção disciplinar. Nenhum militar pode ser considerado punido pelo simples fato de ter sido removido de uma unidade de lotação para outra. Cabe lembrar que, em muitos casos, o militar também é transferido sem que haja qualquer indicação de conveniência da disciplina. Em outros, a remoção em decorrência da conveniência da disciplina se explica pela liderança e bom exemplo que o militar conserva junto à tropa. Em qualquer caso, a movimentação não caracteriza sanção disciplinar e, por isso, não há que se falar em contraditório ou ampla defesa. Seria mesmo um manifesto absurdo sustentar a necessidade de instauração de processo administrativo disciplinar antes de levar a efeito qualquer movimentação de efetivos.

Em determinado caso concreto, que caracterize a existência de interesse individual homogêneo (art. 81, inciso III, do CDC), é possível que a movimentação de efetivos, com base na conveniência da disciplina, seja levada a conhecimento da Justiça Militar. A análise sobre a oportunidade e conveniência da movimentação de efetivos compete à administração militar. Contudo, o princípio constitucional da eficiência permite o controle judicial sobre as repercussões concretas de medidas administrativas dessa natureza.

2.2 Cabimento para tutela dos direitos relativos à categoria especial dos militares

O disposto no inciso II do art. 81 do CDC, por sua vez, leva-nos a concluir que todos os direitos que toquem especificamente à categoria especial dos militares estaduais são considerados coletivos e também podem ser tutelados por ação civil pública. Na tutela dos interesses coletivos dos militares estaduais, importa notar que a Lei nº 7.347/85 não confere legitimidade às associações de classe para a defesa dos interesses coletivos de seus associados. O art. 5º, inciso V, da referida lei deixa claro que apenas as associações que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico podem utilizar do instrumental fornecido pela ação civil pública. Para as associações a lei previu uma legitimidade ativa limitada.

A competência da Justiça Militar estadual para conhecer



e julgar ações civis públicas em defesa dos direitos coletivos dos militares estaduais, da mesma forma como acontece nas hipóteses de defesa dos direitos difusos, vincula-se às questões relativas ao exercício do poder disciplinar. Mesmo considerando de maneira ampla a noção de ato disciplinar, resta claro que estão excluídas do âmbito de competência da Justiça Militar estadual as ações relativas aos direitos previdenciários, aos valores de vencimentos, aos critérios administrativos e casos concretos de promoção, bem como relativos à transferência de militares para a inatividade.

A compreensão sobre quais direitos coletivos dos militares estaduais se relacionam com a disciplina constitui desafio relevante a ser enfrentado pelos operadores do direito à justiça castrense. Em três oportunidades nas quais foi chamado a se pronunciar, em ações individuais, o Egrégio Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais decidiu ser competente para conhecer e julgar pedido de redução de jornada de trabalho para militar que é responsável por filho portador de necessidades especiais. A ementa do acórdão proferido na Apelação Civil nº 77 registra que:

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

A referida decisão considerou que:

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

A questão da redução da jornada de trabalho, em decorrência de ser o militar responsável por filho que necessite de cuidados especiais, foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça Militar como relativa ao exercício do poder disciplinar também na Apelação Cível nº 97. As decisões já proferidas provocam a reflexão sobre a amplitude da noção jurídica de ato disciplinar e estimulam a defesa dos interesses coletivos por meio de ação civil pública. Certamente, a referida questão da redução da jornada de trabalho pode ser levada novamente a julgamento por meio de ação civil pública. Nessa hipótese, a decisão proferida na ação coletiva alcançaria todos os militares que se encontrassem na referida situação.

