

Charles Clemencius Diniz Teixeira

**A MOVIMENTAÇÃO POR CONVENIÊNCIA DA DISCIPLINA E A
APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO
CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.**

Belo Horizonte

2010

Charles Clemencius Diniz Teixeira

**A MOVIMENTAÇÃO POR CONVENIÊNCIA DA DISCIPLINA E A
APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO
CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.**

Monografia apresentada à Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, como requisito para aprovação no Curso de Especialização em Segurança Pública – CESP/2010, sob a orientação da Professora Andréa D’Assunção Ferreira, da Fundação João Pinheiro.

Belo Horizonte

2010

AGRADECIMENTOS

*A **Deus**, primeiramente, por ter me dado saúde, disposição e conforto para a realização deste trabalho.*

*À minha **esposa Cynthia**, em especial, pela colaboração, carinho, amor e paciência, durante a realização desta monografia.*

Aos meus filhos e a toda a minha família, pelo apoio incondicional que sempre me deram na carreira.

*A **Dra. Andréa D'Assunção Ferreira**, pela orientação didática, profissional e inteligente, pessoa no qual detem um vasto conhecimento sobre o tema apresentado.*

*Ao **Meu Pai**, pelo incondicional apoio durante a realização deste trabalho, pela atenção e dedicação dispensada tendo sacrificado até mesmo os horários de descanso para estender a mão nos momentos difíceis que passei. Sem ele, seria quase impossível chegar ao final de mais essa etapa em minha vida.*

*Aos **colegas de curso**, pelo convívio saudável e respeitoso no decorrer do curso.*

*A **todos que**, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desta pesquisa.*

“O homem tolera a fome e a sede, mas nunca será capaz de conformar-se com a injustiça”.

[Ministro, Oscar Dias Correa, ex-secretário de segurança pública de Minas Gerais]

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar quais são e como são as movimentações na Polícia Militar de Minas Gerais, em especial a movimentação por conveniência da disciplina e se cabe ou não a aplicabilidade do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Para tanto, se buscou criar uma base teórica através de estudos acerca dos atos e poderes administrativos, processo e procedimento, apresentando-se quais princípios administrativos devem estar contidos tanto nos atos quanto no processo administrativo militar. De igual maneira, buscou-se analisar quais os princípios constitucionais e informadores devem ser respeitados nesse ramo do processo. Nestes termos, em conformidade com a base teórica utilizada, percebe-se que a Administração Militar deve, em todos os atos que praticar, respeitar o princípio da legalidade, princípio esse fundamental e indispensável à própria Administração. Estando o ato em desacordo com a lei, principalmente se não estiver em consonância com a Lei Maior, todo o ato praticado pela autoridade administrativa militar será nulo. Entre esses atos, afigura-se a transferência por conveniência da disciplina, que constitui verdadeira punição ao administrado. Conseqüentemente há de estar de acordo com citados princípios constitucionais, em especial o do devido processo legal e o da ampla defesa. Por fim, foram apresentadas as maneiras de se aplicar os princípios norteadores do direito administrativo com respeito aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Cabe ao poder judiciário rever todo aquele ato praticado em desacordo com devido processo legal previsto no artigo 5º LVII e em especial ao princípio do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares na PMMG.

Palavras-chave: Processo Administrativo, movimentação, conveniência, disciplina e o processo legal.

ABSTRACT

The present work has for objective to demonstrate which is and as they are the movements in the Military Policy of Minas Gerais, in special the movement for convenience of it disciplines and if it fits or not it applicability of the constitutional principle of contradictory e. of legal defense. For in such a way, if it searched to create a theoretical base through studies concerning the acts and to be able administrative, process and procedure, presenting itself which administrative principles must be contained in such a way in the acts how much in the administrative proceeding to militate. In equal way, one searched to analyze which the principles constitutional and informative they must be respected in this branch of the process. In these terms, in compliance with the used theoretical base, one perceives that the Military Administration must, in all the acts that to practise, to respect the beginning of the legality, basic principle this and indispensable one to the proper Administration. Being the act in descordo with the law, mainly if it will not be in accord with the Law Biggest, all the act practised for the administrative authority to militate will be null. Between these acts, it is figured transference for convenience of disciplines, that it constitutes true punishment to the managed one. Consequently has to be in accordance with cited principles constitutional, in special of due process of law and of legal defense. Finally, the ways of if applying the principles had been presented foreseen norteadores of the administrative law with respect to the rights and basic guarantees in the Federal Constitution of 1988. It fits to the judiciary power to all review that act practised in disagreement with due process of law foreseen in the special article 5º LVII and the beginning of the contradictory and of legal defense in the administrative proceeding disciplining in the PMMG.

Word-key: Administrative proceeding, movement, convenience, discipline and the legal process.

SOMMARIO

Questo lavoro mira a dimostrare cosa e come sono le unità di polizia militare di Minas Gerais, in particolare il movimento per la convenienza di disciplina e o meno l'applicabilità del principio del contraddittorio e la grande difesa costituzionale. Per entrambi, se ha cercato di creare una base teorica attraverso studi su atti e poteri amministrativi, processo e procedura di esecuzione di principi amministrativi che devono essere contenuti in atti sia come militare nel procedimento amministrativo. Di modo uguale, cercato di esaminare ciò che i principi costituzionali e informatori devono essere rispettati in questo ramo del processo. In questi termini, in conformità con la base teorica utilizzato, si rende conto che l'amministrazione militare deve, in tutti gli atti che pratica, rispettare il principio di legalità, il principio che importante e indispensabile per l'amministrazione stessa. Essendo il em ato fortemente con la legge, soprattutto se non sono in linea con la legge, l'intero atto praticato dall'autorità amministrativa militare sarà null. Tra questi atti è trasferimento per comodità di disciplina, che costituisce la vera punizione quando somministrato. Di conseguenza, non vi sarà in conformità con i principi costituzionali, citati., in particolare di un giusto processo di legge e da difesa più ampia. Infine, i modi di applicare i principi di diritto amministrativo per i diritti fondamentali e le garanzie previste dalla Costituzione federale del 1988. La revisione di magistratura tutti agire praticata in contrasto con il giusto processo di legge di cui all'articolo 5 LVII e in particolare il principio di un processo contraddittorio e ampio processo amministrativo disciplinare difesa nella PMMG.

Parole chiave: Processo amministrativo, manipolazione, convenienza, la disciplina e il processo legale.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO | 18 |
| 2.1 Princípios expressos na Constituição Federal | 19 |
| 2.1.1 Princípio da Legalidade | 19 |
| 2.1.2 Princípio da Impessoalidade | 20 |
| 2.1.3 Princípio da Moralidade | 21 |
| 2.1.4 Princípio da Publicidade | 22 |
| 2.1.5 Princípio da Eficiência | 22 |
| 2.2 Princípios implícitos | 23 |
| 2.2.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado | 23 |
| 2.2.2 Princípio da finalidade | 24 |
| 2.2.3 Princípio da razoabilidade | 24 |
| 2.2.4 Princípio da proporcionalidade | 26 |
| 2.2.5 Princípio da motivação | 27 |
| 2.2.6 Princípio do devido processo legal e da ampla defesa | 28 |
| 2.2.7 Princípio do controle judicial dos atos administrativos | 29 |
| 2.2.8 Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos | 30 |
| 2.2.9 Princípio da segurança jurídica | 30 |
| 2.2.10 Princípio da hierarquia | 31 |
| 3 ATO ADMINISTRATIVO | 33 |
| 3.1 Considerações gerais | 33 |
| 3.2 Elementos do ato administrativo | 37 |
| 3.3 Atributos do ato administrativo | 43 |
| 3.4 Classificação dos atos administrativos | 48 |
| 4 PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 50 |
| 4.1 Poder vinculado | 51 |

| | |
|---|----|
| 4.2 Poder discricionário | 51 |
| 4.3 Poder regulamentar | 56 |
| 4.4 Poder hierárquico | 57 |
| 4.5 Poder disciplinar | 58 |
| | |
| 5 PROCESSO E PROCEDIMENTO | 60 |
| 5.1 Processo | 60 |
| 5.2 Procedimento | 62 |
| | |
| 6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ASSEGURADOS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO | 65 |
| 6.1 Princípio do devido processo legal e o Estado de Direito | 67 |
| 6.2 Princípio da ampla defesa e do contraditório | 75 |
| 6.3 Princípio da inocência | 78 |
| | |
| 7 A MOVIMENTAÇÃO POR CONVENIÊNCIA DA DISCIPLINA E NA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS | 81 |
| 7.1 Introdução | 81 |
| 7.1.1 Movimentações na PMMG | 81 |
| 7.1.2 Da movimentação dos Oficiais na PMMG | 82 |
| 7.1.2.1 Movimentação do oficial por necessidade do serviço | 82 |
| 7.1.2.2 Movimentação do oficial por interesse próprio | 83 |
| 7.1.2.3 Movimentação do oficial por conveniência da disciplina | 83 |
| 7.1.3 Da movimentação das Praças na PMMG | 86 |
| 7.1.3.1 Movimentação da praça por conveniência da disciplina | 86 |
| 7.2 Movimentações por conveniência da disciplina em outros Estados | 87 |
| 7.2.1 Estado de Alagoas | 87 |
| 7.2.2 Estado do Mato Grosso | 88 |
| 7.2.3 Estado do Amazonas | 89 |
| 7.2.4 Estado de Goiás | 90 |

| | |
|---|------------|
| 7.2.5 Do Exército brasileiro..... | 91 |
| 7.2.6 Estado de São Paulo | 91 |
| 7.2.7 Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul | 92 |
| 7.3 Do contraditório e da ampla defesa na movimentação por conveniência da disciplina na PMMG..... | 93 |
| | |
| 8 CONCLUSÃO..... | 97 |
| | |
| REFERÊNCIAS | 100 |

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de um trabalho monográfico apresentado no Curso de Especialização em Segurança Pública – CESP, ano 2010, realizado pela Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, por intermédio do Centro de Pós Graduação e Pesquisa e em parceria com a Fundação João Pinheiro, com o tema: “A movimentação por conveniência da disciplina e a aplicabilidade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa”.

A Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, como um dos principais órgãos do Sistema de Defesa Social do Estado, em consonância com o disposto no artigo 144 da Constituição Federal, possui a missão de executar o policiamento ostensivo para a preservação da ordem pública, proporcionando o bem estar social, protegendo a vida e o patrimônio das pessoas.

Além da missão principal já elencada, a atuação da Instituição Policial Militar abrange vários outros eixos como a preservação do meio ambiente, áreas de conflitos e atendimento ao público em diversas questões de ordem social. Para que ela atinja os preceitos constitucionais, necessita estar sempre em consonância com todo o ordenamento jurídico brasileiro, incluindo as normas administrativas e políticas, dentro dos princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana, seja ela do público externo ou interno.

Em nível estratégico, a Polícia Militar de Minas Gerais, por intermédio do Plano Estratégico 2009-2011, faz constar em seu programa a implantação de ações que visam à valorização de seu público interno para que os Policiais Militares possam atingir as metas estabelecidas pelo órgão de Segurança Pública.

Para atingir os objetivos de todo o ordenamento jurídico existente em nosso Estado e no país, há a necessidade de acompanhar constantemente as evoluções sociais no que se tange aos públicos externos e internos, dispensando tratamento igualitário a todos os integrantes da PMMG. Todavia, na polícia militar, há em suas normas a previsão de movimentações de policiais militares que, na maioria das vezes, estão estabilizados nas cidades onde trabalham e unidades onde servem. Suas famílias possuem uma estrutura montada, filhos em períodos escolares e, sem que esperem, são movimentados de suas cidades domicílio sem serem ouvidos pelos Chefes que tomam as decisões. Além dos

impactos gerados na vida dos policiais e de suas famílias, preocupam os efeitos que tais decisões geram sobre a própria prestação de serviço e, sobretudo, para a instituição.

No presente trabalho monográfico, foram analisadas a aplicabilidade da pena e a movimentação de policiais militares por conveniência da disciplina, sem assegurar ao envolvido o direito de defesa. Verificou-se que isto impacta a instituição, o policial militar e até sua família, ou seja, a pena, de forma ilegal, pode atingir outra (as) pessoa (as) além do acusado, o que contraria as normas da Constituição Federal.

Delimitou-se o presente trabalho à Instituição da Polícia Militar de Minas Gerais, nas normas existentes que tratam do assunto em questão, tais como: Lei nº 5301, Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais, Código de Ética da PMMG, Instrução 01 da Corregedoria da Polícia Militar e no Manual de Processos e Procedimentos da PMMG, comparando-se com Regulamentos de Movimentações de outras Instituições Militares e Civis que tratam do assunto referente ao tema proposto. Concomitantemente, foi realizada pesquisa bibliográfica de grandes doutrinadores pátrios do ramo jurídico-administrativo, com o objetivo de dar um diagnóstico da situação e apontar soluções.

A pesquisa tem como objetivo geral, verificar a legalidade e a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previsto no texto da Lei Maior no artigo 5º, inciso LV, por ocasião da movimentação do policial militar por conveniência da disciplina no âmbito da Polícia Militar de Minas Gerais.

São objetivos específicos:

- a) Pesquisar quais são os parâmetros utilizados para se realizar a movimentação do policial militar por conveniência da disciplina;
- b) Verificar, dentre as normas administrativas e jurídicas existentes, aquela que oferece a melhor aplicabilidade no que se refere à movimentação por conveniência da disciplina dos Policiais Militares na Instituição;
- c) Levantar informações quanto à observação da aplicação do princípio do devido processo legal, assegurando-se ao policial militar movimentado por conveniência da disciplina, o direito de defesa no âmbito administrativo antes que seja efetivada a sua transferência.

O sistema jurídico do Brasil exerce importante papel nas polícias militares do país, contribuindo para o bom emprego da ética e da moral, com elevado grau de significância para todos os policiais militares dos estados membros da federação. Assim sendo, justifica-se o estudo, porquanto a movimentação por conveniência da disciplina na PMMG é geradora de um fato jurídico com consequências sérias e que podem afetar pessoas inocentes ou aplicação de pena que ultrapassa o princípio jurídico da razoabilidade.

A Polícia Militar de Minas Gerais, com a missão precípua de “polícia ostensiva para a preservação da ordem pública”, tem a figura do direito administrativo brasileiro aplicado aos procedimentos e condutas, aliados á ética profissional, em conformidade com o atual Código de Ética e Disciplina da PMMG.

Além disso, o novo sistema de gestão estratégica para a produção de resultados na PMMG prevê o respeito aos princípios constitucionais existentes em nossa Carta Magna, bem como as demais leis ordinárias e objetivas existentes, para a garantia e preservação da dignidade da pessoa humana.

Como Órgão estatal zelador das leis e normas existentes, a PMMG deve sempre seguir os princípios legais a ela inerentes e em primeiro lugar cumprir os deveres e preservar os direitos legais existentes, não podendo nunca excluir o público interno, pois, com esse desrespeitado frente à lei, a consequência será um prejuízo maior em sua missão, junto ao público fim, que é o povo, a sociedade, para quem trabalha e tem de dar exemplos de legalidade e de justiça.

No Estatuto de Pessoal da Polícia Militar de Minas Gerais, há três maneiras de transferir um policial da cidade onde ele presta seus serviços à Instituição, sendo:

- a) interesse do serviço;
- b) interesse do próprio militar;
- c) por conveniência da disciplina.

Na primeira, o policial recebe todos os direitos que um funcionário público deve ter, ou seja, um salário integral (sem descontos) denominado “ajuda de custo” para que o militar possa se estabelecer em outra cidade para o qual foi designado, sendo esta movimentação

feita normalmente por consequência de uma possível promoção na carreira ou para cobrir necessidade de claros existentes na Organização Policial Militar.

Na segunda, o policial, por interesse próprio, solicita ao escalão Superior sua movimentação por desejar trabalhar em outra cidade, sendo normalmente próximo de seus familiares.

Na terceira, o policial normalmente é movimentado quando é parte de um processo ou procedimento administrativo e após ser punido disciplinarmente ou não, de acordo com ato discricionário de seu comandante. O administrado é, depois de confeccionado um pedido formal do chefe direto, movimentado por conveniência da disciplina, sem, portanto haver quaisquer formas de defesa por parte do policial movimentado. A movimentação não dá direito algum ao militar no que se refere ao pagamento da “ajuda de custo” para que ele se estabeleça noutro município para o qual ele foi movimentado.

Há movimentação por conveniência da disciplina, atualmente adotada na PMMG, mesmo estando o processo ou procedimento ainda em andamento, o Policial pode ser retirado da cidade na qual presta serviços.

Não há previsão do retorno do policial militar à cidade de origem, após a movimentação por conveniência da disciplina, mesmo quando o processo ou procedimento administrativo disciplinar no qual estava em lide tiver sido arquivado por inexistência de provas e ou inocência do movimentado, não sendo considerado assim, o princípio da presunção de inocência do militar acusado, ou seja, mesmo se ele for considerado inocente, já foi movimentado da cidade na qual prestava seus serviços à comunidade.

