



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

O POLICIAL MILITAR E A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE MILITARY POLICEMAN AND THE LOSS OF PUBLIC SERVICE DUE TO ACTS OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

EL POLICÍA MILITAR Y LA PÉRDIDA DEL SERVICIO PÚBLICO POR ACTOS DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA

Élio Boing¹

e453186

<https://doi.org/10.47820/recima21.v4i5.3186>

PUBLICADO: 05/2023

RESUMO

O presente artigo analisa a possibilidade da aplicação da sanção civil de perda da função pública por atos de improbidade administrativa aos militares dos estados. O debate surge a partir de prerrogativas concedidas pela Constituição Federal de proteção do posto, patente e graduação que podem ser perdidos somente através de decisão de tribunal. Desta forma, estuda-se a extensão destas garantias constitucionais e a influência no processo de improbidade administrativa em relação aos militares dos estados.

PALAVRAS-CHAVE: Policial Militar. Improbidade Administrativa. Função Pública.

ABSTRACT

This article analyzes the possibility of applying the civil sanction of loss of public function for acts of administrative impropriety to the military of the states. The debate arises from the prerogatives granted by the Federal Constitution for the protection of rank, rank and graduation that can only be lost through a court decision. In this way, the extension of these constitutional guarantees and the influence in the process of administrative impropriety in relation to the military of the states are studied.

KEYWORDS: Military police. Administrative dishonesty. Public function.

RESUMEN

Este artículo analiza la posibilidad de aplicar la sanción civil de pérdida de la función pública por actos de impropiedad administrativa a los militares de los estados. El debate surge de las prerrogativas otorgadas por la Constitución Federal para la protección del grado, grado y graduación que sólo pueden perderse por decisión judicial. De esta manera, se estudia la extensión de estas garantías constitucionales y la influencia en el proceso de impropiedad administrativa en relación con las fuerzas armadas de los estados.

PALABRAS CLAVE: Policía militar. Dishonestidad administrativa. Función pública.

INTRODUÇÃO

O agente público tem que atuar com honestidade no emprego dos recursos públicos para a efetivação do bem-estar social que é a finalidade da existência do Estado.

Neste contexto, surgem mecanismo legais para reprimir os atos lesivos aos cofres públicos nas três esferas de responsabilidade: penal, civil e administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa foi sancionada em 1992 e se insere dentro da responsabilidade civil. Trata-se de um instrumento legislativo eficaz no combate à malversação dos recursos públicos, em que pese as diversas tentativas de reduzir o seu alcance.

¹ Mestre em Direito Processual e Cidadania UNIPAR – Umuarama-PR, bacharel em Direito pela UENP – Jacarezinho-PR e bacharel em Segurança Pública pela APMG – São José dos Pinhais.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O POLICIAL MILITAR E A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Élio Boing

Os policiais militares, enquanto agentes públicos, são alcançados pela Lei de Improbidade Administrativa, tanto no desempenho de atividades administrativas, quanto na atuação finalística, ou seja, de policiamento ostensivo preventivo ou repressivo.

O posto e a patente dos oficiais encontram histórica proteção constitucional, sempre condicionando a perda à decisão de tribunal militar. A Constituição Federal de 1998 inovou e estendeu a proteção à graduação das praças, com aplicação restrita aos militares estaduais.

Ocorre que dentre as sanções cíveis para os atos de improbidade administrativa existe a previsão da perda da função pública. Assim, surge o problema a ser investigado no presente artigo: estas prerrogativas constitucionais permitem a aplicação da sanção cível de perda da função pública prevista na Lei de Improbidade Administrativa?

O objetivo geral é investigar o alcance das prerrogativas deferidas aos militares estaduais e sua influência na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Especificamente tem como objetivos elencar os atos que configuram o ilícito civil de improbidade administrativa, definir as peculiaridades sobre a função pública dos militares dos estados e investigar se é possível aplicar a sanção de perda da função pública por atos de improbidade administrativa praticados por militares dos estados.

1 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Erroneamente tem-se adotado o conceito de improbidade administrativa como sinônimo de corrupção. Os atos de corrupção também configuram o ilícito civil de improbidade administrativa, mas a sua abrangência vai além, englobando atos que tecnicamente não se integram ao conceito de corrupção (GARCIA, 2015).