2.3. Improbidade administrativa

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

A Lei nº 8.429/92 regulamentou o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, estabelecendo mecanismo de responsabilização por atos que ofendam os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nos incisos de seu artigo 12, a Lei estabeleceu que são aplicáveis em decorrência de condenação por prática de ato de improbidade administrativa as

seguintes penas: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

A possibilidade jurídica de que um militar estadual da ativa venha a praticar um ato de improbidade administrativa é evidenciada pelo próprio texto da Lei nº 8.429/92, já que no § 3º de seu art. 14 determina que a apuração preliminar do ato ímprobo praticado pelo servidor militar seja realizada de acordo com os respectivos regulamentos. Os artigos 14 a 18 da referida Lei esclarecem que a ação civil de improbidade administrativa deve ser proposta pelo Ministério Público, mas a propositura da ação depende da existência de um lastro probatório mínimo sobre a ocorrência do ato ilícito. A gravidade das consequências do reconhecimento da improbidade administrativa impõe que se tome certa cautela antes da propositura da ação, como também acontece com a ação penal pública.

Por força do disposto no art. 129, inciso III, da Constituição Federal e art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85, para instruir a petição inicial da ação civil pública, o Ministério Público pode instaurar o inquérito civil público. No âmbito do inquérito civil público, o Ministério Público faz uma apuração preliminar sobre a ocorrência do ato de improbidade e reúne as provas necessárias à propositura da ação. No entanto, a legitimidade para a ação civil pública por ato de improbidade não é restrita ao Ministério Público. O art. 17 da Lei nº 8.429/92 também confere à pessoa jurídica lesada pela improbidade, que é diretamente interessada no desfecho da ação, legitimidade para a sua propositura. O art. 14, § 3º, da referida Lei deixa claro que, para que a pessoa jurídica interessada possa propor a ação civil de improbidade administrativa deve proceder a uma investigação preliminar. E tal dispositivo ainda determina como se deve proceder à investigação preliminar: “[...] em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares”.

No caso de ato de improbidade praticada por servidor militar, a lei determinou que a apuração preliminar seja feita de acordo com o respectivo regulamento. A expressa previsão para se utilizar o regulamento disciplinar presta-se unicamente a indicar que a autoridade administrativa militar tem o dever de proceder à apuração do ilícito. Mas, se a investigação for conduzida por meio de inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público não há qualquer nulidade. É a própria Constituição da República que atribui ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), e, para tanto, confere a ele o poder e o dever de instaurar o inquérito civil público. Dessa forma, a previsão da Lei nº 8.429/92 não poderia restringir as atribuições constitucionais do Ministério Público, mas apenas complementá-la.

Concluída a investigação preliminar, o poder público, seja por meio do Ministério Público ou da pessoa jurídica interessada, tem o dever de propor a ação de improbidade administrativa. Não é possível admitir que, uma vez constatada a ocorrência da improbidade, possa o poder público abrir mão de promover a responsabilidade do servidor ímprobo e reparar os danos materiais e extrapatrimoniais causados pelo ato de improbidade. No âmbito do ilícito civil público vigora o mesmo princípio da obrigatoriedade que se observa orientar a ação penal pública.

Cabe lembrar ainda que é atribuição constitucional do Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial, bem como a defesa dos direitos fundamentais do cidadão. Certamente, se os serviços inerentes à segurança pública estão sendo prestados de maneira ineficiente, o Ministério Público tem legitimidade para propor as medidas judiciais necessárias à sua regularização. Por isso, quando o Ministério Público propõe uma ação civil de improbidade administrativa contra militar estadual ímprobo ataca essencialmente a omissão ou a ação disciplinar ineficiente da administração militar,

que não é capaz de impedir a continuidade do ilícito e responsabilizar o seu autor. Tal atuação ministerial materializa efetiva defesa ao direito fundamental do cidadão de receber do poder público os serviços inerentes à segurança pública.

2.3.1. Competência originária dos Tribunais de Justiça Militar

A competência da Justiça Militar estadual para conhecer e julgar as ações de improbidade administrativa, propostas contra militar estadual, não é estabelecida pela referência que o § 4º do art. 125 da CF/88 faz aos *atos disciplinares*. Certamente, a improbidade administrativa de militar caracteriza um ato indisciplinado e não um ato disciplinar. A competência da justiça castrense decorre da previsão constante do mesmo dispositivo constitucional quanto à decisão sobre a perda da graduação das praças e do posto e da patente dos oficiais e, ainda, dependerá da existência de Tribunal de Justiça Militar no Estado. Nessa circunstância, o referido dispositivo estabeleceu a competência exclusiva do Tribunal de Justiça Militar para o julgamento de toda e qualquer ação judicial (cível ou criminal) cujo objeto imediato do pedido seja a perda da função pública de militar estadual.

No Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais já tramita a primeira ação civil de improbidade administrativa proposta em face de policial militar estadual. A ação iniciou na Justiça Comum e, em decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 1.0702.05.218259-0/001, o Tribunal de Justiça declinou da competência e determinou a remessa da ação principal ao Tribunal de Justiça Militar. Na ementa da decisão ficou registrado que “[...] a competência para processar e julgar Ação Civil, por Ato de Improbidade, que visa a perda da função pública de militar é da Justiça Especializada Militar, em face das alterações trazidas no Texto Constitucional”.

Conforme o § 3º do art. 125 da Constituição Federal, nos Estados em que o efetivo policial for superior a 20 mil integrantes, é possível a criação de um Tribunal de Justiça Militar como órgão jurisdicional de segundo grau da Justiça Militar estadual. Havendo no Estado Tribunal de Justiça Militar, caberá exclusivamente a ele o processo e julgamento de todas as ações judiciais que visem à perda do posto e da patente dos oficiais, bem como da graduação das praças. Segundo o dispositivo constitucional, quando não houver no Estado um Tribunal de Justiça Militar, a competência será do Tribunal de Justiça, que é órgão de segundo grau de jurisdição da Justiça Comum.

Importa notar que a perda da função pública é uma consequência imediata da condenação por ato de improbidade administrativa, conforme o disposto nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429/92. É certo que a perda da função pública não se confunde com a perda do posto e da patente dos oficiais, bem como da graduação das praças. Nesse sentido, Amaral (2006, p. 18-19), esclarece que:

[...] é necessário entendermos os significados de alguns conceitos importantes relacionados ao tema:

a) Posto:

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. (§ 1º, do art. 16, da Lei Federal nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 – Estatuto dos Militares)

É o lugar que o oficial ocupa na hierarquia dos círculos militares (SILVA, 2000).

b) Patente:

Carta oficial de concessão de um título, posto ou privilégio: Patente militar. (MICHAELIS, 1998)

Ato de atribuição do título e do posto a oficial militar (SILVA, 2000).

c) Graduação:

Graduação é o grau hierárquico da praça, conferido pela autoridade militar competente. (§ 3º do art. 16 da Lei Federal nº 6.880/80)

Graduação é o grau hierárquico da praça, conferido pelo Comandante Geral da Polícia Militar. (§ 3º do art. 3º da Lei Complementar estadual nº 893/01 – Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo)

d) Cargo público:

É o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas, para ser provido e exercido por um titular, na forma da lei. (MEIRELLES, 1998)

Unidade específica de atribuições, localizada no interior dos órgãos. (CUNHA JUNIOR, 2003).

e) Função Pública:

É a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais (MEIRELLES, 1998) Conjunto de atribuições conferido aos órgãos, aos cargos, aos empregos ou diretamente aos agentes públicos. (CUNHA JUNIOR, 2003).

No entanto, a perda da função pública do militar da ativa por ato de improbidade apresenta peculiaridades, já que implica necessariamente a exclusão das fileiras da Instituição Militar estadual e a perda do posto ou da graduação. A exclusão do militar, decorrente do reconhecimento da prática de improbidade administrativa, impede-o de continuar vinculado aos níveis da hierarquia militar. Não é razoável conceber que o autor da improbidade seja excluído da IME e continue a ostentar o posto ou a graduação que anteriormente o vinculava aos níveis hierárquicos. Portanto, o pedido de perda da função do militar da ativa acarretará sempre a perda do posto e da patente ou da graduação.

É necessário perceber que a previsão constitucional de competência do Tribunal de Justiça Militar para decretar a perda do posto do oficial ou da graduação da praça constitui garantia fundamental deferida aos militares estaduais. Desta forma, constitui manifesta violação à garantia permitir que outro órgão jurisdicional decida sobre a mesma matéria. Para fins de determinação de competência para as ações de improbidade administrativa, é absolutamente irrelevante considerar a distinção existente entre função pública, posto e graduação. Permitir que a Justiça comum decreta a perda da função pública de militar estadual, com base na referida distinção, significa disfarçar a violação da garantia constitucional. Decretar a perda da função pública do militar da ativa é produzir os mesmos efeitos que decretar a perda de seu posto ou de sua graduação.