É sabido que o direito administrativo disciplinar não é de forma alguma um ramo autônomo do Direito, como entendem ainda algumas pessoas. Esse “direito” encontra, ainda, respaldo principalmente nos ditames do direito administrativo brasileiro e, mesmo que não fosse não poderia se sobrepor à nossa recente Carta Magna de 1988. Portanto, se a Constituição Federal assegura amplamente a todos, os princípios e garantias, é nobre de se esperar que todos os outros ramos do direito também o façam e, não ocorrendo, no mínimo estarão fadados à nulidade, sendo assim, pode se dizer que o direito militar (penal ou administrativo disciplinar), é um importante ramo em caráter especial da ciência jurídica, contendo os princípios e particularidades próprias. Entretanto, como qualquer outro ramo desta ciência, está subordinado aos ditames constitucionais vigentes, ou seja, nenhuma norma infraconstitucional pode contrariar o disposto na CF/88.

Neste contexto, vislumbra-se a iminente relevância desse estudo para a Instituição Policial Militar, por se tratar de uma pesquisa de grande valor para o público interno em geral, para que os policiais movimentados por conveniência da disciplina não tenham efetivamente os seus direitos constitucionais violados, principalmente no que se refere aos direitos do contraditório e da ampla defesa garantidos no direito positivo brasileiro, para que não haja ainda, julgamentos com a celeridade incompatível com o devido processo legal dentro da nossa PMMG.

A pergunta orientadora do presente estudo busca determinar se é proporcionado ao militar transferido o direito do contraditório e da ampla defesa por ocasião da movimentação por conveniência da disciplina na Polícia Militar de Minas Gerais, conforme disciplina o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal que versa sobre os direitos e garantias individuais do cidadão brasileiro.

Elabora-se como hipótese básica a questão de que a não observância da legalidade e dos princípios constitucionais pela PMMG em sua rotina diária ameaça a própria legitimidade do papel da Instituição.

A metodologia da pesquisa utilizada foi a do tipo bibliográfica. Foram utilizadas como fontes principais a Constituição da República Federativa do Brasil, a Lei n. 5.301, de 16/10/69 Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais (EMEMG), a Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a Lei Estadual n.º 14.184, de 31 de janeiro de 2002, Constituição do Estado de Minas Gerais, Resolução 3.666 manual de Processos e Procedimentos Administrativos da Polícia Militar de Minas Gerais, de 02 de agosto de 2002. Como fontes secundárias, buscaram-se doutrinas tais como: Meirelles (2008), Di Pietro (2007), De Mello (2005), Batisti (2009), Pamplona (2008), Donizetti (2009), Rosa (2009) e outros, para que houvesse uma reflexão com posicionamentos recentes sobre a questão.

Para a compreensão do tema proposto, dividiu-se o presente trabalho em oito seções: na primeira seção está a introdução, que é o princípio do estudo; na segunda faz-se a abordagem sobre os princípios do direito administrativo, mostrando e explicando sua aplicabilidade no âmbito da Administração; na terceira seção aborda-se a questão do ato administrativo onde se comenta sobre os elementos, atributos e a classificação dos atos administrativos; na quarta definem-se os poderes da administração pública; na quinta dá-se ênfase no processo e procedimento administrativo e sua aplicabilidade na Polícia Militar de Minas Gerais; na sexta seção analisam-se os princípios constitucionais aplicados ao

processo administrativo militar, demonstrando a necessidade de plena obediência da Administração à Lei Maior; na sétima dá-se atenção estritamente ao tema proposto, analisando sob o aspecto constitucional, principalmente por ocasião do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa; na oitava e última seção, por fim, tem-se a conclusão do presente estudo, bem como sugestões apresentadas pelo autor deste trabalho.

A pesquisa encerra-se com as referências sobre as obras pesquisadas.

Dessa forma, a presente pesquisa intenciona abrir espaço para maiores reflexões sobre o tema proposto.

2 - PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Feita as considerações iniciais na seção anterior, faz-se necessário o entendimento sobre o que é direito administrativo e seus princípios, para que haja melhor compreensão da questão do direito administrativo militar, que está diretamente relacionado ao tema desta monografia.

O direito administrativo está diretamente sob influência do direito constitucional, englobando princípios jurídico-administrativos previstos na Constituição de 1988, tendo como objeto a administração pública.

Justen Filho (2006) afirma que “direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 1).

O autor mostra que há relação direta com a juridicidade no direito público, pois, no direito administrativo todos os atos gerados pela administração pública estão previstos em lei para que haja o respeito aos direitos dos administrados e de todos aqueles que se relacionam com a administração direta ou indireta.

Moreira Neto (2006) aponta diversos elementos que integram o conceito de direito administrativo, dando entendimento coerente com as propostas do Estado Democrático de Direito, visões políticas e de bem estar social.

Direito Administrativo é o ramo do direito público que estuda os princípios, preceitos e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuarem concreta, direta e indiretamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa. (MOREIRA NETO, 2006, p. 47).

A preocupação do autor em deixar bem claro sobre a vinculação do direito administrativo à norma legal é importante, pois, há o entendimento de que existam inclusive instrumentos de controle, principalmente no que se refere a legalidade, a legitimidade e a moralidade com relação ao interesse público no âmbito do Executivo.

Meirelles (2008) assevera que o direito administrativo poder ser conceituado como sendo:

[...] conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado. (MEIRELLES, 2008, p. 40).

No mesmo entendimento, o autor esclarece que há o conjunto harmônico entre os princípios legais previstos na Constituição para que sejam aplicadas e alcançadas as finalidades a que o Estado se destina, desde que seja por interesse da coletividade.

A administração pública, como demonstrado acima pelos citados autores nesta seção, está sob a égide dos ditames na carta política de 1988, sendo que esses princípios devem ser fielmente utilizados pelos administradores públicos que representam o Estado.

Faz-se necessário conceituar também os princípios constitucionais que regem a administração pública, inclusive no ramo do direito administrativo disciplinar, pois auxiliam no entendimento do tema em questão.

O artigo 37 (caput) da Constituição Federal de 1988 destaca como sendo os princípios que regem a administração pública direta e indireta, os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência. A polícia Militar de Minas Gerais, como integrante da Administração Pública Estadual, faz parte da administração direta, logo, está sob o regime e influência dos princípios gerais previstos na Carta Magna brasileira, portanto, regida também pelo direito administrativo.

Para melhor compreensão desses princípios, serão estudados alguns autores para melhor conceituação sobre a questão, aplicados na PMMG.

2.1 Princípios expressos da Constituição Federal

2.1.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é tido como a diretriz básica dos agentes públicos, uma vez que toda e qualquer atividade desenvolvida no âmbito da administração pública tem que

ser autorizada por lei, caso contrário, a atividade é ilícita, conforme disposto no art. 5º da Constituição Federal.

Justen Filho (2006) comparando a atividade desenvolvida pelo administrador público com enfoque na Constituição Federal, diz que:

A atividade administrativa é um conjunto de ações dirigidas à satisfação de necessidades coletivas e à promoção dos direitos fundamentais, que se desenvolve sob a égide do princípio da legalidade. Numa democracia republicana, a atividade administrativa não pode ser compreendida senão como atuação infralegal. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 144).

Se o administrador público não cumpre com o seu papel, tendo como base somente a lei, ou seja, não faz aquilo que a lei manda, o Estado Democrático de Direito fica ameaçado pela não legitimidade de seus atos, tendo por consequência o descrédito por parte da sociedade.

Significa que o administrador público não pode submeter os cidadãos a arbitrariedades, pois, ainda na Carta Política de 1988, no seu art. 5º, II, assim expressa: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”.

2.1.2 Princípio da Impessoalidade

Consiste na conduta que o administrador público obrigatoriamente deve seguir para impedir que fatores pessoais, como o “favoritismo”, ou outro fator subjetivo, seja o regente das atividades administrativas.

Para Medauar (2007), a Constituição impede que o administrador público, com esse princípio, tome decisões que visem ferir os direitos e garantias individuais e coletivas.

[...] a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo que predomine o sentido de função, isto é, a ideia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados de razões pessoais. (MEDAUAR, 2007, p. 124).

O que o autor afirma é que todas as decisões tomadas pelo administrador público devem se respaldadas na lisura e isenção para que não se fira o princípio constitucional em questão, caso contrário a ação administrativa não estará dentro da legalidade.

2.1.3 Princípio da Moralidade

Importante princípio ligado ao conceito ético com relação ao administrador público. Trata-se da honestidade e lisura nas quais o administrador deve desempenhar sua função, enquadrando-se nos códigos de ética e conduta existentes na administração.

Meirelles (2008) assevera que a moralidade administrativa é um pressuposto de validade dos atos da Administração Pública.

[...] uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. [...] o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade para atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto e o desonesto. (Meirelles, 2007, p. 90).

Nesse princípio, Di Pietro (2007) afirma que sempre que em matéria administrativa se verificar que o administrador ou o administrado que com ela se relaciona juridicamente, e, mesmo em sintonia com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade e a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa. (DI PIETRO, 2007, p.70).

A autora quis nos dizer que os integrantes da administração pública, mesmo agindo dentro da lei, tem que seguir também os padrões morais e éticos, uma vez que nem tudo aquilo que é legal seja necessariamente honesto ou ético.

Nesse mesmo sentido, Gasparini (2005) corroborando com a definição acima assevera que:

O ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só a lei, mas a própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto (GASPARINI, 2005, p. 10).

Há mecanismos de controle por parte da administração pública para coibir atos imorais como a questão da improbidade administrativa, praticada por administradores e administrados.

O Código de Ética e Disciplina dos Militares de Minas Gerais (Lei Estadual 14.310/2002) faz referência a este princípio em seu artigo 9º, assim dizendo:

Art. 9º – A honra, o sentimento do dever militar e a correção de atitudes impõem conduta moral e profissional irrepreensíveis a todo integrante das IMEs, o qual deve observar os seguintes princípios de ética militar:[...].

É incontestável que a existência desse princípio seja indispensável para o ordenamento jurídico administrativo. No presente caso administrativo militar, onde a moral esteja atrelada a ética, é necessário que todo aquele ato praticado pela autoridade administrativa seja válido e dentro dos princípios que regem a administração pública.

2.1.4 Princípio da Publicidade

Consiste em dar publicidade em toda atuação do administrador público, os atos tem que ser transparentes, às claras. A Administração Pública tem que mostrar que suas ações estão conforme prescreve a norma, além de servir como mecanismo de controle por parte da coletividade, bem como pelos demais agentes que fazem parte da administração.

Meirelles (2008) afirma que publicidade é a divulgação oficial do ato para o conhecimento público e início de seus efeitos externos. [...] A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. [...] Em princípio todo o ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a administração que o realiza, [...]. (MEIRELLES, 2008, p. 95 – 96).

O conceito define claramente que a partir do conhecimento público é que o ato passa a ter seu efeito externo perante a administração, para que haja clareza e moralidade do ato realizado pelo administrador.

2.1.5 Princípio da Eficiência

Esse princípio, para alguns autores é o mais novo, significando o compromisso de bom administrador público. Para Gasparini (2005) ele leva ao administrador a imposição de

que o serviço executado pela administração deve ser rápido, perfeito, com rendimento e com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse particular.

O princípio da eficiência impõe a Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, por certo, de observar outras regras, a exemplo o princípio da legalidade. (GASPARINI, 2005, p. 21).

Quando o autor se refere à rapidez, ele quer mostrar que o desempenho da Administração Pública necessita ser feito com celeridade, de modo que os interesses dos administrados em particular e da coletividade, em aspecto geral, sejam atendidos de imediato. Nada justifica qualquer procrastinação. (GASPARINI, 2005, p.21).

Com relação à perfeição do princípio referenciado, o mesmo autor afirma que as atribuições administrativas devem ser executadas com perfeição, pois, deve-se utilizar das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução da melhor forma possível, evitando sua repetição e por consequência, prejuízos para os administrados.

2.2 Princípios implícitos

Os princípios que serão tratados a seguir estão inseridos de forma implícita na Constituição, pois possuem a mesma força normativa, porém tem essa peculiaridade de não estarem consagrados literalmente na norma constitucional ou no texto constitucional.

2.2.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

É um dos princípios que o agente público deve obrigatoriamente observar, pois está vinculado ao princípio da finalidade.

Para Meirelles (2008) esse princípio está intimamente ligado ao da finalidade. É também conhecido como interesse público.

A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. (Meirelles, 2008, p.105).

Pode-se então dizer que o interesse público sempre prevalecerá sobre o interesse particular, pois o interesse é da coletividade.

2.2.2 Princípio da finalidade

Por esse princípio impõe-se à Administração Pública a prática, e tão só essa, de atos voltados para o interesse público. O afastamento da Administração Pública da finalidade de interesse público denomina-se de desvio de finalidade. Daí, havendo esse desvio, ou se até mesmo ele não for alcançado de acordo com aquilo pretendido, o ato será nulo. (GASPARINI, 2005, p. 14).

2.2.3 Princípio da razoabilidade

Dentre os princípios elencados, há também o princípio da razoabilidade, inserido na Constituição Federal em seu art. 5º inciso LXXVIII, aprovado pela emenda Constitucional nº 45 e definido pela doutrina:

Art. 5º [...].
LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ainda pela definição de Di Pietro (2007), o princípio da razoabilidade está alinhado dentre os princípios da Administração Pública, contudo tal princípio fundamenta-se nos princípios da legalidade e da finalidade.

O que a autora afirma é que nada do que esteja fora do razoável, do sensato, do normal, é permitido ao agente público,¹ mesmo quando ele atua no exercício da competência discricionária, sendo que a decisão do funcionário será ilegítima, mesmo sem transgredir nenhuma norma concreta e expressa.

¹ Agente público é toda pessoa física que mantém uma relação física de trabalho com o Estado.

Di Pietro (2007) assevera que este princípio aplicado ao direito administrativo é uma tentativa de limitar à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato praticado pela autoridade administrativa pelo poder jurisdicional.

O que a autora quer dizer é que se o ato for praticado de forma não razoável, a decisão da autoridade administrativa que o praticou não será legítima, mesmo se não houver infração à norma reguladora.

Arelado ao princípio da razoabilidade também se tem o princípio da Proporcionalidade, com adequações entre meios e fins, no art. 2º, § único, VI da Lei Federal nº 9784/99:

Art. 2º. [...]

VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

Observados estes importantes princípios, Carvalho Filho (2008) ressalta que examinada, conquanto em síntese, a fisionomia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, chega-se à conclusão de que ambos constituem instrumento de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for a sua natureza.

Em um entendimento mais amplo sobre a questão, Gasparini (2005) assevera que por mais que exista o poder discricionário, o agente tem que agir dentro do princípio da razoabilidade, assim o definindo:

A lei, ao conceder ao agente público o exercício da discricionariedade, não lhe reservou, em absoluto, qualquer poder para agir a seu gosto, ao contrário, impôs-lhe o encargo de agir tomando a melhor providência à satisfação do interesse público a ser conseguido naquele momento. A lei, portanto, não lhe permite, sob pena de ilegalidade, qualquer conduta não desejada pela lei, que somente aceita as coerentes. Em suma, nada que esteja fora do razoável, do sensato do normal, é permitido ao agente público, mesmo quando atua no exercício de competência discricionária. (GASPARINI, 2005, p. 24).

O que o autor afirma é que nos atos administrativos quando praticados, mesmo em se tratando de atos discricionários atribuídos ao administrador, não pode haver excesso ou escassez para prejudicar o administrado. Ainda cita, como exemplo, que o administrador ao aplicar a pena de suspensão a um servidor, quando a sanção de advertência seria o

suficiente para dar satisfação ao interesse público, pratica-se o ato indo de encontro a esse princípio, tanto quanto fosse o contrário, ou seja, aplicar uma pena de advertência quando o exigido pelo interesse público fosse a pena de suspensão, sendo as condutas incoerentes e não razoáveis. Frise-se ainda que ambas as condutas são ilegais, devendo ser anuladas pelo poder judiciário ou invalidadas pela própria Administração Pública.(GASPARINI, 2005, p. 24).

2.2.4 Princípio da proporcionalidade

Possui origem no direito alemão, sendo que a ideia foi decomposta em três parâmetros. O Estado tem que atuar de maneira proporcional. A atuação tinha que possuir adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Somados, demonstram se que um ato estatal foi proporcional. Quando se falar em proporcionalidade nesse caso, há uma relação necessária entre os meios que foram adotados pelo estado e os fins que foram alcançados por essa atuação estatal.

A ideia de proporcionalidade nasce na própria cláusula do Estado de Direito e de que existem direitos fundamentais que o Estado tem que manter e proteger.

Então, o princípio da proporcionalidade possui implicitamente fundamento na cláusula do Estado Democrático de Direito e dos Direitos e Garantias fundamentais, previstos na Carta Política de 1988.

Alguns autores tratam o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade de formas fungíveis, porém, possuem origens distintas, sendo que a razoabilidade possui origem no direito norte americano, com base no devido processo legal.

Para o ato ser proporcional, ele tem que ser adequado e idôneo para se alcançar a finalidade buscada, daí a ligação com os demais princípios da razoabilidade, legalidade e finalidade.

Os atos administrativos do Estado tem que ser menos gravosos, face à finalidade e adequabilidade, bem como sobre o respeito às garantias e direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.