Atribuir ao agente público improprio a qualificação de corrupto nem sempre corresponde com a realidade. Esta prática é nociva e pode resultar no afastamento da vida pública das pessoas comprometidas e integras, pelo risco de verem a sua reputação ser maculada e serem taxados de corruptos, às vezes por equívocos menores que levam a contrariar as regras de probidade administrativa (SOARES; PEREIRA, 2015).

A Lei de Improbidade Administrativa reúne três grupos de atos de improbidade administrativa: enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentatório aos princípios da Administração Pública.

Um mesmo fato pode ser enquadrado simultaneamente em mais que um grupo de atos. Tome-se, como exemplo, um ato que importe em enriquecimento ilícito certamente também viola os princípios da Administração Pública. Não significa dizer que se terá a aplicação das sanções de ambas as previsões legais, situação que violaria o princípio do *non bis in idem* que veda aplicar mais que uma sanção pelo mesmo fato dentro da mesma esfera de responsabilidade (FAZZIO JÚNIOR, 2016).

Há previsão apenas de modalidade de improbidade administrativa dolosa, ou seja, reclamam vontade livre e consciente para alcançar o resultado, não se punindo a conduta em que o agente tenha agido com negligência, imperícia ou imprudência.

O conjunto de atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito está previsto no art. 9º da LIA, nos seguintes termos:



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O POLICIAL MILITAR E A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Élio Boing

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

Os incisos do referido artigo trazem um rol de doze situações que configuram atos de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. A previsão tem o condão de vedar que o agente público utilize de sua função pública para obter vantagem indevida e, conseqüentemente, aumento ilícito de seu patrimônio. Não se exige que o enriquecimento ilícito importe em prejuízo ou decréscimo patrimonial ao erário público.

Para estes atos de improbidade administrativa a LIA prevê no inciso I do art. 12 as seguintes sanções: a) Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) perda da função pública; c) suspensão dos direitos políticos; d) multa civil e; e) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

O art. 10 traz, por sua vez, as condutas que causam prejuízos ao erário, nos seguintes termos:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (BRASIL, 2021).

Os incisos trazem vinte e uma formulações casuísticas e exemplificativas de atos que resultem em prejuízos aos cofres públicos. A perda patrimonial consiste no desfalque ou privação de bens, rendas ou valores. O desvio ocorre com a mudança de direção ou alteração da destinação. A apropriação trata-se de apoderamento ou inversão de posse. O malbaratamento consiste no gasto malfeito. A dilapidação é sinônimo de consumição (FAZZIO JÚNIOR, 2016).

A finalidade da norma é impedir a diminuição patrimonial do erário, não importando se em proveito do agente público ou de terceiros. Se há acréscimo patrimonial ao agente público configura a infração civil do art. 9º (BEZERRA FILHO, 2014). O dano ao erário não é o único elemento a ser analisado, uma vez que este pode ocorrer da atividade estatal praticada com observância das normas e dos princípios que regem a Administração Pública, situação que não configura improbidade administrativa ou qualquer outro ilícito (GARCIA, 2015).

Para estes atos de improbidade administrativa a LIA prevê no inciso II do art. 12 as seguintes sanções: a) Para estes atos de improbidade administrativa a LIA prevê no inciso I do art. 12 as seguintes sanções: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) perda da função pública; c) suspensão dos direitos políticos; d) multa civil e e) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Na sequência a LIA trata do conjunto de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, conforme se observa no art. 11, nos seguintes termos:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (BRASIL, 2023).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O POLICIAL MILITAR E A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Elio Boing

Nos incisos do referido artigo o legislador estabelece oito formulações casuísticas e exemplificativas de atos que atentem contra os princípios da Administração Pública.

Não é necessário que o agente público tenha acréscimo patrimonial ou que o erário experimente um prejuízo, situações previstas nos artigos anteriores. Basta a violação dos deveres de honestidade, imparcialidade ou legalidade.