Se a pena de perda da função pública é a consequência direta da condenação por ato de improbidade e os militares estaduais possuem a garantia constitucional de julgamento pelo Tribunal de Justiça Militar, é necessário concluir que a competência para conhecer e julgar as ações de improbidade é originária do Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que for instituído. Não seria possível conceber que, para as ações de improbidade administrativa, a Justiça comum fosse competente para decidir sobre a condenação e, em seguida, remetesse os autos ao Tribunal de Justiça Militar para a aplicação da pena. Tal solução implicaria o fracionamento do julgamento, o que fere a lógica racional do sistema normativo processual. Se o Tribunal de Justiça Militar é o único competente para aplicar a pena, também o é para processar e julgar a ação que tem como consequência a aplicação da pena de perda da função pública e a desvinculação do condenado dos níveis hierárquicos da instituição militar. O Tribunal de Justiça Militar possui competência exclusiva para julgar a ação civil pública de improbidade administrativa contra militar estadual porque, por previsão constitucional expressa, é o único competente para decretar a perda do posto e da graduação, que são atributos essencialmente vinculados às funções públicas exercidas pelos militares estaduais.

Note-se que não é adequado estabelecer comparação entre a ação civil de improbidade administrativa e a ação penal relativa ao crime de tortura. No caso da tortura, a perda da função pública é um efeito da condenação e não uma pena. A Justiça comum julga a acusação de prática de tortura e aplica a pena correspondente



(privativa de liberdade). O efeito da condenação (perda da função pública), no entanto, somente ocorrerá após decisão do Tribunal de Justiça Militar. No caso da condenação por crime de tortura, o julgamento para a perda do posto e da patente previsto no art. 142, § 3º, inciso VII, da Constituição Federal, aplicável aos militares estaduais por expressa disposição dos artigos 42 e 125, também da carta Magna, pressupõe anterior condenação na Justiça comum. Não há, neste caso, fracionamento da decisão judicial. A Justiça comum é competente para aplicar a pena privativa de liberdade e a Justiça Militar é competente para aplicar o efeito da condenação. Na ação de improbidade administrativa, a perda da função pública é a consequência direta da condenação.

Importa considerar que a operação do sistema normativo não se fundamenta na teoria aristotélica da verdade, que busca encontrar correspondência entre determinada assertiva e a realidade material. A correção da operação do sistema normativo é obtida por meio de construção discursiva racional. O discurso jurídico é essencialmente prático porque está orientado por enunciados normativos e, para satisfazer a pretensão de correção, deve ser fundamentado racionalmente. A decisão judicial, no Estado democrático de direito, só pode ser considerada legítima se encontrar amparo na racionalidade de sua argumentação discursiva.

Nas ciências naturais, a racionalidade se expressa pela verdade de suas proposições. Mas, nas ciências valorativas, como é o caso do Direito, a racionalidade apenas pode conduzir à idéia de

correção de suas assertivas. E a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica, do prestigiado jurista Alexy (2005, p. 212), já nos alertou para o fato de que a correção das decisões judiciais está intimamente ligada à racionalidade que confere universalidade às conclusões obtidas consensualmente. Portanto, nos casos de exclusão do militar em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa, a lógica racional indica a correção de reconhecer competência originária do Tribunal de Justiça Militar para conhecer e julgar as ações de improbidade administrativa propostas contra militares estaduais. A Justiça comum, por meio do Tribunal de Justiça, somente seria competente quando não houvesse o Estado da Federação instituído o Tribunal de Justiça Militar.

3. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

AMARAL, Fábio Sérgio do. A perda do posto e da patente do oficial PM inativo e a cessação do pagamento de proventos de inatividade. *Revista de Estudos e Informações*, n. 18, 2006.

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

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

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