Figueiredo (2006) afirma que o princípio da proporcionalidade é a direta adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades administrativas e ainda:

[...] só se sacrificam interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida de estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública. (FIGUEIREDO, 2006, p. 51).

Esse princípio é basicamente defensor das liberdades fundamentais, bem como limitador do arbítrio das autoridades administrativas. Consiste na ponderação de interesses entre os princípios envolvidos numa questão.

Bonavides (2006) averba que:

[...] o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional Brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de uma normalidade. (BONAVIDES, 2006, p. 436).

2.2.5 Princípio da motivação

Di Pietro (2007) averba que consiste na exigibilidade do administrador público indicar em seus atos os fundamentos de fato e de direito, sendo obrigatório em todo e qualquer tipo de ato administrativo, uma vez que tem que estar em consonância com a formalidade necessária para o controle de legalidade dos atos administrativos.

Ainda para a autora, a motivação é obrigatória nas hipóteses que afetam os direitos ou interesses individuais, sendo também fundamental para fins de controle da legalidade dos atos da administração pública.

De Mello (2005) assevera que com base nesse princípio a Administração tem a obrigação de justificar seus atos, referindo-se aos fundamentos de direito e de fato, bem como de maneira correlata e lógica entre o fato ocorrido e a providência tomada para que seja aferida a conduta tomada pela Administração com a lei que lhe serviu de embasamento.

[...] atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada. (DE MELLO, 2005, p. 103).

2.2.6 Princípio do devido processo legal e da ampla defesa

A Constituição Federal em seu art. 5º, LIV, prevê o princípio do devido processo legal, dentro dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros como: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Esse princípio também está ligado às questões administrativas, uma vez que faz referência a palavra processo. Diz respeito ao processo administrativo sancionador. Sendo assim, é imprescindível a presença do devido processo legal, até mesmo porque este princípio por ser o mais completo e estar relacionado aos demais princípios processuais, não pode deixar de merecer uma atenção especial do Administrador. (gn)

Quando se fala em devido processo legal também não se podem descartar os demais princípios constantes em um processo e ou procedimento, como a ampla defesa e o contraditório, que estão atrelados para que se consiga amparo na Carta Magna de 1988.

Até mesmo o Superior Tribunal de Justiça entende como conexo ao devido processo legal os princípios do contraditório e da ampla defesa, no sentido de que esses dois princípios também encontram amparo constitucional no art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Portanto, o devido processo legal não só engloba o princípio do contraditório e da ampla defesa, como também está ligado a alguns princípios do processo administrativo sancionador. Dentre os principais destacam-se: o princípio da tipicidade; princípio da presunção de inocência; princípio da motivação das decisões e o princípio da prescrição.

De Melo (2005), ao tratar do assunto, esclarece que o princípio do contraditório e da ampla defesa deve ser observado pela administração como adiante se observa:

Sempre que a providência administrativa a ser tomada houver controversia ou especialmente implicar em sanções, torna-se obrigatória a aplicação do art. 5º LV da Constituição da Republica que “garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral” o contraditório e a ampla defesa. (DE MELO, 2005, p. 105).

Os princípios citados são indispensáveis quando se trata de atos que haja providências administrativas, principalmente quando há punição do administrado, por força constitucional, mesmo porque na administração sempre tem que haver motivação para todos os atos administrativos que estão inseridos no bojo dos processos e procedimentos administrativos.

2.2.7 Princípio do controle judicial dos atos administrativos

O presente princípio mostra que os atos administrativos, quando ilegais, podem passar por expressa análise por parte do Poder Judiciário, pois, na Constituição Federal, em seu artigo 5º, Inciso XXXV, expõe que: “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Diante disso, nenhum ato administrativo que tenha divergência com a lei e que afete o direito ou provoque lesão a este ficará isento da apreciação do Judiciário, conforme explicado pela norma.

Esse conceito explica que o Poder Judiciário pode analisar se há ou não descumprimento da norma constitucional por parte da administração, bem como se o ato praticado por ela é legal ou não, pois, sendo ele ilegal, deve ser anulado e a Administração responsabilizada na forma da lei.

O controle é feito de maneira formal, ou seja, o judiciário somente verifica os vícios de forma. Verifica-se, portanto, o fato de que a Administração tem a obrigação, principalmente em atos punitivos ou que venham ameaçar o direito dos administrados, aplicar o princípio do devido processo legal, sob o risco de interseção do Poder Judiciário, como previsto na Carta Política de 1988.

De Mello (2005) assevera que todo ato administrativo que não estiver em consonância com a previsão legal pode ser apreciado pelo Poder Judiciário.

É ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina na constitucionalidade delas. [...] tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis. (DE MELLO, 2005, p.110).

Verifica-se, portanto, que os atos realizados pela Administração Pública, não estão isentos de ser apreciados pelo Poder Judiciário nos casos em que houver infração às normas Constitucionais aqui citadas. Não só o autor acima, como demais doutrinadores são assentes diante desses princípios.

2.2.8 Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos

A Constituição Federal, no artigo 37, § 6º, reza que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Este preceito expressa que as responsabilidades do Estado estão afetas a qualquer função pública, não estando apenas ligadas à questão de danos afetos aos atos administrativos. (gn)

Isto quer dizer que a responsabilidade Estatal não depende de eventual dolo ou culpa do agente da Administração Pública.

De Mello (2005) afirma que:

[...] posto que exista direito de regresso contra o agente responsável nos casos de dolo ou culpa — e não em outros —, é porque cabe responsabilização estatal também em hipóteses nas quais inexista dolo ou culpa. [...] conforme entendimento jurisprudencial [...], a responsabilidade objetiva do Estado. (DE MELLO, 2005, p. 111).

2.2.9 Princípio da segurança jurídica

O presente princípio tem relação estreita quando se pensa em respeito à boa fé, ou seja, a lei não pode retroagir a casos decididos baseados em interpretações anteriores consideradas válidas diante das circunstâncias do momento em que foi adotada, inclusive, para não prejudicar o administrado.

A Lei Federal 9.784/99, no art. 2º, caput, prevê que: “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Di Pietro (2007) averba que o objetivo da inclusão do princípio da segurança jurídica foi o de proibir a aplicação com retroação de distinta interpretação de lei no âmbito da Administração Pública, ficando a ideia expressa no inciso XIII, do artigo 2º da lei 9.784/99 que assim expressa: “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

Ainda Di Pietro (2007) assinala que:

[...] se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudanças de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa. (DI PIETRO, 2007, p. 76).

2.2.10 Princípio da hierarquia

O princípio da hierarquia faz parte da Administração Pública e se estrutura de maneira que estabelece relações de coordenação e subordinação entre uns e outros, sendo que cada um deles possui suas atribuições definidas em lei. A mesma administrativista nos ensina:

Desse princípio, que só existe relativamente às funções administrativas, não em relação às legislativas e judiciais, decorre uma série de prerrogativas para a Administração; a de rever os atos dos subordinados, a de delegar e avocar atribuições, a de punir; para o subordinado surge o dever de obediência. (DI PIETRO, 2007, p. 65).

A autora esclarece ainda que com a instituição da súmula vinculante 103-A do STF, acrescentada a CF pela Emenda Constitucional nº 45/04 que trata da reforma do Poder Judiciário, é estabelecida uma subordinação hierárquica desse Poder ao Supremo Tribunal Federal.

Para Meirelles (2008), hierarquia pode ser definida como “vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno. Os poderes do hierarca conferem-lhe uma

contínua e permanente autoridade sobre toda atividade administrativa dos subordinados”. (MEIRELLES, 2008, p. 140).

O autor ensina que na Administração Pública se faz necessário haver a hierarquia, pois só assim haverá a figura da autoridade administrativa sobre os demais administrados no âmbito administrativo.

3 ATO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo é amplamente explanado no ramo do Direito Administrativo. Faz-se necessário comparar e analisar os conceitos de alguns autores para que se possa chegar ao entendimento do ato administrativo no âmbito da Polícia Militar.

No presente trabalho monográfico, o foco está no ato administrativo que movimenta policiais militares de suas cidades por conveniência da disciplina, sem que eles tenham o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório. Eis então a necessidade de uma melhor abordagem do assunto.

3.1 Considerações gerais

A conceituação do termo ato, etimologicamente, significa aquilo que se fez, o que se está fazendo, acontecimento que decorre de um ser dotado de vontade, documento redigido segundo determinada fórmula e suscetível de produzir conseqüências jurídicas. Ato administrativo seria um documento público em que se exprime decisão de uma autoridade, é o ato regido por uma autoridade suprema.

De Mello (2005) ensina que na realidade o ato administrativo não deixa de ser um ato jurídico, uma vez que todo ato administrativo produz efeitos jurídicos, porém, é um ato que possui peculiaridades no que diz respeito a sua validade e em sua eficácia que lhe é precisa. Sendo um ato jurídico, o ato administrativo aloca-se dentro do fato jurídico. O autor assim o define:

[...] declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos, concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. [...]. Qualquer acontecimento a que o direito imputa e enquanto imputa efeitos jurídicos. O fato jurídico, portanto, pode ser um evento material ou uma conduta humana, voluntária ou involuntária, preordenada ou não a interferir na ordem jurídica. Basta que o sistema normativo lhe atribua efeitos de direito para qualificar-se como um fato jurídico. (DE MELLO, 2005, p. 344).

O citado autor afirma que o ato deve estar sempre vinculado à lei, de maneira que sempre deve agir com a devida legitimidade sob pena de interferência do judiciário.

Para Gasparini (2005), ato administrativo, na verdade, é uma prescrição destinada a produzir um dado efeito de direito como declarar, certificar, opinar, criar, alterar, transferir e extinguir direitos e obrigações. Trata-se de prescrições de Estado ou de quem tem prerrogativas estatais.

Toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por alguém que lhe faça às vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo judiciário. (GASPARINI, 2005, p.60).

O autor também afirma que o ato administrativo produz efeito jurídico e está suscetível ao controle do judiciário.

Na visão de Figueiredo (2006), o ato administrativo representa uma norma concreta, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre o estado e o administrado, porém, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário. A autora mostra ainda que quando se refere à norma concreta, retiram-se as normas gerais e, por consequência, os regulamentos, que possuem, até certo ponto, regime diferente do ato administrativo, com semelhança ao da lei que abrange a generalidade e à abstração.

Para as situações concretas, submissíveis à lei, deve a administração pública atuar dentro de parâmetros comportamentais previamente estabelecidos, ou seja, pautar-se por normas gerais de conduta. (FIGUEIREDO, 2006, p. 175).

Neto (2006), afirma que ato administrativo exprime uma manifestação de vontade da administração pública destinada a produzir efeitos jurídicos, é uma espécie do gênero (ato jurídico).

Ato administrativo é, assim, a manifestação unilateral de vontade da administração pública que tem por objeto, constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes. (NETO, 2006, p.136).

O referido autor ainda explica que o ato jurídico apresenta três elementos conhecidos: o agente capaz, a forma prescrita ou não defesa em lei e o objeto lícito, sendo que o ato administrativo, como espécie do ato jurídico, não poderia deixar de possuir os mesmos três elementos que apresenta o gênero a que o ato pertence, porém, para a melhor compreensão do conceito, necessitam de outros dois elementos sendo a finalidade e o motivo. O ato administrativo deve ter uma concepção quintupla como a competência, finalidade, forma, motivo e objeto. (pg 137).

Medauar (2007) diz que na teoria geral do direito, as manifestações de vontade ou, simplesmente, manifestações de um sujeito, que acarretam efeitos jurídicos, recebem o nome de atos jurídicos. O Estado, no intuito de atingir as finalidades a que se propõe em virtude das quais ele existe, desenvolve atividades múltiplas e ininterruptas, atuando por intermédio de seus agentes, os quais tomam decisões de maneira expressa em diversos atos que produzem efeitos jurídicos, sendo que esses atos são igualmente jurídicos. A mestra assim define ato administrativo:

Ato administrativo constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de conhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade. (MEDAUAR, 2007, p.133).

A autora afirma com esse conceito que ato praticado pelo agente, ou autoridade administrativa que gera efeito jurídico, pode-se chamar de ato jurídico, portanto, as decisões tomadas pela autoridade administrativa por intermédio de atos administrativos sempre devem se primar pela questão da legalidade.

Meirelles (2008) explica que a administração pública realiza sua função por intermédio de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos. Normalmente, a prática dos atos administrativos cabe aos órgãos executivos. Nas demais áreas (legislativa e judiciária), quando ordena seus próprios serviços, dispõe sobre seus servidores ou expede instruções sobre matéria de sua privativa competência, age na mesma qualidade, ou seja, administrativamente.

O conceito de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública. É ato jurídico todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. [...] Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da administração pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir,

modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. (MEIRELLES, 2008, p.152).

O autor dá a mesma denominação de ato jurídico e ato administrativo, sendo que o ato administrativo cabe ao poder executivo com aplicabilidade na vontade apenas da Administração Pública para as finalidades específicas a ela inerentes.

Di Pietro (2007) afirma que o ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo poder judiciário. Diz ainda que a administração não dispõe de autonomia da vontade porque está obrigada a cumprir a vontade da lei.

A autora é bem incisiva quando diz que os efeitos jurídicos produzidos pelo ato administrativo, têm que ser legais, ou seja, em conformidade com a lei, bem como estão sujeitos ao controle jurisdicional.

O Direito Administrativo Militar está manifestamente ligado ao direito administrativo, pois, além de ser público, ele é regido pelos mesmos princípios da administração, sendo que a administração Militar deve seguir rigorosamente os ditames legais.

Oliveira (2005)² afirma que o ato administrativo militar se conceitua como todo aquele ato proveniente da Administração Militar que, agindo nessa qualidade, tenha a finalidade imediata de modificar, adquirir, resguardar, transferir e extinguir situação jurídica ou impor obrigações em relação aos militares ou aos próprios órgãos dela integrantes.

Rosa (2009) afirma que para a doutrina existem critérios a serem observados, sendo que no critério subjetivo “ato administrativo são todos os atos praticados pela administração, excluindo os atos administrativos provenientes do Poder Legislativo e Poder Judiciário”. [...] objetivo que considera como ato administrativo apenas aqueles praticados no exercício concreto da função administrativa. (ROSA, 2009, p.222).

Afirma ainda que dentre os critérios e conceituações existentes, destaca-se a conceituação formulada pela autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, conforme já mostrado nesta Seção.

² Para que sejam melhor compreendidos os assuntos, utilizar-se-ão as obras na ordem que melhor permita a estruturação dos trabalhos, em prejuízo a sequência ordenada daquelas.

Sobre as conceituações do ato administrativo, há a necessidade de demonstrar os requisitos ou elementos do ato, pois sem a existência desses elementos, o ato administrativo se torna ineficaz e inválido perante o ordenamento jurídico.

Para que haja um melhor posicionamento com relação aos elementos do ato administrativo, serão elencados no próximo subitem os requisitos necessários para melhor entendimento sobre o tema proposto.

3.2 Elementos do ato administrativo

O ato administrativo em sua essência necessita, para que tenha efetiva legitimidade, requisitos que constituem sua infraestrutura, que corroboram para sua validade para a produção dos efeitos jurídicos, sendo eles:

a) Competência

A competência para a maioria dos autores é a primeira condição que se deve ter para a validação do ato administrativo, por isto, há sempre que estar previsto em lei, pois o agente tem que estar de posse do poder legal para exercê-lo.

De Mello (2005) exprime que há divergências entre autores quanto à qualificação dos elementos ou requisitos do ato administrativo e indica no lugar de competência, definida pela maioria dos autores, a figura do sujeito, que é o autor do ato.

Sujeito é o produtor do ato. Evidentemente, quem produz um dado ser não se confunde nem total nem parcialmente com o ser produzido; logo não pode ser designado, com prioridade, como elemento dele. Verifica-se, pois, que o sujeito é o exterior do ato. (DE MELLO, 2005, p.367).

Mesmo havendo o sujeito, que é o produtor do ato, há sempre que existir uma previsão legal para que esse sujeito tenha a competência para praticar e ou produzir esse ato administrativo.

Meirelles (2008), diz que a competência é o primeiro requisito necessário para a validação do ato administrativo, pois sem a previsão legal, o autor ou sujeito não tem poderes para realizar o ato.

A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração. (MEIRELLES, 2008, p.154).

Di Pietro (2007) corrobora com a definição de que o sujeito é o autor do ato, pois, afirma que a competência é apenas um dos atributos que o sujeito deve ter para a validação daquele ato, uma vez que além de competente, o agente tem que ser capaz, nos termos do Código Civil. A autora também afirma que competência é o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.

Ainda que para a referida autora haja o entendimento de que o sujeito seja o autor do ato, em concordância que a colocação do autor Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes é quem melhor conceitua sobre o elemento do ato administrativo “competência”, pois para que o sujeito possa agir, ele tem que possuir competência prevista em lei, ou seja, uma autoridade não é autoridade sem que haja previsão legal.

Meirelles (2008) ainda assevera que quando o ato é emanado de um sujeito que não possui competência para tal, aquele ato praticado não possui validade, não sendo o ato perfeito, não possuindo portanto o poder jurídico para expressar a vontade da Administração Pública.

b) Finalidade

A finalidade do ato administrativo consiste, como mais um requisito necessário, o interesse público a ser atingido.