Para estes atos de improbidade administrativa a LIA prevê no inciso III do art. 12 as seguintes sanções: a) multa civil; e b) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A sanção civil de perda da função pública está prevista para os atos que importam enriquecimento ilícito e para os atos que causam prejuízo ao erário. Em relação aos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública a sanção de perda da função pública foi retirada pela Lei nº 14.230 no ano de 2021.

A mesma legislação acrescentou o § 1º no art. 12 disciplinando que a sanção atinge somente a função pública *de* mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração. Em casos excepcionais e devidamente motivado o magistrado poderá estendê-la aos demais vínculos, mas somente na hipótese atos que importam enriquecimento ilícito.

O debate sobre o alcance da sanção de perda da função pública ganha relevância na medida em que não há menção ao cargo público. Assim, surge o questionamento se alcança também o cargo e não somente a função ocupada. Tome-se como exemplo um professor que ocupe a função de direção de uma escola e cometa atos de improbidade administrativa. Se a sanção não alcançar o cargo perderia apenas a função de direção, mantendo-se no cargo de professor (BOING, 2017).

Função pública consiste na 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 (CARVALHO FILHO, 2014, p. 615). Cargo público, por seu turno, é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei (MEIRELLES, 2016, p. 524).

A finalidade da LIA consiste em afastar da atividade pública as pessoas ímprobas que não possuem honestidade e integridade moral. Assim, a sanção de perda da função é ampla e abarca o cargo público, não permitindo que pessoas condenadas por atos ímprobos continuem a exercerem atividades públicas (GARCIA, 2015). Essa sanção busca a ruptura ou cessação compulsória do vínculo jurídico do agente público com o órgão ou entidade pública (PAZZAGLINI FILHO, 2015, p. 158).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O POLICIAL MILITAR E A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Élio Boing

2 MILITAR DO ESTADO

2.1 Posto, patente e graduação

Conforme dispõe o art. 42 da Constituição Federal, os militares dos estados são os integrantes das polícias militares e corpos de bombeiros militares. São espécie de agentes públicos, não se tratando de servidores públicos, os quais também são espécies de agentes públicos.

A hierarquia militar é a ordenação dos militares em níveis diferentes por meio de postos ou graduações. O posto é conferido ao oficial, enquanto a graduação é o nível hierárquico da praça.

A investidura no oficialato é conferida por meio de ato do chefe do poder executivo através da carta patente, que é o título de investidura no oficialato, sendo representada por um documento. Consiste na carta oficial de concessão de um título, posto ou privilégio, ou seja, é um ato de atribuição do título e do posto a oficial militar (MENDES, 2007, p. 29). São postos nas polícias militares e corpos de bombeiros militares em ordem crescente: segundo tenente, primeiro tenente, capitão, major, tenente-coronel e coronel.

A carreira das praças militares estaduais segue as mesmas graduações conferidas às praças do Exército. Em ordem decrescente são graduações: subtenente, primeiro sargento, segundo sargento, terceiro sargento, cabo e soldado.

2.2 Proteção constitucional ao posto, patente e graduação

A proteção ao posto e à patente dos oficiais sempre esteve presente em nossas constituições. A atual condiciona a perda à decisão de tribunal militar, conforme se observa no art. 142:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[...]

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...]

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior (BRASIL, 2023, grifo nosso).

Esta garantia se estende aos militares dos estados por expressa disposição contida o art. 42, § 1º:

Art. 42. 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.

§ 1º Aplicam-se aos militares dos estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores (BRASIL, 2023, grifo nosso).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O POLICIAL MILITAR E A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Elio Boing

Assim, os oficiais que integram as policiais militares e corpos de bombeiros militares somente podem ser destituídos de seus postos e patentes mediante decisão de tribunal militar, ou seja, os tribunais de justiça militar em Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul e os tribunais de justiça dos demais estados.

De outro lado, a graduação das praças não possuía proteção constitucional até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu no art. 125, § 4º que cabe ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças (BRASIL, 2023). Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal este dispositivo constitucional independe de norma reguladora, tendo aplicação imediata e eficácia plena (BRASIL, 1990).

Esta prerrogativa aplica-se somente aos militares dos estados, não se estendendo às praças integrantes das Forças Armadas, pois está inserida no artigo que estabelece a competência da Justiça Militar Estadual. Por esta razão a prerrogativa tem sido alvo de críticas por desrespeitar a isonomia (ASSIS, 2013a).