Para Meirelles (2008), não se concebe um ato administrativo sem fim público, pois é um elemento vinculado de todo o ato administrativo.

[...] o Direito Positivo não admite ato administrativo sem a finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica. Desde que a Administração pública só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, seus

atos não de se dirigir sempre e sempre para um fim público, sendo nulos quando satisfizerem pretensões descoincidentes do interesse coletivo. (MEIRELLES, 2008, p.155).

O autor é bem incisivo quando afirma que todo e qualquer ato administrativo praticado pela administração tem que possuir um fim público e específico, pois deve sempre obedecer ao interesse da coletividade.

Di Pietro (2007) assinala que finalidade é resultado que a administração quer alcançar com a prática do ato. A finalidade contribui para formar a vontade da Administração. Em sentido amplo, a finalidade corresponde sempre à consecução de um interesse público, porém, em sentido restrito, consiste em um resultado específico que o ato administrativo deve produzir, conforme definido na lei. Não há liberdade de opção para a autoridade administrativa.

[...] se a lei coloca a demissão entre os atos punitivos, não pode ela ser utilizada com outra finalidade que não a punição; se a lei permite a remoção ex officio do funcionário para atender a necessidade do serviço público, não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição. Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder. Tanto ocorre esse vício quando a Administração remove o funcionário a título de punição [...]. (DI PIETRO, 2007, p.195).

A definição da autora trata a título de exemplo, do tema semelhante ao objeto desse trabalho monográfico que será tratado em seções seguintes sobre movimentações e ou transferências na Administração Pública da Polícia Militar de Minas Gerais.

Ainda com relação à finalidade, a autora destaca que a finalidade do ato administrativo tem que ser observada em conformidade com a lei, bem como tornar-se-á inválido o ato praticado pela autoridade administrativa quando não houver atendido o interesse público por desvio de finalidade e por consequência, também haverá desvio de poder quando não houver previsão legal a prática do ato.

No mesmo raciocínio, De Mello (2005) define finalidade como sendo o bem jurídico objetivado pelo ato. É o resultado previsto em lei como correspondente à tipologia do ato administrativo, ou seja, para cada finalidade que a Administração pretende alcançar, existe um ato definido em lei, uma vez que o ato administrativo caracteriza-se por sua tipicidade para que se produza determinado resultado.

[...] se o agente tem competência para remover um funcionário e possui também competência para suspendê-lo, não pode removê-lo com a finalidade de puni-lo, pois o ato de remoção não tem finalidade punitiva. Se quiser punir, deverá valer-se de um ato previsto no sistema legal como punitivo. A propósito do uso de um ato par alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma-se falar em “desvio de poder”³ ou “desvio de finalidade”. (DE MELLO, 2005, p. 376).

De Mello (2005), considerando o elemento finalidade, comenta sobre o “desvio de poder” e afirma que esse desvio se manifesta de dois modos, sendo o primeiro quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficiar a si próprio ou amigo e o segundo, é quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à “categoria” do ato que utilizou.

[...] primeira hipótese tem-se no caso de um superior que remove funcionário para local afastado sem nenhum fundamento de fato que requeresse o ato, mas apenas para prejudicá-lo em razão de sua inimizade por ele. [...] segunda hipótese ocorre quando o agente remove um funcionário – que merecia uma punição – a fim de castigá-lo. Ora, a remoção não é ato de categoria punitiva. (DE MELLO, 2005, p. 377)

O autor afirma e esclarece bem a questão da finalidade e do desvio de poder que envolve a desobediência da autoridade administrativa a esse elemento do ato, bem como coloca a questão do desvio de poder praticado pelo agente que não busca a finalidade em acordo com o interesse público e/ou não obedece ou respeita a categoria do ato que utilizou, conforme exemplificou, quando da remoção de funcionário como não sendo ato de categoria punitiva, o administrador mesmo assim, utilizou-se para punir o administrado.

c) Forma

Consiste na exteriorização do ato e de todas as suas formalidades. Deve estar presente até no momento de se dar publicidade ao ato administrativo. (DI PIETRO, 2007, p.192).

É o preenchimento de todos os requisitos legais que o ato administrativo tem que se moldar, desde a origem do ato até a sua publicação.

³ Desvio de poder é quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado.

Gasparini (2005) afirma que forma é o revestimento do ato administrativo, é a maneira pela qual o ato administrativo aparece, revelando sua existência. (GASPARINI, 2005, p.63).

d) Motivo

Para Di Pietro (2007), motivo é o pressuposto de fato e de direito em que se fundamenta o ato administrativo, sendo que o pressuposto de direito é o dispositivo previsto na lei em que se referencia o ato, enquanto o de fato indica o conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato.

Não se deve confundir motivo com motivação, pois, a motivação é o conjunto de motivos de forma escrita, demonstrando que o ato está legalmente fundamentado. É também conhecido como exposição de motivos.

Observa-se que mesmo existindo os pressupostos de direito e de fato, o motivo para que a autoridade administrativa pratique o ato deve estar contido em lei, pois, mesmo que a administração possua um conjunto de circunstâncias de fato, a administração só deve praticar o ato que está previsto em lei.

Meirelles (2008) leciona que motivo é a ⁴causa de uma situação de fato ou de direito que determina ou autoriza a realização do ato administrativo.

O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso, será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração. (MEIRELLES, 2008, p.156).

O autor faz menção ao elemento discricionário, que é aquele elemento que é deixado ao critério do administrador, porém, não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade, ou seja, mesmo a autoridade administrativa possuindo autonomia em alguns casos para que pratique um ato com motivo integrante da perfeição desse ato, a autoridade deve respeitar alguns princípios previstos na lei, pois, a discricionariedade, como será vista

⁴ Alguns autores usam as definições como motivo ou causas administrativas, porém, a maioria dos estudiosos do direito administrativo utiliza somente o termo “motivo”, pois trata-se de terminologia moderna no ramo administrativo.

em Seção seguinte, não pode ser aplicada em desacordo com a lei, sob pena de invalidade do ato administrativo, como é o caso já citado sobre o desvio de finalidade.

De Mello (2005) afirma que motivo é uma situação externa ao ato, porém, é um pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato, sendo que ele pode ser previsto em ⁵lei ou ⁶não. “[...] é a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato.” (DE MELLO, 2005, p. 367).

Como já exposto nesta Seção, mesmo o ato administrativo sendo motivado e a ele autorizada a aplicabilidade da discricionariedade e, apesar de não estar previsto em lei, ele não poderá ser contrário a lei.

e) Objeto

É o assunto no qual o ato administrativo está versando, é onde há o conteúdo do ato incidindo sobre algo.

Para De Mello (2005), é a matéria sobre aquilo que o ato administrativo está dispondo, não podendo haver ato sem que haja alguma coisa em que ele esteja se referindo. “É aquilo sobre o que o ato dispõe.” (DE MELLO, 2005, p. 365).

Observa-se que o autor é bem claro quando afirma que não há como existir um ato administrativo sem que exista alguma coisa que ele se refira. Para existir ato, tem que existir o conteúdo daquilo que se irá incidir.

Meirelles (2008) afirma que o objeto relaciona-se com a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas referentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do poder público.

O objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração Manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente

⁵ É quando o agente só pode praticar o ato administrativo quando houver a situação expressa na lei.

⁶ É quando o agente possui liberdade ou discricionariedade de escolha da situação em vista da qual editará o ato, porém, deve sempre haver um motivo, pois a validade do ato praticado dependerá do motivo enunciado.

situações preexistentes. [...] nos atos discricionários, fica na dependência da escolha do poder público, constituindo essa liberdade opcional o ⁷mérito administrativo. (MEIRELLES, 2008, p. 157).

Para Rosa (2009) o objeto deve ser entendido como “efeito praticado (pretendido) pelo administrador público, civil ou militar, com a edição do ato ou a modificação por ele trazida ao ordenamento jurídico”. (ROSA, 2009, p. 230).

O autor mostra claramente que o efeito que se quer com a prática do ato, tem que ser o que a administração pretende, como exemplo, um ato de nomeação quando o pretendido é o preenchimento de cargo, com direitos e deveres para o nomeado.

Após elencados os elementos do ato administrativo, também se faz necessária uma explanação sobre os atributos administrativos, pois são esses atributos que diferem tais atos dos praticados na esfera do direito civil e comercial.⁸

3.3 Atributos do ato administrativo

a) Presunção de legitimidade

É o atributo que dá qualidade ao ato administrativo de ser verdadeiro e em acordo com a lei. Existe a figura da presunção da veracidade do feito. Assim sendo, a comprovação ao contrário de um ato feito por um agente, cabe a prova em contrário que manifeste que aquele ato foi realizado em não desconformidade com a lei.

Gasparini (2005) afirma que presunção de legitimidade é a qualidade de todo e qualquer ato administrativo de ser tido como verdadeiro e conforme o direito. Milita em seu favor uma presunção *juris tantum*⁹ de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade.

A presunção de legitimidade, como afirmamos, não é *juris et de jure*¹⁰. Vale dizer: admite prova em contrário. Assim, um servidor pode demonstrar que

⁷ O mérito administrativo consubstancia-se na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. (MEIRELLES, 2008, p.158).

⁸ Atributos do ato administrativo, (ROSA, 2009, p. 232).

⁹ *Juris tantum* – significa “De Direito” (COSTA, 1991)

sua transferência para outro setor da Administração Pública não foi em razão da necessidade do serviço, mas por perseguição, e obter a anulação desse ato. (GASPARTINI, 2005, p. 73).

Esse atributo é decorrente do princípio da legalidade, previsto na Carta Política de 1988, e com base nele, segundo Rosa (2009) “os atos administrativos praticados pela administração pública são considerados válidos, o que autoriza a sua imediata execução, independentemente de qualquer pronunciamento do poder judiciário”. (ROSA, 2009, p. 233).

O autor afirma ainda que mesmo depois de praticado, se o ato administrativo estiver viciado devido a prática ilegal da autoridade administrativa, ou seja, se houver algum vício ou nulidade nele, este fato não impedirá que o ato seja executado, “que somente será afastada após pronunciamento do judiciário se o mesmo vier a entender pela nulidade”. (ROSA, 2009, p.233).

Em observância desse atributo, o ato administrativo admite prova em contrário por parte do administrado, porém, cabe a ele o ônus da prova, devendo ser comprovado o vício e/ou a nulidade diante do poder jurisdicional.¹¹

De Mello (2005), discorrendo sobre a questão, assevera que a presunção de legitimidade é a qualidade que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e em acordo com o Direito, até prova em contrário, há, portanto, uma ampla presunção de que o ato é legal, mantendo esse atributo até serem questionados em juízo.

Observa-se que a maioria dos autores possui o mesmo posicionamento à respeito do atributo em questão, entendendo que face a presunção de legitimidade, qualquer ato que a administração pública venha a praticar, presume-se que ele seja em conformidade com a lei, sendo assim, caso o ato não ilegal não seja revisto pela própria administração, caberá ao poder jurisdicional a decisão sobre a validade ou não do ato o arbitrário praticado pela autoridade administrativa.

No mesmo entendimento, Di Pietro (2007) afirma que a presunção de legitimidade se refere à conformidade do ato administrativo com a lei, sendo que nesse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

¹⁰ Presunção absoluta ou de direito – é o que acontece nos casos de coisa julgada no sistema jurídico.

¹¹ Por intermédio da Emenda Constitucional 045/2004, se o Militar Estadual provar vício ou nulidade em ato administrativo disciplinar, deverá fazê-lo perante a Justiça Militar Estadual.

A autora corrobora o que diz a doutrina sobre as questões já definidas pelos outros autores citados nesta Seção.

b) Imperatividade

“É o atributo no qual o ato administrativo se impõe a terceiros, independentemente de sua concordância.” (DE MELLO, 2005, p.388). É a imposição de uma coercibilidade para o cumprimento ou para a execução do ato administrativo.

Esse atributo permite a administração utilizar, caso necessário, a força para o cumprimento e ou observação de um ato administrativo até mesmo sem a apreciação do poder jurisdicional, para que o ato seja cumprido.

Gasparini (2005) afirma que é a qualidade que alguns atos administrativos possuem para construir situações de observância obrigatória em relação a quem se destina o ato, independente da concordância, bem como de sua aquiescência.

[...] sempre que o ato administrativo for dotado desse atributo, impõe-se mesmo que contrarie os interesses do destinatário. (GASPARINI, 2005, p.74).

Como já mencionado anteriormente, em princípio, a administração possui razão, mesmo porque há o emprego do atributo presunção de legitimidade.

Di Pietro (2007) afirma que Imperatividade é o atributo que decorre da prerrogativa que o poder público possui, por intermédio de atos unilaterais, de impor obrigações a terceiros.

Ressalva, porém, a autora, que esse atributo não está presente em todos os atos administrativos, estando somente naqueles atos que impõem obrigações. Entretanto, não há esse atributo em atos que conferem direitos solicitados pelo administrado (licença, autorização, permissão, admissão) ou dos atos anunciativos (certidão, atestado, parecer), sendo, porém, atributo inexistente.

c) Exigibilidade

De Mello (2005) revela que o atributo administrativo de Exigibilidade é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância das obrigações que impôs.

[...] é o atributo do ato pelo qual se impele à obediência, ao atendimento da obrigação já imposta, sem necessidade de recorrer ao poder judiciário para induzir o administrado a observá-la. (DE MELLO, 2005, p. 388).

Gasparini (2005) assim define o atributo exigibilidade:

É a qualidade do ato administrativo que impele o destinatário à obediência das obrigações por ele impostas, sem necessidade de qualquer apoio judicial. [...] o Estado pode exigir e obter dos destinatários do ato administrativo o cumprimento da obrigação ou do dever imposto, sem auxílio de ordem judicial.

Esse atributo menciona sobre exigências por parte da Administração Pública para o cumprimento de obrigações, sendo que tanto a doutrina, quanto a maioria dos autores estatuem que o Estado pode exigir de terceiros as obrigações a eles impostas, sendo assim, a autora Di Pietro (2007) cita alguns exemplos do atributo exigibilidade.

Di Pietro (2007) averba que exigibilidade é quando a administração se utiliza de meios indiretos de coerção, como por exemplo, a multa e outras penalidades administrativas, em caso de descumprimento do ato.

Conforme já mencionado, a autora corrobora com as definições elencadas pelos outros autores no que tange ao atributo do ato administrativo: exigibilidade.

d) Auto-executoriedade

“É quando o poder público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu.” (DE MELLO, 2005, p. 388).

Gasparini (2005) afirma que é a qualidade do ato administrativo que dá ensejo à administração pública de direta e imediatamente, executar o ato, “são situações em que se exige imediata ação da administração pública”.¹² (GASPARINI, 2005, p.76).

Ainda segundo o autor, sendo o ato executado de imediato e de forma ilegal, o administrado que se sentir ameaçado ou atingido nos seus direitos pela auto-executoriedade, pode pedir proteção judicial, visando obstar sua utilização ou sustar sua aplicação.

Essas medidas judiciais, especialmente adequadas a oferecer essa proteção ao administrado, são o mandado de segurança, preventivo ou suspensivo (CF, art.5º, LXIX, e Lei n. 1.533/51), e o habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII). Este, também, preventivo ou suspensivo. (GASPARINI, 2005, p. 76).

Esse atributo não se faz presente em todos os atos administrativos, ele existe apenas nos casos em que há previsão legal, como por exemplo, nos casos em que são empregados o poder de polícia, atuação da Polícia Ambiental na questão de embargo de atividade de extração mineral, onde há previsão de quais são as medidas a serem tomadas pela força policial.

Di Pietro (2007) expõe que a auto-executoriedade é um atributo no qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria administração pública, sem necessidade de intervenção judicial, porém, no direito administrativo, esse atributo não existe, também, em todos os atos administrativos sendo possível somente nos casos previsto em lei. Eis o que exemplifica:

Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas auto-executórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas auto-executórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir; quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece no âmbito também da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas. (DI PIETRO, 2007, p.187).

¹² Como exemplo de auto-executoriedade por parte da administração pode-se citar o caso de apreensão de material proibido de pesca, previsto no código de pesca .

3.4 Classificação dos atos administrativos

Para que se possa melhor compreender a classificação dos atos administrativos focados no tema deste trabalho monográfico, proceder-se-á a exposição, tendo como referência o autor Gasparini (2005, p. 77-82):

a) Quanto à natureza da atividade administrativa: atos de administração verificadora – os que apuram a existência de uma situação de fato ou de direito e atos da administração contenciosa que decidem no âmbito da Administração pública, os assuntos de natureza litigiosa, a exemplo de um ato de punição e do ato que defere um pedido de administrado.

b) Quanto à natureza de conteúdo: ato concreto e abstrato: concreto quando é elaborado para um único e específico fato, esgotando-se nessa aplicação, e abstrato quando os atos possam repetir-se reiteradas vezes, quando não se esgotam. Há, como exemplo, o Regulamento em casos que não existe previsão concreta sobre o fato.

c) Quanto aos destinatários do ato: atos individuais, pois há a figura do destinatário certo, nominado¹³.

d) Quanto ao grau de liberdade da Administração Pública para decidir: pode ser aplicado o ato administrativo vinculado ou discricionário. O ato vinculado é aquele ato previsto na lei e ou norma sendo esse ato praticado pela Administração Pública sem qualquer liberdade. A lei é que determina quando e como a Administração pública deve agir; de maneira que o ato discricionário é aquele praticado pelo administrador público com certa margem de liberdade. Ressalta ainda o autor que o ato discricionário difere do ato arbitrário, uma vez que este é ilegal, pois, a sanção arbitrária contraria a lei e a discricionária, não.

e) Quanto aos efeitos: atos constitutivos, pois implantam uma nova situação jurídica ou que modificam ou extinguem uma situação existente, como por exemplo, o estudado no presente trabalho.