De outro lado, há posicionamentos doutrinários que elogiam a iniciativa, considerando que a atividade desenvolvida pelos militares estaduais reclama uma proteção à graduação, uma vez que as decisões decorrentes do serviço de atendimento de ocorrências são tomadas no calor dos fatos. O deslocamento da decisão de perda da graduação para um tribunal confere uma maior imparcialidade (FANTECELLE, 2005).

A extensão destas prerrogativas constitucionais de proteção ao posto, patente e graduação é alvo de debate doutrinário. A jurisprudência atual segue no sentido de limitar a proteção à graduação contida no art. 125, § 4º da Constituição Federal e conceder uma amplitude maior à prerrogativa que protege o posto e a patente dos oficiais.

Havia inicialmente uma tendência de o STF reconhecer que a proteção constitucional do art. 125, § 4º tratava-se de uma espécie de vitaliciedade. Em 1990, dois anos após a promulgação da Constituição, o pleno do Tribunal julgou o Recurso Extraordinário nº 121.533-MG assentando que a pena de exclusão das Forças Armadas prevista no art. 102 do Código Penal Militar não se aplicava às praças das polícias militares e corpos de bombeiros militares. Apesar do objeto do julgamento ser somente a aplicação da referida pena aos militares dos estados, os votos dos ministros indicavam que a tendência seria o reconhecimento da vitaliciedade. No voto do ministro Paulo Brossard ficou consignado que abolida a vitaliciedade de cátedra, foram criadas outras vitaliciedades, talvez mais conspícuas e necessárias, posição corroborado pelo Ministro Moreira Alves que sentenciou: temos de aplicar o princípio da vitaliciedade (BRASIL, 1990).

Mas não foi esse o caminho trilhado pela jurisprudência. Em sucessivos julgamentos foram impostas limitações ao alcance da garantia estabelecida pelo art. 125, § 4º. Ocorre que o referido parágrafo estabelece a competência da Justiça Militar Estadual e em sua parte final condiciona a perda da graduação, posto e patente à decisão de tribunal competente. Por esta razão o entendimento atual é de que tem aplicação somente nos casos de condenação por crime militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, condicionando a aplicação da pena acessória de exclusão (art. 102 do CPM) à manifestação do tribunal competente.

RECIMA21 - Ciências Exatas e da Terra, Sociais, da Saúde, Humanas e Engenharia/Tecnologia



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O POLICIAL MILITAR E A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Elio Boing

Esta interpretação restritiva encontra-se consolidada no âmbito da mais alta Corte do Brasil, sendo objeto de edição da Súmula 673: O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo. Ou seja, a Administração Militar pode determinar a perda da graduação das praças mediante processo administrativo, cuja competência para decisão final é da autoridade administrativa militar.

Conforme afirma Fantecelle (2005), a jurisprudência seguiu a corrente da unicidade, condicionando a interpretação da segunda parte do § 4º, do art. 125, à sua primeira parte, ou seja, em razão da parte inicial tratar da competência da Justiça Militar Estadual, a parte final se refere apenas às situações decorrentes de crimes militares.

No ano de 2015 o tribunal pleno do STF volta a analisar o tema e estabelece restrições ainda maiores à garantia, reafirmando a jurisprudência anterior de aplicação somente no caso da pena acessória, porém, foi além e decidiu que não se exige processo específico perante o tribunal para declarar a perda da graduação das praças, ou seja, o juízo de primeiro grau pode aplicar a pena acessória de exclusão que deve ser referendada pelo tribunal competente (BRASIL, 2015).

Com esta interpretação a prerrogativa foi mitigada a ponto de não ter qualquer proveito aos militares estaduais, uma vez que nem mesmo impede a aplicação da pena acessória de exclusão das polícias militares e corpos de bombeiros militares, exigindo somente que o tribunal se manifeste acerca de sua necessidade nas condenações por crimes militares a pena privativa de liberdade superior a dois anos.

O art. 125, § 4º, também abrange o posto e a patente dos oficiais seguindo a mesma interpretação definida pela jurisprudência consolidada do STF. Porém a mesma conclusão definida para as graduações não pode ser aplicada, uma vez que os postos e patentes também são protegidos pelo art. 142, § 3º, que se aplica aos militares dos estados por força do disposto no art. 42.

A prerrogativa de proteção ao posto e à patente está localizada no capítulo da organização das Forças Armadas e não em artigo que trata da competência da Justiça Militar, como no caso da proteção à graduação das praças. Assim, as mesmas conclusões que limitaram a prerrogativa deferida às praças estaduais não pode ser aplicada à garantia dos oficiais.

É pacífico na jurisprudência e na doutrina que os oficiais, sejam os da Forças Armadas, sejam os militares dos estados, somente podem perder o posto e a patente por decisão de tribunal, mesmo por questões meramente administrativas. O STF ao julgar o Recurso Extraordinário nº 447.859 – MS referente a perda da graduação da praça, registrou no voto do condutor que, quanto aos oficiais, a regência se dá pelo art. 142, § 3º, VI e VII da Constituição Federal, sendo que o posto e a patente exigem procedimento específico para serem afastados (BRASIL, 2015).

Em artigo publicado na Revista do Ministério Público Militar defendi que a garantia constitucional se trata de vitaliciedade prevista de forma implícita na Constituição Federal, sendo qualificada pela prerrogativa de foro, uma vez que o oficial somente pode perder o seu posto e a sua patente mediante processo judicial específico perante tribunal (BOING, 2022).

Conforme afirma Capez e Roth (2011) a Constituição Federal disciplina tanto a forma de aquisição quanto a forma de perda do posto e da patente, dos quais o oficial somente pode ser



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O POLICIAL MILITAR E A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Élio Boing

destituído mediante processo específico de competência de tribunal militar que considere o oficial indigno ou incompatível para com o oficialato.

3 PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A sanção de perda da função pública por improbidade administrativa está prevista para os atos que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA) e para os atos que causem prejuízo ao erário (art. 10 da LIA).

A persecução judicial ocorre por intermédio de uma ação civil pública em que o magistrado, comprovado a ocorrência de improbidade administrativa, pode determinar a perda da função pública com a consequente demissão do servidor.

No caso de militares estaduais, atento as garantias constitucionais que protegem o posto e a graduação, poderia o magistrado de primeiro grau impor esta sanção ou lhe seria defeso em virtude de o texto constitucional impor a necessidade de decisão de tribunal?

Em relação às praças, devido à interpretação restritiva do STF, nenhuma controvérsia existe, uma vez que a prerrogativa somente limita o caso de aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas prevista no art. 102 do Código Penal Militar. Desta forma, nenhuma limitação é imposta ao Poder Judiciário para determinar a perda da função pública e da graduação mediante processo diverso, como é o caso da ação civil pública que apura improbidade administrativa.

A mesma conclusão não pode ser aplicada ao posto e à patente dos oficiais, uma vez que a prerrogativa tem contornos mais amplos e a perda reclama processo específico mediante tribunal militar. No entanto, antes de se adotar um posicionamento pela aplicabilidade ou não da sanção de perda da função pública aos oficiais, se faz necessário o debate de algumas condicionantes que podem interferir na conclusão.

3.1 Função pública do militar

O cargo militar encontra seu conceito no Estatuto dos Militares como o conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades cometidos a um militar em serviço ativo. A função militar é definida como o exercício das obrigações inerentes ao cargo militar.

Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei (MEIRELLES, 2016, p. 524). Função pública constitui-se na 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, sendo comumente remunerada por meio de pro labore (MEIRELLES, 2016, p. 524).

Há um distanciamento do conceito de cargo e função pública para cargo militar e função militar. Não são sinônimos. Cargo militar mais se assemelha ao conceito de função pública. Não há como compará-los.

A existência do conceito de cargo militar e função militar poderia levar ao equívoco de entender que são sinônimos de cargo e função pública, sendo estes, portanto, diversos do posto e graduação,

RECIMA21 - Ciências Exatas e da Terra, Sociais, da Saúde, Humanas e Engenharia/Tecnologia



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O POLICIAL MILITAR E A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Elio Boing

dos quais poderiam ser separados e, no caso de improbidade administrativa, o juiz aplicar a sanção de perda da função pública, mantendo-se o posto e a patente que tem proteção constitucional.