¹³ Na Polícia Militar de Minas Gerais, nos casos de punições e ou transferências, via de regra, aplica-se o ato administrativo individual, pois, cada Militar punido e ou movimentado possui sua identificação e destino, ou a pena a ele imposta.

f) Quanto à abrangência dos efeitos: ato interno e externo, sendo o interno quando produz seus efeitos apenas no interior da Administração Pública, sem alcançar terceiros; ao passo que o ato externo é aquele que produz seus efeitos além do interior da Administração Pública, como é o caso de uma transferência de um funcionário público, pois, sua família é atingida pelos efeitos da decisão da administração.

g) Quanto à composição da vontade: ato simples, porque os atos são oriundos da manifestação jurídica de um único órgão, de um único agente.

h) Quanto à vontade administrativa: atos negociais, pois são os atos que preordenam produzir um dado resultado jurídico, como exemplo, a movimentação de pessoal no âmbito da PMMG cria um efeito jurídico ao se punir o policial militar, em especial quando é proveniente de alguma punição disciplinar.

4 PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No ordenamento jurídico, confere-se à Administração Pública, para que ela tenha realmente eficácia em suas atividades, poderes que garantam o desempenho de seu papel perante a coletividade.

São prerrogativas colocadas à disposição da administração e do administrador público para que ele possa agir e atingir a grande finalidade da administração, que é o interesse público.

Os doutrinadores costumam dizer que esses poderes são denominados de poderes-deveres, ou seja, é porque na medida e ao mesmo tempo em que o administrador precisa utilizá-los, ele deve fazê-lo, não cabe ao administrador escolher se vai ou não usar o poder quando este tem de ser efetivado, exercido.

Esses poderes são instrumentais, portanto não devem ser confundidos com os poderes estruturais do Estado, ou seja, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Para Medauar (2007), o conceito de poder é amplo e, ao mesmo tempo, de grande significância no que se refere ao direito público. O termo “poder” em sentido geral pode significar: capacidade geral de agir nas relações humanas: predomínio da vontade de uma pessoa sobre as demais; nos vínculos entre órgãos administrativos: predomínio de um sobre o outro; nos vínculos funcionais entre autoridades ou agentes públicos: expressa a ascendência de uns sobre os outros, sendo assim, o poder sempre deve estar atuante quando o interesse coletivo estiver em pauta, devendo a autoridade legalmente constituída agir em prol do interesse público.

Como a finalidade deste trabalho é a questão de aplicação da discricionariedade administrativa no qual o agente administrador pode transferir um policial militar por conveniência da disciplina aplicado, por entendimento deste pesquisador, como pena cumulativa, serão demonstrados alguns poderes relacionados especificamente ao presente tema.

4.1 Poder vinculado

Analisando os princípios da Administração Pública já referenciados na Seção 2, constantes na Carta Magna de 1988, frisa-se que o princípio da legalidade é que norteia as atividades exercidas pela Administração. Surge entre a vinculação dos atos do agente público com a obrigatoriedade em seguir a norma jurídica.

O poder vinculado, que também é conhecido como competência vinculada, explica-se quando sua ação não poder ser discricionária.

Medauar (2007) assinala: “O ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e condições, canalizando-o a uma só direção. Por isso, na doutrina, diz-se que há matéria de reserva legal absoluta, em que o vínculo da Administração ao bloco de juridicidade é máximo”. (MEDAUAR, 2007, p. 106).

Meirelles (2008) averba que ninguém pode exercer o poder administrativo sem que tenha competência legal para fazê-lo, ou até mesmo desviado de seu objetivo público, ou com preterição de requisitos ou do procedimento estabelecido em lei, regulamento ou edital.

Relegado qualquer um desses elementos, além de outros que a norma exigir, o ato é nulo, e assim poder ser declarado pela própria Administração ou pelo judiciário, porque a vinculação é matéria de legalidade. (MEIRELLES, 2008, p. 120).

O Poder vinculado está relacionado com o mérito do seu exercício, pois o administrador vai utilizá-lo quando tiver diante de uma situação clara e objetiva e de um único comportamento a ser tomado. Nesse exercício não há a figura da conveniência e da oportunidade a serem avaliados.

4.2 Poder discricionário

Contrapondo o poder vinculado, há na administração pública o poder conferido ao agente público para agir com discricionariedade para que ele tenha maior liberdade no âmbito administrativo, ou seja, o administrador faz um juízo de conveniência e oportunidade, ele pensa para praticar um determinado ato.

Para Meirelles (2008) dá-se o nome de poder discricionário, quando o administrador detém o poder de decidir ou aplicar de maneira expressa ou não, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, liberdade e conteúdo, porém, dentro dos limites conferidos em lei.

Vale ainda ressaltar que poder discricionário não se confunde com o poder arbitrário, pois, o poder arbitrário é aquele contrário ou que extrapola os limites que a lei assim o permite.

Na Polícia Militar de Minas Gerais, há diversos atos que podem ser realizados pelo administrador de forma discricionária como é o caso do presente objeto de estudo, a movimentação por conveniência da disciplina, onde a autoridade movimenta por conveniência, um policial militar que tenha porventura cometido um ato de indisciplina, porém, o policial militar pode ou não ser transferido quando do cometimento de qualquer punição que venha ter sofrido, sendo ela de natureza leve, média ou grave, como veremos no decorrer do presente trabalho monográfico.

Para Justen Filho (2006) a discricionariedade administrativa, que vem do poder discricionário conferido ao administrador público é:

[...] o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 160).

O que o autor quis dizer é que o administrador deve, nos casos em que há possibilidade de aplicação de atos administrativos, observados o dever de realizar o ato e o poder em concretizá-los, ele deve verificar qual é o melhor caminho para se decidir para que não haja, naquele caso em específico, abuso de poder a ele atribuído.

Nas decisões tomadas na Polícia Militar de Minas Gerais, referentes ao tema em questão, não há previsão de vinculação das movimentações de pessoal com possíveis punições impostas a policiais militares, pois, há movimentações por conveniência da disciplina onde os administrados não cometeram transgressões às normas internas e ou externas e, por decisão da autoridade, com base em relatório feito pelo chefe direto do Militar, o administrado é transferido da cidade em que trabalha para outra cidade, preferencialmente para outro local de considerável distância, a título de castigo, sem conceder o direito do movimentado a qualquer tipo de defesa e/ou explicação.

A Lei 5301 que dispõe sobre o Estatuto de Pessoal da Polícia Militar de Minas Gerais, prevê em seu artigo 168, § 2º, que consta que “a movimentação por conveniência da disciplina será feita por solicitação documentada, do comandante ou Chefe do Serviço ao Comandante Geral, e em princípio, quando o Oficial for punido com prisão”.

Nota-se que não há nesse artigo qual é o motivo que deve ser expresso na solicitação feita pelo agente administrativo, ou seja, qual falta disciplinar o policial militar tenha que cometer para que se enquadre nesse tipo de movimentação.

Ressalta-se que de acordo com a lei 14.310 de 2002, não há mais no Código de Ética e Disciplina dos Militares de Minas Gerais a pena disciplinar de prisão, daí vale definir o que alguns autores definem sobre o que é mérito do ato administrativo.

Para De Mello (2005) o mérito do ato discricionário é:

[...] um suposto campo de liberdade que a lei efetivamente venha a “remanescer em um caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada”. (DE MELLO, 2005, p. 888).

O que o autor apresenta é que o administrador em um caso concreto ou já definido e, segundo a conveniência e oportunidade, bem como todos os requisitos legais serem preenchidos, ele adote as providências no qual seja apenas uma, porém, de forma adequada ao caso.

No caso da movimentação por conveniência da disciplina do policial militar, não é apenas uma, mas sim duas providências administrativas tomadas em desfavor do administrado.

Medauar (2007) assevera que o “poder discricionário é a faculdade atribuída ao administrador público, face determinada circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis”. (MEDAUAR, 2007, p.107, grifo nosso).

A autora nos mostra que mesmo existindo outras possibilidades para o administrador seguir quanto à realização de determinado ato administrativo, ele tem que tomar a que melhor se enquadra naquele momento e não duas ou mais ações administrativas com relação àquele ato.

Além do já mencionado, a autora afirma que “o poder discricionário deve observar as normas processuais e procedimentais, quando pertinentes à atuação, tais como: contraditório, ampla defesa, adequada instrução, inclusive com informações técnicas e atos probatórios”. (MEDAUAR, 2007, p. 113).

Nota-se que a autora teve a preocupação em elencar princípios constitucionais expressos na Carta Política de 1988, afirmando que mesmo naqueles atos administrativos discricionários, os preceitos elencados devem ser obedecidos pela autoridade administrativa.

Para Costa (2009), em se tratando de direito administrativo disciplinar, assevera que: “[...] por força mesmo de lei, é dada à administração pública, certa franquia para decidir sobre a conveniência e oportunidade, por ocasião da aplicação de certas reprimendas disciplinares”. (COSTA, 2009, p. 95)

Di Pietro (2007) averba que no Estado de Direito o princípio que o ampara é a legalidade, ou seja, todos os poderes que a Administração Pública exerce são limitados pela lei, de maneira a impedir possíveis abusos que a autoridade administrativa porventura possa cometer.

Por outro lado, segundo a autora, em alguns casos, a lei deixa certa margem de decisão perante caso concreto de tal maneira que a autoridade poderá escolher por uma dentre diversas outras soluções possíveis para aquele fato, porém, todas válidas frente ao direito, e, esse poder denomina-se de poder discricionário.

Assevera ainda a autora que a utilização de uma ou outra solução dentro da administração é baseada em critérios de mérito – oportunidade, conveniência, justiça e igualdade a serem seguidos rigorosamente pelo administrador público.

Diante do afirmado pela autora, pode-se dizer que mesmo tendo a autoridade administrativa o poder discricionário para caso concreto, ele não possui liberdade ampla,

pois diante de alguns aspectos como a competência, a forma e a finalidade a lei impõe seus limites.

Di Pietro (2007) assevera que quando a administração ultrapassa os limites da lei, toda a decisão passa a ser arbitrária: “a arbitrariedade coloca-se do outro lado da linha que demarca o limite da discricionariedade. Aquela é a liberdade de ação que ultrapassa os limites da lei; esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei”. (DI PIETRO, 2007, p. 67).

O administrador pode, sim, tomar providência com discricionariedade em casos concretos, porém deve sempre estar em consonância com a previsão legal para aquele caso em específico, daí, a definição da autora sobre a questão da discricionariedade administrativa.

[...] a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito. (DI PIETRO, 2007, p.67).

A autora afirma ainda que quanto à apreciação dos fatos que geram a aplicação do ato administrativo por parte da autoridade administrativa, não há discricionariedade, pois, a administração só tem que constatar a existência real dos fatos, de tal modo que, se estes inexistirem ou forem diversos, o ato será ilegal.

A qualificação jurídica dos fatos constitui limite a atuação discricionária, na medida em que precisa ser necessariamente motivada. Nessa fase é que a Administração é limitada pelos princípios gerais de direito, em especial a racionalidade ou razoabilidade, a justiça, a igualdade, o direito de defesa. (DI PIETRO, 2007, p. 134).

Esses princípios na Polícia Militar de Minas Gerais devem ser observados, principalmente no que concerne sua aplicabilidade nos processos e procedimentos disciplinares, sendo eles constantes do CEDM e no MAPPAD¹⁴.

¹⁴ CEDM: Código de Ética e Disciplina dos Militares de Minas Gerais.

MAPPAD: Manual de Processos e Procedimentos Administrativos Disciplinares da Polícia Militar de Minas Gerais.

Como já exposto na presente seção, o princípio da razoabilidade também é de grande importância quando se faz referência aos limites do poder discricionário, sendo esse princípio expressamente inserido na lei federal 9.784/99¹⁵.

Di Pietro (2007) leciona que quando não aplicado o princípio da razoabilidade no poder discricionário, não haverá também a proporcionalidade no ato aplicado.

“A irrazoabilidade, basicamente corresponde a falta de proporcionalidade, de correlação ou de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa. O princípio tem grande aplicação no direito francês, no direito argentino, no direito espanhol, onde, com frequência, o Judiciário anula atos administrativos que contrariem o princípio da razoabilidade, precisamente pela inexistência daqueles requisitos. A matéria é particularmente relevante quando se trata de sanções disciplinares ou de medidas de polícia, umas e outras excessivas ou sem qualquer correlação com os fins visados pelo ordenamento jurídico. (DI PIETRO, 2007, p. 201).

Rosa (2009) expressa que “a aplicação de sanção administrativa possui o seu aspecto educativo, mas esta deve ser proporcional à falta cometida, para se evitar o excesso e a prática de arbitrariedades”. (ROSA, 2009, p.24).

Nota-se que no poder discricionário deve estar presente, mesmo em se tratando de sanção administrativa, a figura do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de haver excessos por parte da autoridade administrativa, uma vez que o ato aplicado de maneira desproporcional torna a ação do administrador ilegal e arbitrária.

4.3 Poder Regulamentar

É o poder que a Administração Pública possui quanto à edição de atos administrativos que se denominam regulamentos, desde que estejam em conformidade com a lei. Então, quando os administradores públicos praticam esses atos, estão desempenhando o poder regulamentar.

O poder regulamentar também é conhecido como poder normativo. É aquele que é conferido a Administração para a edição de atos de caráter normativo como as portarias, ordem de serviço, instrução normativa e decretos.

¹⁵ Lei Federal 9.784/99 – disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Gasparini (2005) afirma que “poder regulamentar consiste na ‘atribuição privativa do chefe do Poder Executivo para, mediante decreto, expedir atos normativos, chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la”’. (GASPARINI, 2005, p. 117).

4.4 Poder hierárquico

O Poder Hierárquico decorre do vínculo que a autoridade administrativa possui com o administrado de superior a subordinado que implica em dar ordens, fiscalizar, delegar e rever atos dos menos graduados, sendo estes, possuidores do dever de obedecer ao que for determinado.

Para De Mello (2005) “[...] é o vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarquia e subalterno. Os poderes do hierarca conferem-lhe uma contínua e permanente autoridade sobre toda a atividade administrativa dos subordinados”. (DE MELLO, 2005, p. 140).

Para Di Pietro (2007) o conceito é amplo, sendo:

[...] editar atos normativos (resoluções, portarias, instruções), com o objetivo de ordenar a atuação dos órgãos subordinados; trata-se de atos normativos de efeitos apenas internos e, por isso mesmo, inconfundíveis com os regulamentos; são apenas e tão somente decorrentes da relação hierárquica, razão pela qual não obrigam pessoas a ela estranhas; [...] dar ordens aos subordinados, que implica o dever de obediência, para estes últimos, salvo para ordens manifestamente ilegais; [...] controlar a atividade dos órgãos inferiores, para verificar a legalidade de seus atos e o cumprimento de suas obrigações, podendo anular os atos ilegais ou revogar os inconvenientes ou inoportunos, seja ex officio, seja mediante provocação dos interessados, por meio de recursos hierárquicos; [...] aplicar sanções em caso de infrações disciplinares; [...] avocar atribuições, desde que estas não sejam da competência exclusiva do órgão subordinado; [...] delegar atribuições que não lhe sejam privativas”. (DI PIETRO, 2007, p. 84).

É o que ocorre na Polícia Militar de Minas Gerais, um comandante de Unidade possui competência para editar atos normativos como instruções, resoluções e memorandos, objetivando uma padronização dos procedimentos administrativos dentro dos demais setores constantes no batalhão.

Cabe também aos comandantes aplicar sanções disciplinares, avocar atribuições das seções subordinadas e ou pareceres em processos e/ou procedimentos administrativos, bem como delegar atribuições que não são privativas de Comandante, como presidir um inquérito policial militar, encarregado de sindicância e outros procedimentos administrativos.

O poder é utilizado para que a administração pública possa se organizar, se estruturar e estabelecer relações de coordenação e subordinação, ou seja, quem manda em quem. Consiste em dar ordens, fiscalizar, delegar, ou seja, passar atribuições para o administrado, exceto quando há exceções previstas na lei 9.784/99 em seu artigo 13, quais sejam: não é possível delegar a edição de atos normativos. De igual forma, não é possível a delegação da decisão de recursos administrativos. Outra situação em que a lei proíbe é sobre as matérias de competência exclusiva.

Vale lembrar também, como consequência do exercício do poder hierárquico, a avocação por parte da autoridade administrativa, que consiste no movimento contrário à delegação, ou seja, o superior pode avocar, pegar a atribuição do seu subordinado para si.