Não é correta esta conclusão. Os cargos públicos dos militares estaduais se confundem com seus postos e graduações, possuindo o mesmo sentido. Note-se que a própria Constituição Federal de forma técnica estabeleceu em seu art. 12, § 3º, que *são privativos de brasileiro nato os cargos: [...] VI - de oficial das Forças Armadas* (BRASIL, 2017a).

Os defensores da separação de postos e patentes do cargo militar, asseveram que o oficial poderia ser demitido em conformidade com previsão no Estatuto dos Militares, ingressando na reserva não remunerada, mantendo o seu posto e a sua patente. Assim, não seria necessária a manifestação de tribunal militar, conforme define a Constituição Federal, para excluir do serviço ativo o oficial, uma vez que manteria o seu posto e a sua patente (NEIVA, 2012).

Desta forma, a sanção ou pena de perda da função pública poderia ser aplicada em processos administrativo ou judicial, sem manifestação do tribunal militar. Poderia, portanto, no processo penal militar ser aplicada a pena acessória de exclusão descrita no art. 102 do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969) às praças militares estaduais, o que contraria a jurisprudência firmada pelo STF.

Este entendimento não pode prosperar. Não há previsão de sanção de transferência para a reserva não remunerada. A sanção é de perda da função pública e não admite interpretação extensiva ou analógica, por se tratar de direito sancionador.

Conforme assevera Barbosa (1893, p. 159) assegurar, portanto, as patentes e os postos “em toda a sua plenitude” é assegurá-los em seus dois elementos: contra a privação da efetividade, tanto como contra a privação do título. A plenitude dos empregos e postos são garantidos pela Constituição, isto é, o exercício, a percepção dos vencimentos, as promoções e quaisquer outras regalias e vantagens estabelecidas em lei (MAXIMILIANO, 2005, p. 769).

A Constituição Federal de 1988 assegurou a plenitude da patente no art. 142, I: “as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares”.

Assim, não é possível separar o posto e a patente dos oficiais de seu cargo e função. Estão fundidos em um só conceito e a cisão implicaria em ofensa ao texto constitucional.

3.2 Natureza jurídica da decisão judicial de perda do posto e da patente

Outro fator que pode interferir nas conclusões acerca da aplicabilidade da sanção de perda da função pública por atos de improbidade administrativa aos oficiais, consiste na natureza jurídica da decisão do tribunal militar que determina a perda do posto e da patente. O assunto ganha relevância na medida em que há posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que atribuem à atuação do tribunal uma atividade meramente administrativa, abrindo a possibilidade de a perda do posto e patente ser decretado por juízo de instância inferior em processo judicial.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O POLICIAL MILITAR E A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Élio Boing

O problema surge na medida em que são adotados processos diversos para o julgamento de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato: representação pela indignidade no caso de condenação a pena superior a dois anos e conselho de justificação nos demais casos.

Não há qualquer divergência sobre a natureza jurídica judicial da representação pela indignidade ou incompatibilidade com o oficialato, conforme se observa nas seguintes decisões: STF – RE nº 92.411-6 – RS, rel. Min. Cunha Peixoto, j. 04/05/1980 – DJ 06/06/1980 e STF – RE nº 104.387-3 – RS, rel. Min. Néri da Silveira, j. 28/04/1988 – DJ 09/09/1988.

Não se observa a mesma conformidade no caso de conselho de justificação, o qual possui uma fase administrativa perante a instituição militar e outra que se processa no tribunal militar, tratando-se de um processo judicialiforme. Por esta razão, equivocadamente classificam a decisão do tribunal como meramente administrativa.

Excetuando o caso de condenação criminal a pena privativa de liberdade superior a dois anos, os demais casos serão processados mediante conselho de justificação. A jurisprudência tem negado segmento a recursos entendendo que a atividade do tribunal é meramente administrativa e não jurisdicional. Neste sentido temos os seguintes arrestos: STF – RE nº 318.469-5 – DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26/02/2002 – DJ 05/04/2002, STF – RE nº 88.161-1 – DF, rel. Min. Rafael Mayer, j. 06/05/1980 – DJ 30/05/1980 e STJ – REsp nº 806.643 – PR, rel. Min. Jorge Mussi, j. 16/10/2008 – DJ 24/11/2008 (MENDES, 2010).