4.5 Poder Disciplinar

Por intermédio desse poder, a Administração Pública vai sancionar, punir e disciplinar os seus agentes públicos. Alguns doutrinadores ainda acreditam que o poder disciplinar pode ser usado para punir pessoas submetidas à disciplina da administração, tais como: estudantes de escola pública, pois estão sujeitos à Administração, como a multa, suspensão e outros.

O poder disciplinar pune pessoas no âmbito interno da Administração, sendo que esse poder pode ser tanto vinculado quanto discricionário, pois a sua aplicação e execução são vinculadas, porquanto a autoridade, tomando conhecimento de uma falta de seu subordinado, tem que usar o poder disciplinar vinculado. Por outro lado, ela tem oportunidade em escolher a pena, ou seja, qual o tipo de pena a ser aplicada, desde que dentro do parâmetro que a legislação lhe faculta. A autoridade tem que punir, mas com discricionariedade dentro do que a lei permite.

Gasparini (2005) considera que poder disciplinar é a atribuição que se reconhece favorável a Administração Pública para punir seus servidores pelo cometimento de infrações funcionais.

O autor ainda diz que o fundamento do poder disciplinar “reside na supremacia especial que a Administração Pública exerce sobre as pessoas que a ela se ligam por relações jurídicas específicas, como é o caso da estatutária”. (GASPARINI, 2005, p. 229).

Afirma o autor que para que haja uma punição administrativa, a falta deve ser devida e regularmente apurada.

A apuração é feita em processo disciplinar, também chamado de inquérito administrativo, em que se deve dar ao servidor infrator amplo direito de defesa, consoante estabelece o art. 5º, LV, da Constituição Federal. A partir disso, o ato punitivo deve ser motivado. A motivação objetiva evidenciar a conformação da pena com a falta e permitir que se confirmem, se existentes, na realidade, os fatos alegados como motivos pela Administração Pública para a imposição da pena”. (GASPARINI, 2005, p. 229).

Di Pietro (2007) assinala que cabe a Administração pública apurar as infrações e punir os administrados com as penalidades, bem como as demais pessoas sob a sujeição administrativa, como já mencionado, exemplificando o caso de estudantes de uma escola pública.

Afirma ainda a autora que o poder disciplinar é decorrente do poder hierárquico, bem como possui natureza discricionária, o que deve ser entendido em seus devidos termos.

A administração não tem a liberdade entre punir e não punir, pois, tendo conhecimento da falta praticada pelo servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível. [...] A discricionariedade existe, limitadamente, nos procedimentos previstos para a apuração da falta, uma vez que os estatutos funcionais não estabelecem regras rígidas como as que se impõem na esfera criminal. [...] Nenhuma penalidade pode ser aplicada sem prévia apuração por meio de procedimento legal, em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da Constituição)”. (DI PIETRO, 2007, p. 82-83).

Proceder-se-á em outra seção do presente trabalho monográfico a definição de processo e procedimento administrativo, bem como os princípios constitucionais e inerentes a esses conceitos.

5 PROCESSO E PROCEDIMENTO

Nesta Seção, torna-se necessário discorrer sobre processo e procedimento no âmbito da administração, pois estão ligados ao tema proposto quando da aplicação ou não do devido processo legal com foco nos princípios necessários para que o ato administrativo se torne perfeito e dentro da legalidade na PMMG.

5.1 Processo

Em sentido amplo, processo significa avanço, marcha para frente, progresso ou desenvolvimento. Seria uma sucessão coordenada de atos dentro da atividade administrativa e se apresenta coordenada de atos objetivando um resultado final que respalda uma decisão administrativa.

Gasparini (2005) afirma que processo “[...] designa o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados, e necessários a alcançar uma decisão sobre certa controvérsia [...]”. (Gasparini 2005, p. 856).

Medauar (2007) ensina que nem todos os atos administrativos são editados pelos agentes da administração, sendo que em vários casos, a ordem impõe a precedência de uma série encadeada de fases, de maneira que o objetivo seja a elaboração de um ato-administração, sendo que esses são emitidos como resultado de um processo administrativo.

A autora ainda esclarece que durante muito tempo, o emprego do termo Processo era associado à função jurisdicional, sendo que não havia como se referir ao presente termo com vínculo na administração pública, com referência entre as relações com os cidadãos, tanto individual ou como pessoas jurídicas.

Recentemente, houve um direcionamento do termo processo para emprego ligado ao exercício do poder estatal¹⁶ com reflexo na passagem do poder do Estado em seus atos e em suas decisões.

¹⁶ A partir da década de 50 – Medauar (2007) .

Para a autora, o processo está presente em todos os poderes existentes no Estado, ou seja, no exercício da função jurisdicional, função legislativa e executiva.

Carvalho Filho (2008) averba que:

Se a função primordial exercida no processo é a legiferante, estaremos diante do processo legislativo, e nele estará também presente a relação jurídica entre vários agentes e órgãos, desta feita de caráter político, cujas atividades, desenvolvidas em seqüências previamente determinadas, tem por escopo a promulgação da lei. Assim como a sentença é o objetivo final do processo judicial, a lei é o fim último do processo legislativo. Por outro lado, se a função é administrativa, a relação jurídica traduzirá processo administrativo, sendo, da mesma forma, inafastáveis as características do processo em geral – de um lado, as atividades seqüenciadas produzidas pelos figurantes da relação jurídica e, de outro, o objetivo final a que se destina. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 906).

O autor mostra com essa abordagem, como são os diferentes tipos de processos existentes no âmbito dos poderes legislativo, jurisdicional e executivo, versando que todos têm as mesmas características, porém diferem com seus respectivos objetivos a que se destinam, ou seja, o jurisdicional com uma possível condenação; o legislativo com a promulgação da lei elaborada e no executivo com a busca da solução e do desempenho administrativo, sendo que nem sempre haverá conflito de interesses entre as partes.

Ainda o autor explica que com relação à expressão processo administrativo, o processo já está consagrado pelas diversas camadas da população, bem como pela própria carta política de 1988.

[...] é reconhecida pelas mais diversas camadas da população e a esta altura não há qualquer razão para ser alterada. A própria Constituição Federal, para exemplificar, faz, por mais de uma vez, referência à expressão processo administrativo (ou simplesmente a processo), reafirmando a aceitação geral da nomenclatura dispensada aos instrumentos formais pelos quais se exerce a função administrativa. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 906).

Di Pietro (2007) afirma que processo é a forma, instrumento, o modo de proceder, o meio utilizado para se conseguir um objetivo. Na Administração Pública há sempre uma formalidade, uma técnica pela qual ela sempre deverá utilizar para se chegar a um objetivo, para se alcançar um resultado em especial, e esse instrumento é que chamamos de processo administrativo.

A autora ainda diz que o processo é um tipo de fenômeno que sempre está em crescimento e/ou desenvolvimento, sendo, portanto, esse fenômeno quem cria as relações jurídicas no âmbito da administração pública.

Meirelles (2008) averba que “processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo”. (Meirelles, 2008, p. 692).

Ainda segundo Meirelles (2008) o processo pode se realizar por diferentes procedimentos, uma vez que procedimento é o próprio rito processual, a maneira como se faz o processo, voltados para a natureza da questão a decidir e os objetivos dessa decisão.

Meirelles (2008) ainda ensina que não existe processo sem procedimento, porém, existem procedimentos administrativos que não constituem processo, como é o caso de licitações e nos casos de concursos.

5.2 Procedimento

Consiste em um conjunto de atos, interligados e progressivamente ordenados com foco na produção de um resultado final. Quando a Administração Pública observa o procedimento, torna-se importante para o encadeamento dos atos previstos em lei. Isto é indispensável para o seguimento da legalidade, bem como para a legitimidade de uma decisão a ser tomada pela autoridade administrativa.

É importante salientar que os atos constantes de uma cadeia procedimental convergem para a consubstanciação de um único provimento, manifestando-se em consonância com a vontade da Administração Pública em casos precisos.

Para De Mello (2005), em se tratando da terminologia processo ou procedimento administrativo, não há pacificação, pois no procedimento existe a figura da tradição, enquanto o processo possui caracterização mais recente, então o autor usa indiferentemente um ou outro termo.

Procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir um procedimento ou processo cumpre que haja uma sequência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como “autonomia relativa”. Por conseguinte, cada ato cumpre uma função especificamente sua, em despeito de que todos co-participam do rumo tendencial que os encadeia: destinarem a compor o desenlace, em um ato

final, pois estão ordenados a propiciar uma expressão decisiva a respeito de dado assunto, em torno do qual todos se polarizam. (DE MELLO, 2005, p. 453).

Continuando, o autor afirma que a cada finalidade administrativa correspondem medidas próprias, previamente admitidas pela lei a serem alcançadas por uma via também estabelecida de antemão, neste caso, sendo o processo ou procedimento.

É por intermédio de um processo ou procedimento que a administração busca um itinerário para uma ordenação em sequência dos atos com o fito de garantir a conclusão final administrativa legal e que se possa controlar a ocorrência do resultado obtido.

Voltando a De Mello (2005), para ele diversos autores divergem sobre a terminologia adequada para demonstrar esse conflito.

Temos, até o presente, nos referido a procedimento ou processo por que os autores e até as leis mencionadas divergem sobre a terminologia adequada para batizar tal fenômeno. Não há negar que a nomenclatura mais comum no direito administrativo é procedimento, expressão que se consagrou entre nós, reservando-se, no Brasil, no nome júris, processo para os casos contenciosos, a serem solutos por um “julgamento administrativo”, como ocorre no processo tributário” ou nos processos disciplinares dos servidores públicos”. Não é o caso de armar-se um “cavalo de batalha” em torno de rótulos. Sem embargo, cremos que a terminologia adequada para designar o objeto em causa é “processo”, sendo “procedimento” a modalidade ritual de cada processo. É provável, ou ao menos muito possível, que a partir da lei federal, em sintonia com ela, comece a se disseminar no País a linguagem “processo”. Quanto a nós, tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de uma milita a tradição (“procedimento”) e em favor de outra a recente terminologia legal (“processo”), daqui por diante usaremos indiferentemente uma ou outra. (DE MELLO, 2005, p. 453 - 454).

Referido mestre transparece que procedimento não passa de um rito do processo, conforme externado por ele quando da colocação que muito esclarece a questão.

Dizem eminentes nestes que esta sucessão de atos tendentes a uma finalidade é um processo e que há, sem dúvida, formas específicas de realizá-lo, isto é, aspectos externos dele, os quais constituem os procedimentos. Por força disto, muitos sustentam, a nosso ver com razão, consoante dantes dissemos que o chamado procedimento administrativo melhor se denominaria “processo”, por ter realmente esta natureza, o que, de resto, é exato. (DE MELLO, 2005, p. 457 – 458).

Gasparini (2005) entende que quando se observa a ação da Administração pública, verifica-se que o resultado por ela desejado somente é alcançado depois da “realização de uma série de atos administrativos interligados, em que a prática de qualquer um depende da efetivação do que lhe é imediatamente anterior. Quando isso ocorre, está-se diante do que os autores chamam de procedimento administrativo”. (GASPARINI, 2005, p.446).

Para Di Pietro (2007), procedimento é um "conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo". (DI PIETRO, 2007, p. 578).

Carvalho Filho (2008) compreende que procedimento é tudo aquilo ou os meios utilizados para se alcançar a finalidade do processo, pois assim o autor define que “[...] o sentido do procedimento revela a própria sequência ordenada de atos e de atividades produzidos pelos interessados para a consecução dos objetivos do processo”. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 906).

Meirelles (2008) assevera que “procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual”. (Meirelles, 2008, p. 692).

O autor ainda afirma que o que estabelece a tipificação de um procedimento de processo é o modo específico do ordenamento dos atos do processo.

Diante de vários conflitos sobre as definições de processo e procedimento, como já dito nesta Seção, verifica-se na teoria moderna que, praticamente não há mais dúvidas com relação ao emprego das terminologias em questão.

Após essa pesquisa, optou-se em seguir a definição e o emprego do termo processo, pois, o tema proposto envolve um conjunto de atos administrativos que levam um comandante e ou autoridade administrativa a movimentar um policial militar de uma localidade para a outra por conveniência da disciplina.

Para isso, há necessidade de esclarecimentos e conceituações em relação aos princípios previstos na Carta Política de 1988 que devem ser respeitados perante o processo administrativo, porém, no caso em questão, far-se-ão as considerações com ênfase no direito administrativo militar.

6. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ASSEGURADOS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO MILITAR

Para um melhor entendimento sobre a questão, as considerações serão feitas com base no autor ROSA (2009) que, além de abordar o tema com uma visão recente, sua obra esclarece sobre pontos necessários para uma futura conclusão. Estudo comparativo será feito com alguns autores como Di Pietro, De Mello, Pamplona, Batisti e outros.

Como já visto nas Seções anteriores, os atos administrativos compõem-se sucessivamente e seguindo um itinerário, os processos, daí, os princípios Constitucionais aplicáveis aos atos administrativos estarem também inseridos dentro do processo administrativo, no caso em questão no âmbito Militar, tais como os princípios da legalidade, oficialidade, impessoalidade, moralidade e seguintes.

Antes de discorrer sobre os Princípios Constitucionais aplicados ao Processo Administrativo Militar, faz-se necessário fazer algumas colocações sobre a Constituição de 1988.

a) O termo Constituição para que melhor se entenda seus fundamentos, será demonstrado um entendimento sobre o que é uma constituição, pois, sabe-se que essa palavra possui vários significados no idioma brasileiro como: ato de constituição, passando pela organização de algo e até mesmo um conjunto de leis que regem um país, chegando assim no seu significado no mundo jurídico.

Diniz (1992) afirma que Constituição é:

Um conjunto de normas determinantes das funções e competências dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, estabelecendo não só as formas, mas também as diretrizes e os limites ao exercício daquelas competências públicas. (DINIZ, 1992. p.8)

Com esse conceito, a autora mostra que a Constituição é que fundamenta todos os outros ramos do direito, traça as linhas mestras para serem seguidas e respeitadas pelos vários ramos jurídicos. Ela é que configura o ordenamento jurídico do Estado, ditando as regras para que os novos elementos desse ordenamento possam integrá-lo. Possui um repertório e uma estrutura própria, pelo que se pode afirmar que configura um sistema, ou

seja, contém elementos que o caracterizam e que estão em sinergia com uma norma especial, de maior grau hierárquico, que determina a validade das demais normas do sistema, assim como os meios para o seu ingresso. Esta norma superior é a Constituição.

As normas constitucionais são as regras e princípios que estão contidas no texto da constituição, ou dele podem ser inferidos.

Na concepção de Canotilho (1995), as normas do sistema jurídico podem ser classificadas como princípios ou regras. O autor sugere vários critérios para a distinção entre os princípios e regras, alertando para o fato de que tal distinção não será tarefa tranquila. Em linhas gerais, afirma que os princípios são normas com alto grau de abstração, não podendo ser aplicados diretamente, por veicularem grandes comandos acerca da justiça, servindo de fundamento para as regras. O conjunto de princípios é o “Mandamento nuclear de um sistema”.

Miranda (1998) afirma que as normas constitucionais se dirigem ao legislador de três distintas formas: fixam princípios, estabelecem imposições e definem competências. Para este constitucionalista português, as normas possuem um comando mais objetivamente previsto na constituição. O autor rechaça a ideia de que os princípios, ao contrário das normas, precisam sempre de uma concretização normativa para serem passíveis de aplicação. No conceito de Silva (2000), Constituição é a lei fundamental, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias. É um conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado¹⁷.

Para Moraes (2007), constituição, na verdade, deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

¹⁷ Entende-se como elementos constitutivos do Estado o território, sua população, o governo e a finalidade.

Diante das definições sobre Constituição, serão mostrados apenas aqueles princípios que necessitam de melhor entendimento quando praticados pela administração pública militar com relação ao tema da pesquisa em foco.

6.1 Princípio do devido processo legal e o Estado de Direito

O termo devido processo legal é um dos princípios fundamentais previstos em nossa carta magna. Está contido nos direitos e garantias assegurados no país, porém, sua extensão é bem ampla no que se refere a sua aplicação no Direito.

Esse termo por sua vez, é um princípio constitucional que possui características que irá interpretar e aplicar todas as regras inscritas no texto Constitucional dentro do ordenamento jurídico brasileiro e somente poderá ser usado de maneira restrita quando confrontar com outro princípio.

A Carta política de 1988, em seu artigo 1º, mostra que existe um princípio constitucional que determina o Estado brasileiro. Mostra a maneira de como é que o país, que adota a forma republicana federativa e regime democrático, é constituído: “ A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]. Esse conceito previsto na lei maior possui o termo “Direito”. Aliás, não se concebe democracia sem essa condição, ou seja, o respeito aos direitos fundamentais.

Para Canotilho (1995), o Estado de Direito não se constitui em uma forma do Estado, mas sim, a forma e a maneira de atuação do mesmo.

Assim, em um Estado de Direito, o Estado estaria comprometido a intervir para salvaguardar os direitos dos indivíduos. Sua tarefa é de regular tais direitos e intervir sempre que exista ameaça a algum deles. (CANOTILHO, 1995, p. 345).

O que o autor quer mostrar é que por força do artigo 1º da Constituição de 1988, o Estado tem o dever de respeitar os princípios constitucionais, bem como a possibilidade de revisão dos atos de revisão do governo, pois, com o respeito a esses princípios é que se interpretam os fundamentos jurídicos e permite que os atos praticados pelo Estado sejam revistos pelo poder jurisdicional, conseqüentemente, garantir-se-á um Estado onde não só prevalecerá a lei, mas também a lei enquanto vontade da coletividade.

Como a própria terminologia nos mostra, o princípio do devido processo legal tem estreita ligação com a legalidade e com os demais princípios contidos na Constituição Federal. Nesse sentido, Carvalho Filho (2008) afirma:

Trata-se de postulado inerente ao Estado de Direito, que, como sabemos, foi a situação política em que o Estado reconheceu que, se de um lado podia criar o direito, de outro tinha o dever de submeter-se a ele. A lei, portanto, é o limite de atuação de toda a sociedade e do próprio Estado. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 911).

Seguindo o raciocínio, Pamplona (2008), afirma:

Não é simples afirmar que é possível a existência de um Estado de Direito sem expressa previsão constitucional que assim o conceitue ou que não preveja o devido processo legal ou seus corolários. Nosso ordenamento jurídico é inteiramente fundamentado no texto constitucional. Inexistindo afirmação de se tratar de um Estado de Direito, ou de previsão do devido processo legal ou seus corolários, o óbice que se antevê à atuação da sociedade é a falta de princípios que legitimem sua ação e que lhe dêem fundamento. [...] a expressa previsão do princípio do devido processo legal ou de seus corolários, parece suficiente para a verificação da existência do Estado de Direito. Ainda que pareça ousada tal afirmação, o devido processo legal, em seu aspecto material, traz consigo os elementos materiais necessários para a caracterização de um Estado de Direito. (PAMPLONA, 2008, p. 32 – 33).

A autora conclui ainda que para que exista um Estado de Direito, é desnecessária a expressa previsão do devido processo legal, basta apenas a previsão de seus corolários, como é o caso do contraditório e ampla defesa. O que importa é que um ou outro esteja claramente previsto. “Eles serão a chave para que a sociedade possa cobrar meios mais eficazes de implementação do próprio Estado de Direito”. (PAMPLONA , 2008, p. 33).

O princípio do devido processo legal originou-se em 15 de junho no ano de 1215 quando do surgimento da Magna Cartha Libertatum, na Inglaterra. Referia-se a documento outorgada pelo Rei João Sem Terra aos barões ingleses e tinha como objetivo limitar as ações do Rei quando tinha que atuar como juiz e/ou no exercício de atividade administrativa.

Na cláusula 39 da Magna Carta trouxe a previsão que refletia a importância dessa lei terra que garantia que “ No free man shall be arrester dor imprisoned, or dissezed, or

outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, nor Will que proceed against him, or put burden upon him, except by the legal judgement of his peers, or by the Law of the land”¹⁸.

No ano de 1534, sob o reinado de Eduardo, a expressão Law of the land, conhecida como “lei da terra”, foi substituída pela expressão due process of Law (o devido processo legal).

Plamplona (2008) leciona que a lei que modificou a expressão Law of the land, para due process of Law, foi elaborada por um legislador desconhecido, e vinha nos seguintes termos:

*None shall be condemned without Trial. Also, that no man, of what state or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, whitout being brought to answer by due processo f Law*¹⁹. (PAMPLONA, 2008, p. 39).

Posteriormente, este princípio foi incorporado ao texto da constituição dos Estados Unidos da América, já no ano de 1789.

No ordenamento jurídico brasileiro, a expressão *due peocess of Law*, o princípio do processo legal, é visto de duas formas, sendo eles o processual e o material.

No aspecto processual, vários são os princípios que densificam o princípio do devido processo legal: o da ampla defesa, do contraditório, da imparcialidade, entre outros. Do ponto de vista material, outros serão os princípios que irão densificar o devido processo legal. (Pamplona, 2008, p. 67).

A autora, ainda, complementa que devido processo legal material, possui utilidade e deve ser imposto à Administração Pública, uma vez que essa atividade deve se conformar ao Direito, ou seja, deve obedecer ao princípio do processo legal, principalmente para atender à moralidade na prática dos atos.

¹⁸ Cláusula 39 da Magna Cartha, Inglaterra, 15 de junho de 1215 - Nenhum homem será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra.

¹⁹ PAMPLONA (2008) – “Ninguém será condenado sem julgamento. Também, nenhum homem, de qualquer estado ou condição que seja, será exilado, nem será preso ou encarcerado, nem deserddado, nem condenado a morte sem que seja trazido (a julgamento) para ser responsabilizado de acordo com o procedimento adequado ao direito.

Reside no princípio da moralidade administrativa o aspecto densificador do princípio do processo legal em seu aspecto material. No entendimento de Pamplona (2008), o campo mais fértil para se aplicar o princípio do devido processo legal é na atividade da administração pública, onde a autoridade administrativa, ora julgadora, se depara com a admissível discricionariedade do ato do administrador.

Em verdade, muitas vezes a análise do aspecto material do devido processo legal tenderá para a discussão da existência ou não de um ato discricionário. Todavia, mesmo os atos que tenham certa carga de discricionariedade ainda estão atados aos princípios gerais impostos pela Lei Maior do país. Não há como negar a vigência e aplicação do princípio da moralidade administrativa em nosso ordenamento jurídico, já que ele está expressamente previsto em nossa Constituição. Mesmo sendo o ato pertencente à classificação dos discricionários, há sempre uma margem que poderá ser utilizada pelo tribunal. É exatamente nesta margem que atua o princípio do devido processo legal em seu aspecto material. (PAMPLONA, 2008, p. 68 – 69).

O princípio do devido processo legal está inserido em nossa Carta Política de 1988 de maneira expressa no inc. LIV do art. 5º. Carrega em sua essência, de forma clara, um princípio constitucional do Estado Democrático de Direito: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Diante de tal expressão, verifica-se que o contido no texto constitucional protege a liberdade bem como a propriedade. Esse princípio há, obrigatoriamente, de ser obedecido por todos os poderes constituintes do Estado, ou seja, Legislativo, Judiciário e Executivo.

Ainda Pamplona (2008) afirma que:

O Estado Democrático exige a participação do povo, ainda que por representantes, nas decisões políticas. Por outro lado, O Estado de Direito exige a obediência a um corpo de leis. O Estado Democrático de Direito existirá onde houver uma constituição que preserva direitos aos cidadãos, prevendo ainda os meios de sua efetivação. (PAMPLONA, 2008)

Precisamente, esta pesquisa monográfica está focada na atuação com referência à Movimentação por Conveniência da Disciplina na Polícia Militar de Minas Gerais. Sendo a Polícia Militar Órgão integrante do Executivo, pertencente à Administração Pública Direta do Estado, observar-se-á a aplicação do princípio do devido processo legal, sob pena de nulidade do ato eivar-se de vício insanável de nulidade.

No conceito de Pamplona (2008), é ampla a possibilidade de aplicação do devido processo legal em relação à atividade da Administração Pública, sendo que ele permitirá

verificar até mesmo aqueles atos administrativos classificados de discricionários. “Permitirá, também, a análise da legalidade dos atos, da moralidade e da obediência dos princípios constitucionais que se aplicam a Administração Pública”. (PAMPLONA, 2008, p. 94).

A autora afirma que o devido processo legal material permite ainda que se analise a própria atuação do agente administrativo.

[...] o agente público deverá saber distinguir entre o bem e o mal, o honesto e o desonesto, de tal sorte que o conteúdo jurídico de suas decisões não pode dissociar-se do alinhamento ético. E o ato administrativo deve ter por base não somente a lei jurídica, como igualmente a lei ética, até mesmo porque nem tudo que é legal é honesto [...]. O devido processo legal possibilita que se analise o ato administrativo também sob este prisma. (PAMPLONA, 2008, p. 94).

A mesma doutrinadora faz referência em relação à discricionariedade administrativa, quando traz a colocação do Acórdão:

EMENTA: Administrativo. Pena Disciplinar. Ilegalidade. Nulidade do ato, com efeito, *ex tunc*²⁰.

I – O ato discricionário cuja motivação estiver em desconformidade com a lei é nulo e seus efeitos lesivos devem ser reparados para recomposição do patrimônio violado, quer funcional, quer financeiro, e, até moral, em face das consequências danosas que a pena de suspensão acarreta. Logo, sendo o ato ilegal, pode, sem nenhuma dúvida, ser apreciado, em toda a sua inteireza, pelo Poder Judiciário, que decretará a nulidade, com efeito, *ex tunc*.

II – Apelo Improvido.

III – Decisão mantida. (TRF – 1ª Região. AC 90.01.07411-1/BA.²¹ Rel. Juiz Plauto Ribeiro. 1ª T. Decisão 17.09.1991 DJ 2 de 07.10.1991, p. 24.577). (PAMPLONA, 2008, p.131).

Em termos legais, o princípio do devido processo legal também se aplica aos processos administrativos que garantem ao administrado o direito em ser ouvido, poder apresentar a ampla defesa (outro princípio constitucional) e produzir provas dentre outros.

Em sentido amplo, o princípio do devido processo legal obriga a Administração Pública observar e respeitar os demais princípios, tais como o da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e moralidade, sob pena de infração aos direitos fundamentais da coletividade. Essa observância implica que se impere o que não deve acontecer no seio da Administração, demais poderes estatais e no meio social: o império da injustiça.

²⁰ Desde então; a partir daquele momento. (Possui efeito retroativo).

²¹ TRF – Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Ação Cível 90.01.07411- 1/ Bahia.

O citado Acórdão corrobora com o entendimento que mesmo nos atos discricionários praticados pela autoridade administrativa, estes sempre devem possuir um limite para a prática desse ato, sendo que de maneira especial, a autoridade deve também observar o princípio da finalidade.

Na Administração Pública, tal como no Judiciário, o princípio do devido processo legal impede que se apliquem ao administrado duas punições pelo mesmo fato: é o caso do *bis in idem*²². Significa que não se pode impor duas sanções sobre o mesmo fato.

Como já explanado, os princípios constitucionais se aplicam também ao que se pode chamar de direito administrativo militar.

Rosa (2009) assevera que “o militar, federal ou estadual, possui os mesmos direitos que são assegurados ao civil, quando é levado a julgamento perante seus pares, em decorrência da prática de um ato ilícito (administrativo, penal ou civil)”. (ROSA, 2009, p. 3).

Com isto, o autor deixa transparente que quando há uma infração por parte de um militar, no caso em questão, a nível estadual, ele terá certamente o direito ao princípio do devido processo legal constante no Estado Democrático de Direito.

O autor ainda esclarece que nenhum militar poderá ser punido, ou até mesmo perder seus bens, sem que lhe seja dada obediência aos princípios previstos na CF de 1988, e ainda:

A defesa prevista na CF impede a existência de um processo administrativo meramente formal, que tenha por objetivo apenas dar uma aparência de legalidade. O processo administrativo deve ser efetivo com a participação do defensor e do acusado em todos os atos, sendo que a presença do militar não é facultativa, mas obrigatória, sob pena de nulidade do ato. (ROSA, 2009, p. 4).

A Resolução nº 3666, de 02 de agosto de 2.002 que aprovou o Manual de Processos e Procedimentos Administrativos-Disciplinares da Polícia Militar de Minas Gerais (MAPPAD/PM)²³, em seu artigo 31, § 3º, IX, exprime que:

²² Não duas vezes pelo mesmo fato, ou seja, não se deve punir alguém duas vezes pelo mesmo fato.

²³ No MAPPAD trás vários conceitos incluindo processo e procedimento administrativo em seu artigo 1º, porém, ele define que mesmo havendo uma acusação em desfavor de um Militar em sindicância, obedecendo todos os tiros processuais, a denominação que se dá a Sindicância é de ela constitui em um procedimento.

“a *etapa acusatória* da Sindicância Regular só será iniciada se aflorar, em tese, acusação de transgressão disciplinar contra o militar, mediante prova testemunhal, documental ou outra, cabendo ao Encarregado providenciar a notificação, que servirá para a formalização do “libelo acusatório”, constando as acusações que pesam em desfavor do sindicado, preenchendo o impresso próprio, notificando-o, de que **poderá acompanhar, diretamente ou através de defensor constituído**, todos os atos procedimentais”. (g.n).

O MAPPAD faculta ao acusado de ter cometido alguma infração administrativa, ou seu defensor devidamente constituído, acompanhar todos os atos procedimentais de sindicância. Isto contraria o defendido pelo administrativista Rosa (2009), que apregoa ser indispensável o acompanhamento do acusado pelo seu defensor em todas as fases do processo administrativo, como garantia do devido processo legal (contraditório e ampla defesa), cabendo, caso não seja observado pelo sindicante, intervenção judicial pela ilegalidade dos atos.

Rosa (2009) assevera que:

A configuração da transgressão disciplinar exige a comprovação de autoria e materialidade, sob pena de se estar praticando um excesso, ou até mesmo uma arbitrariedade. A manutenção da hierarquia e disciplina deve ser feita em conformidade com os princípios da legalidade, e do devido processo legal, para que o Estado Democrático de Direito não seja violado. (ROSA, 2009, p. 5).

O autor, continuando, afirma que o termo sindicância, principalmente quando tem o caráter acusatório, é um processo administrativo, por consequência, a Administração tem o dever de garantir ao acusado em sindicância todas as garantias constitucionais, pois a não observância das garantias é motivo para interposição de mandado de segurança junto ao poder jurisdicional.

Rosa (2009) esclarece ainda que:

Para o efetivo exercício das garantias constitucionais, é necessário que o acusado possa acompanhar todos os atos processuais, sendo a sua presença obrigatória e não facultativa, devendo ser intimado dos atos processuais com antecedência mínima de 48 horas. O administrador deve respeitar os direitos do procurador do acusado, previstos na Lei no 8.906/94, que é uma lei federal e se sobrepõe a qualquer espécie de decreto ou portaria que trate a matéria de forma diversa. (ROSA, 2009, p. 34).

Quanto à questão das garantias constitucionais, no Plano Estratégico da PMMG 2009 - 20011, quando se define a missão da Polícia Militar de Minas Gerais, deixa-se claro que se deve assegurar a dignidade da pessoa humana, as liberdades e os direitos fundamentais.

Também quando se fala em visão da PMMG, O Plano Estratégico ainda faz referência à busca da excelência dos direitos fundamentais.

Direitos fundamentais: São os direitos mais primários do homem, sendo referentes à própria pessoa, pelo fato de ser humano. Abarcam os direitos de cidadania, os direitos à vida, à integridade física e moral, direito à privacidade, direitos distintivos da personalidade (direito à informação); direitos cujo objeto imediato é a segurança (direitos subjetivos em geral, a um ambiente saudável e sustentável) e em matéria penal (direito a presunção de inocência), inviolabilidade do domicílio, propriedade em geral (material, artística, literária e científica) e muitos dos direitos de liberdade. [...] A justiça é imortal, trata de nossos direitos e nossos deveres e diz respeito ao outro, à comunidade e à sociedade.

O referido Plano Estratégico da PMMG deixa claro que deve haver o respeito às normas constitucionais, principalmente quando se trata dos direitos e garantias fundamentais, então, a Administração da Polícia Militar deve sempre ter como roteiro básico em suas decisões o respeito aos princípios previstos na Norma Maior em nosso País.

Rosa (2009) averba que no artigo 5º da Constituição Federal, caput, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Sendo assim, esse princípio se aplica a qualquer pessoa, sendo ela civil ou militar, mesmo estando em serviço e desempenhando suas funções, não pode haver na lei infraconstitucional limitações que não foram colocadas pelo legislador constituinte.

O servidor militar, assim como o civil, é sujeito de direitos e obrigações, sendo regido por estatuto próprio, o qual deve obedecer a CF, sob pena de inconstitucionalidade. Os militares estaduais continuam sendo regidos por regulamentos disciplinares editados por meio de decretos, que foram recepcionados, mas que não mais podem ser alterados por esses instrumentos. Eventuais alterações nos diplomas disciplinares somente podem ocorrer por meio de lei. Art. 5º, Inciso LXI, da CF. Aos servidores militares aplicam-se os preceitos constitucionais, sob pena de abuso de poder ou arbitrariedade. (ROSA, 2009, p. 35).

Continuando, o autor esclarece que o Estado Democrático de Direito é uma conquista decorrente de anos de lutas, devendo estar presente em todos os setores sociais.

Ora, sendo o militar também um cidadão, ele deve ser tratado como tal. “As garantias constitucionais aplicam-se integralmente aos servidores militares”. (ROSA, 2009, p.35).