O conselho de justificação surgiu no tempo em que a Justiça Militar não fazia parte do Poder Judiciário, o qual passa a abarcá-la na Constituição Federal de 1934. Na época em que a Justiça Militar não tinha qualquer vínculo com o Poder Judiciário era válida a afirmação de que a decisão do tribunal militar tivesse caráter administrativo e não jurisdicional (CAPEZ; ROTH, 2011).

Argumenta-se que a atividade é administrativa por inexistir provocação por parte do Ministério Público, sendo julgado o fato apurado na fase administrativa. Não se teriam partes como no processo civil tradicional, sendo que o Ministério Público Militar participa apenas como fiscal da lei (ROTH, 2015).

Não parece ser o entendimento mais adequado. Trata-se de processo judicial com a participação obrigatória do Ministério Público, de rito especial e sumário que não lhe retira a natureza jurisdicional. O tribunal militar não é um mero homologador da decisão administrativa, podendo adotar diversas providências, como, por exemplo: considerar justificado e arquivar o processo; considerar não justificado e determinar a reforma do oficial ou declará-lo indigno ou incompatível com o oficialato; reconhecer prescrição; anular o processo por falhas na sua condução administrativa; dentre outras (ASSIS, 2004, p. 450).

Note-se que o texto constitucional em momento algum indica natureza diversa entre a representação pela indignidade, reconhecida como judicial, e o conselho de justificação. Aliás, é expresso em sentido contrário quando determina que o oficial seja submetido ao julgamento estabelecido para o conselho de justificação, ou seja, nenhuma distinção faz em relação aos dois processos (BOING, 2017).

A conclusão em sentido contrário se apoia nas regras trazidas pelos regimentos internos dos tribunais que determinam o processamento diverso entre conselho de justificação e representação pela

RECIMA21 - Ciências Exatas e da Terra, Sociais, da Saúde, Humanas e Engenharia/Tecnologia



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O POLICIAL MILITAR E A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Élio Boing

indignidade ou incompatibilidade. Não há, repita-se, qualquer indicativo na Constituição Federal que devem ser processados e tenham natureza jurídica diversas.

Acolher a tese de que a atividade do tribunal tenha natureza administrativa, corresponde a admitir um vínculo hierárquico entre as forças militares e o Poder Judiciário. Não há qualquer subordinação administrativa, ainda mais porque as instituições militares integram o Poder Executivo, que é independente do Poder Judiciário. Admitir que o tribunal militar atua administrativamente quando autoriza a perda do posto e da patente dos oficiais é subordinar um poder ao outro, o que é proibido pela Constituição Federal (PEREIRA, 2003).

Assim, tanto na representação pela indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato, quanto no conselho de justificação, a natureza jurídica da decisão do tribunal militar é judicial, apesar do entendimento atualmente adotado pelos tribunais superiores.

4 CONSIDERAÇÕES

Os militares estaduais, como todos os agentes públicos, se sujeitam à Lei de Improbidade Administrativa, podendo serem processados e ao final aplicada a devida sanção cível.

No entanto, a Constituição Federal estabeleceu prerrogativas que protegem o posto, a patente e a graduação dos militares estaduais, trazendo limitações à imposição da sanção civil de perda da função pública pela prática de atos de improbidade administrativa.

Em relação à graduação, a proteção contida no art. 125, § 4º da Constituição Federal não é um limitador para a aplicação da sanção de perda da função pública. Conforme pacificou a jurisprudência, esta prerrogativa aplica-se somente nos casos de condenação por crime de natureza militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, ou seja, nos casos de aplicação da pena acessória prevista no art. 102 do Código Penal Militar.

A mesma conclusão não se aplica a perda do posto e da patente dos oficiais, providência que reclama a manifestação de tribunal militar nos termos do art. 142, § 3º, VI, cc art. 42, § 1º da Constituição Federal, mediante processo específico.

Esta proteção constitucional é abrangente e se aplica a todos os casos, inclusive na seara cível, como é o caso da ação civil pública que apura atos de improbidade administrativa. É defeso ao magistrado de primeiro grau determinar a perda do posto e da patente dos oficiais por expressa disposição constitucional e, conseqüentemente, aplicar a sanção de perda da função pública.

Dessa forma, conclui-se que a sanção de perda da função pública prevista na Lei de Improbidade Administrativa pode ser aplicada para determinar a perda da graduação das praças. No entanto, não se pode aplicar a referida sanção em relação aos oficiais, uma vez que o posto e a patente (função pública) são protegidos pela Constituição Federal e reclamam um processo específico perante o tribunal militar.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O POLICIAL MILITAR E A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Elio Boing

REFERÊNCIAS

- ASSIS, J. C. Considerações sobre o processo especial militar do conselho de justificação e os equívocos dos tribunais superiores quanto à sua natureza. **Revista dos Tribunais**, v. 826, p. 446-465, ago. 2004.
- ASSIS, J. C. **Direito Militar: aspectos processuais, penais e administrativos**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- BARBOSA, R. **A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida, 1893.
- BEZERRA FILHO, A. **Atos de improbidade administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.
- BOING, É. **Ação de improbidade administrativa e os efeitos da sentença: perda da função pública do militar estadual**. 2017. 182 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama, 2017.
- BOING, É. Vitaliciedade ou estabilidade: as prerrogativas constitucionais dos militares estaduais. **Revista do Ministério Público Militar**, Ano 47, Ed. 38, p. 15-55, nov. 2022.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 8 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 121.533-MG. Parte litigante Edgard Alves de Oliveira, Relator Sepúlveda Pertence, 26 abr. 1990. **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil**, Brasília, 30 nov. 1990.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 447.859 – MS. Parte litigante Manoel José Ribeiro e outro, Relator Min. Marco Aurélio, 21 maio 2015. **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 ago 2015.
- CAPEZ, F.; ROTH, R. J. O processo de indignidade ou incompatibilidade com o oficialato e o processo do conselho de justificação: tratamento isonômico e recursal. In: RAMOS, D. T. ROTH, R. J. COSTA, I. G. (Org.) **Direito militar: doutrina e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier Campus Jurídico, 2011.
- CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FANTECELLE, G. M. Aplicabilidade da pena de perda do cargo público na justiça comum ao policial militar: inconstitucionalidade. **Revista de Estudos e Informações**, n. 14, p. 27-30, maio 2005.
- FAZZIO JÚNIOR, W. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GARCIA, E. Improbidade administrativa. In: GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade Administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MAXIMILIANO, C. **Comentários à Constituição Brasileiro de 1891**. Brasília: Senado Federal Conselho Editorial, 2005.
- MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MENDES, M. P. P. A perda da função ou cargo público como efeito acessório da condenação criminal e sua repercussão na justiça militar. **Revista Estudos e Informações**, n. 19, p. 29-33, jul. 2007.
- RECIMA21 - Ciências Exatas e da Terra, Sociais, da Saúde, Humanas e Engenharia/Tecnologia**



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

O POLICIAL MILITAR E A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Élio Boing

MENDES, M. P. P. Da natureza do conselho de justificação. **Revista Estudos e Informações**, n. 27, p. 16-21, mar. 2010.

NEIVA, J. A. L. **Improbidade administrativa**: legislação comentada artigo por artigo, doutrina, legislação e jurisprudência. 3. ed. Niterói: Impetus, 2012.

PAZZAGLINI FILHO, M. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, C. F. O. A perda do posto e da patente dos oficiais e a perda da graduação das praças das polícias militares. **Revista Direito Militar**, n. 43, p. 6-10, set./out. 2003.

ROTH, R. J. A incompatibilidade da lei do conselho de justificação (Lei Federal nº 5.836/72) diante da Constituição Federal. **Revista Direito Militar**, n. 112, p. 33-38, mar./abr. 2015.

SOARES, M. J. P.; PEREIRA, A. A. Distinção entre corrupção, improbidade administrativa e a má gestão da coisa pública. **Revista dos Tribunais**, v. 959, p. 55-69, set. 2015.