Rosa (2009), na qualidade de juiz auditor da Justiça Militar de Minas Gerais e professor renomado, observa que na atualidade as autoridades administrativas militares ainda não aceitam como regra o princípio da legalidade na aplicação de pena na transgressão disciplinar militar, que está diretamente relacionada ao Princípio do Estado Democrático de Direito, pois tais autoridades entendem de forma equivocada a aplicação da discricionariedade, na crença que para a manutenção do respeito às Instituições Militares, acabam punindo e ferem a obediência aos princípios da legalidade. A respeito disso afirma:

A não observância destes princípios significa o desrespeito as regras do jogo, *rules of the game*, que, em um, Estado Democrático de Direito, são previamente estabelecidas, e se aplicam a todos os cidadãos [...]. (ROSA, 2009, p.11).

A seguir conclui:

as garantias constitucionais têm sofrido limitações em nome da hierarquia e disciplina. Esses princípios fundamentais das Corporações militares podem ser observados sem que seja necessário violar os preceitos esculpidos na CF. O administrador deve entender que a partir de 5 de outubro de 1988 o direito administrativo passou por profundas modificações estas alcançam a área militar. (ROSA 2009, p. 36).

O autor observa que há como respeitar princípios militares sem que se firam os princípios fundamentais, no qual os militares também estão sujeitos, principalmente na condição de administrado. Possuem, portando, o direito, quando do cometimento de infrações disciplinares, ao princípio do devido processo legal. O contrário é ferir de morte o contido na Constituição Federal.

6.2 Princípio da ampla defesa e do contraditório

Esse princípio constitucional, cuja aplicabilidade é essencial em processos judiciais e administrativos, foi muito bem conceituado na Seção 2, 2.2.6, quando foram tratados os princípios implícitos na Constituição Federal de 1988. Há, contudo, necessidade de enfocá-lo sobre o ângulo de sua aplicabilidade no direito administrativo militar.

Como mostrado na Seção, todos os princípios constitucionais previstos, tanto implícitos ou explicitamente na Constituição, também são aplicáveis aos militares, tanto a nível Federal, quanto Estadual.

O princípio do contraditório e da ampla defesa pressupõe o vínculo existente com o princípio do Devido Processo Legal, assim, “As questões administrativas que envolvem punições, (sanções) não são mais meros procedimentos, mas se tornaram processos. A CF igualou o processo judicial ao administrativo, assegurou as mesmas garantias processuais e constitucionais aos litigantes em questões administrativas (civis e militares)”. (ROSA, 2009, p. 6).

O que o autor claramente expõe é que toda aquela questão administrativa disciplinar que pode gerar sanções ao administrado, sendo ele civil ou militar, há de lhe ser garantido o instituto da ampla defesa e do contraditório, pois, assim a Constituição os garante, pois todos são iguais perante a lei e a ela sujeitos de deveres e de direitos. O mesmo jurista afirma que “apesar da clareza do texto constitucional, e da sua autoaplicabilidade, norma de eficácia plena, alguns administradores ainda insistem em não lhe dar cumprimento”. (ROSA, 2009, p. 30).

Além disso, o direito do administrador de punir o administrado pressupõe o direito de defesa, que, de acordo com o texto constitucional, deve ser amplo e irrestrito.

Carvalho Filho (2008) observa que o termo contraditório apesar de estar escrito no texto constitucional junto com o termo da ampla defesa, o primeiro na realidade está inserido dentro daquele instituto.

[...] o contraditório é natural corolário da ampla defesa. Esta, sim, é que constitui o princípio fundamental e inarredável. Na verdade, dentro da ampla defesa já se inclui, em seu sentido, o direito ao contraditório, que é o direito de contestação, de redarguição a acusações, de impugnação de atos e atividades. (CARVALHO FILHO, 2008, p.913).

Verifica-se que o contraditório acaba sendo mais um dos mecanismos que o administrado tem para utilizar com o intuito de se defender de acusações a ele imputadas por parte do administrador, podendo o acusado contradizer as testemunhas, contestar acusações, replicá-las, bem como de impugnar possíveis atos atentatórios ao Direito no decorrer de um processo administrativo.

O contraditório e a ampla defesa, com o advento da Constituição Federal de 1988, nossa lei maior, tornou-se de cunho obrigatório. É regra e não mais exceção, pois: “O funcionário público tem o direito líquido e certo de exercer por meio de profissional devidamente habilitado e qualificado (advogado) a sua ampla defesa”. (ROSA, 2009, p. 30). O autor ainda afirma que em cada ato praticado pelo administrador em um processo administrativo, o militar acusado tem o direito expresso em lei de apresentar a sua versão bem como contrariar os pontos que lhe sejam desfavoráveis, sob pena da Administração estar cerceando o direito de defesa do acusado e por conseqüência causar a nulidade do ato.

No MAPPAD, no que refere ao patrocínio da defesa em desfavor de um acusado em processo administrativo em seu artigo 31, § 3º, XIII reza que:

após tomar todas as providências complementares e permanecendo a imputação de responsabilidade disciplinar ao Sindicato, inclusive por novas faltas afloradas na apuração, será aberto visas dos autos ao militar ou ao seu defensor constituído, acompanhado de termo formal contendo as acusações que pesam em desfavor do Sindicato, para que, no prazo regulamentar, apresente as suas razões escritas de defesa;

Rosa (2009) observa que o processo administrativo denominado sindicância possui como objetivo apurar alguma falta cometida, ou não, por um militar, passível de punição e incurso em regulamento disciplinar, ou outro no qual esteja sujeito²⁴.

As autoridades administrativas não tem, na maioria das vezes, assegurado aos acusados em sindicância acusatória o direito de exercerem por meio de advogado a ampla defesa e o contraditório, o que fere o texto constitucional. Além disso, a defesa realizada por um agente administrativo designado para o ato também fere o princípio da ampla defesa e do contraditório. A defesa de um acusado somente pode ser considerada técnica quando realizada por um profissional regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados, que deve ter as sua prerrogativas respeitadas, sob pena da prática do crime de abuso de autoridade [...]. (ROSA, 2009, p. 31).

Ainda segundo o autor, no Estado Democrático de Direito, não se permite mais que um administrado seja punido pela Administração sem que seja dado a ele o pleno direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Exercer a ampla defesa não é apenas oferecer alegações finais, mas acompanhar a realização de provas técnicas, a oitiva de testemunhas, podendo elaborar perguntas, formular quesitos, ou seja, tudo aquilo previsto em lei. [...] em nenhum momento, busca-se suprimir a Administração Militar

²⁴ Na polícia Militar de Minas Gerais, não mais existe Regulamento Disciplinar e sim o Código de Ética e Disciplina dos Militares, Lei 14.310 de 19 de junho de 2002.

o seu legítimo direito de punir o militar faltoso, que viola os princípios da hierarquia e disciplina. Mas, a punição não deve ser arbitrária, sendo necessário assegurar ao militar a ampla defesa e o contraditório. (ROSA, 2009, p. 32 e 36).

Fazendo referência ainda ao contraditório e a ampla defesa, o mestre coloca a questão do contido na Convenção Americana dos Direitos Humanos onde se garante ao acusado o direito de ser assistido por um advogado. “O militar somente poderá ser bem assistido por meio de um advogado, que não esteja sujeito a hierarquia e disciplina militares ou ao temor reverencial”²⁵. (ROSA, 2009, p. 38).

6.3 Princípio da inocência

Como um dos princípios constitucionais que norteiam a garantia processual no Estado Democrático de Direito, o princípio da presunção de inocência está previsto na Constituição Federal de 1988, art. 5º LVII, assim prescrevendo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Levando-se em consideração que o art. 5º da Constituição trata dos direitos e garantias fundamentais, o Inciso LV do mesmo diploma legal descreve que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, no processo administrativo também deve ser garantida a presunção da inocência do administrado, acusado em quaisquer infrações a norma, pois, os princípios constitucionais se relacionam quando da aplicação em processos, tanto administrativos, quanto nos judiciais.

Ressalta-se que na Polícia Militar de Minas Gerais, no âmbito administrativo não se aplica o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, pois há o entendimento de que esse princípio se aplica somente no que se refere às questões penais, entendendo-se então que é aplicável apenas a presunção da legitimidade e veracidade administrativa, conforme descrito no artigo 40, § 1º da Instrução Geral da Corregedoria da Polícia Militar, de número 1.

²⁵ Temor reverencial é aquele receio resultante do respeito ou da estima que se dedica a alguém, de modo que se receie causar qualquer desgosto ou aborrecimento a alguém. De Plácido e Silva, 2001.

O princípio da presunção da inocência é inerente especificamente ao Direito Penal e Processual Penal e não ao Direito Administrativo, assim a presunção de legitimidade e veracidade prevalece sobre a presunção de inocência em prol da disciplina militar, fazendo prova dos fatos que tenham ocorrido na presença de funcionário público, nos termos do art. 364 do CPC.

Esse artigo, porém, contraria frontalmente o contido e já citado em Seção anterior no que se refere aos objetivos e missões da Polícia Militar de Minas Gerais, quando se trata do respeito aos princípios e garantias Constitucionais, pois enquanto não houver certeza jurídica sobre a infração do administrado, não se pode impor a punição disciplinar.

Ainda no parágrafo 2º do artigo 40 da referida Instrução da Corregedoria da PM, versa que “Pode e deve a autoridade competente valer-se do atributo da presunção de legitimidade e veracidade para o julgamento de transgressões disciplinares, depois de asseguradas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, cumprindo-se o devido processo legal”. Na respectiva Instrução, a própria autoridade administrativa faz referência e compara a aplicabilidade do Processo Penal Militar na questão administrativa.

§ 5º Caso a autoridade não esteja convencida dos fatos, poderá deixar de aplicar o atributo da presunção de legitimidade e veracidade, desde que fundamente o ato absolutório com as razões que o levaram a não estar convencido sobre os fatos. Na fundamentação deverá, entretanto, ficar esclarecido que a decisão absolutória se deu, não por falta de provas, mas por não convencimento dos fatos, nos termos do art. 439 do CPPM²⁶.

Rosa (2009) quando trata do assunto, faz comparação dos incisos LV e LVII do artigo 5º da Constituição Federal e conclui que: “com fundamento nos dispositivos constitucionais, fica evidenciado que o princípio da inocência é aplicável ao Direito Administrativo Militar”. (ROSA, 2009, p. 6).

No mesmo raciocínio, Rosa (2009) entende que a não observância dos princípios constitucionais por parte da autoridade administrativa militar compromete até a prestação de serviços prestados à comunidade:

²⁶ Sentença absolutória. Requisitos - Art. 439. O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça: a) estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência; b) não constituir o fato infração penal; c) não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal; d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar); e) não existir prova suficiente para a condenação; f) estar extinta a punibilidade. Especificação - 1º Se houver várias causas para a absolvição, serão todas mencionadas. Providências 2º Na sentença absolutória determinar-se-á: a) pôr o acusado em liberdade, se for o caso; b) a cessação de qualquer pena acessória e, se for o caso, de medida de segurança provisoriamente aplicada; c) a aplicação de medida de segurança cabível.

A autoridade administrativa militar (federal ou estadual) deve atuar com imparcialidade nos processos sujeitos aos seus julgamentos, e quando esta verificar que o conjunto probatório estampado é deficiente deve entender pela absolvição do militar. A precariedade do conjunto probatório deve levar à absolvição do acusado para se evitar que este passe por humilhações e constrangimentos de difícil reparação, que poderão deixar suas marcas mesmo quando superados, podendo refletir nos serviços prestados pelo militar à população, que é consumidor final do produto de segurança pública e segurança nacional. (ROSA, 2009, p.6)

Com o advento da Constituição de 1988, não mais se aplica aos administrados o princípio da *"In dubio" pro administração*, pois os princípios e garantias constitucionais são latentes e aplicáveis no processo administrativo disciplinar.

Rosa (2009) traz a lição de que "O ônus da prova, como vem entendendo a doutrina, pertence à Administração Pública, que é a titular do *jus puniendi*. A Administração Militar precisa entender que lhe cabe demonstrar a culpabilidade do agente, que será inocente até prova em contrário. Na dúvida, o servidor deve ser absolvido, não cabendo ao julgador suprir as provas ou as deficiências da acusação". (ROSA, 2009, p. 36).

O autor ainda ensina que no surgimento de dúvida quando da realização de um julgamento administrativo, onde o conjunto probatório é deficiente, não se aplica o princípio *in dubio pro administração*, mas o princípio do *"In dubio pro reo"*, previsto na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos, que foi subscrita pelo Brasil. Conclui que as normas militares devem respeito pleno à Constituição Federal, que é a Lei Maior, concluindo: *"Não existe decreto, ou lei infraconstitucional, que possa estar acima da Constituição Federal. O militar infrator deve ser punido em conformidade com e lei, sendo-lhe asseguradas as garantias previstas no artigo 5º da Constituição Federal"*.

Após a análise e compreensão dos atos, princípios administrativos e Constitucionais e sua aplicabilidade na Administração Militar, passa-se ao estudo da movimentação por conveniência da Disciplina Polícia Militar de Minas Gerais, objeto de estudo da presente pesquisa.

7 A MOVIMENTAÇÃO POR CONVENIÊNCIA DA DISCIPLINA NA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS.

7.1 INTRODUÇÃO

Na Polícia Militar de Minas Gerais, existem três maneiras de se transferir um policial militar: por necessidade do serviço, interesse próprio e por conveniência da disciplina.

A lei 5.301 de 16 de outubro de 1969, alterada pela Emenda a Constituição número 59, de 19/12/2003, Lei nº 16299, de 3/8/2006, alterada pela LC 115/2010 é que estabelece o Estatuto dos Militares de Minas Gerais (EMEMG) e prevê os tipos de movimentações na PMMG, estabelecendo seus critérios.

7.1.1 Movimentações na PMMG

As movimentações de oficiais e/ou praças²⁷ são realizadas por ocasiões de classificação, transferência, nomeação e designação²⁸. A seguir será mostrada a diferença entre elas.

Segundo o artigo 166 da Lei 5.301/69, entende-se por movimentação:

- I - classificação: movimentação para o Corpo de Tropa, Estabelecimento ou Serviço do oficial recém-promovido;
- II - Transferência: movimentação do oficial ou praça, de um para outro Corpo de Tropa, Estabelecimento ou Serviço;
- III - Nomeação: movimentação do oficial para comissão prevista nos quadros de efetivo ou nos regulamentos;
- IV - Designação: movimentação do oficial ou praça, dentro de um Corpo de Tropa, Estabelecimento ou Serviço, de uma para outra Repartição e de uma para outra Seção.

²⁷ Oficiais – compreende-se aos policiais militares que detêm o posto patente do 2º Tenente até o posto de Coronel na PMMG.

Praças – Compreende as graduações que detêm desde o Soldado até a Graduação de Sub Tenente PM. Aspirantes a Oficial possui a prerrogativa e graduação de Praça especial.

²⁸ Transferência – movimentação de Oficial ou Praça de uma para outra com autonomia administrativa. Designação - movimentação de Oficial ou Praça, dentro de uma mesma unidade, de uma para outra Subunidade, fração ou repartição interna, com ou sem mudança de Sede. (Resolução n. 3.593 de 16 de maio de 2001-Comando Geral).

Como se nota, há vários tipos de movimentações na PMMG, porém, no presente estudo, dar-se-á maior ênfase nas questões que envolvem a transferência do oficial ou praça por conveniência da disciplina na Instituição, o que é o objeto desse estudo.

7.1.2 Da movimentação dos Oficiais na PMMG.

A movimentação do Oficial na Polícia Militar de Minas Gerais, conforme o contido no artigo 167 do (EMEMG), possui por finalidade “completar os efetivos dos Corpos de Tropa²⁹, Estabelecimentos; regularizar a situação do oficial, tendo em vista as condições impostas pelas leis e regulamentos; atender a interesses da disciplina, e atender aos interesses individuais ou da saúde de pessoa de sua família”.

O que esse artigo mostra é que os oficiais podem ser transferidos para completar o quadro de efetivo de uma unidade de Polícia Militar, podendo ser Regiões da PMMG, Batalhões, bem como Companhias PM.

Logo em seguida, o artigo 168 do (EMEMG) estabelece que os oficiais poderão ser movimentados por necessidade do serviço, conveniência da Disciplina e por interesse próprio.

7.1.2.1 Movimentação do oficial por necessidade do serviço

A transferência por necessidade do serviço se dá quando a Administração da Polícia Militar necessitar preencher os “claros” existentes em uma unidade Policial Militar, que podem ser desde nível estratégico até em nível de Pelotão da PMMG.

Pode também o oficial ser transferido por interesse do serviço Policial Militar no caso dele ser promovido e não mais houver vaga para o posto no qual ele galgou na unidade em que ele estiver.

O artigo 86 do (EMEMG) prevê o pagamento ao policial militar transferido por interesse do serviço, a título de indenização pelos gastos de mudanças e instalação da nova residência, desde que ele não mude de Sede, uma importância em dinheiro denominada

²⁹ O artigo 12 do Regulamento Geral da PMMG, RGPM de 29/01/2969 define que Corpo de Tropa são as Unidades e Subunidades que dispõem dos recursos necessários a sua existência autônoma.

ajuda de custo, correspondente a 1 (uma) vez o valor do vencimento bruto do Militar, acrescentado ainda o transporte de sua mudança.

7.1.2.2 Movimentação do oficial por interesse próprio

A movimentação do oficial por interesse próprio consiste em o próprio Administrado solicitar formalmente à autoridade administrativa sua movimentação de Unidade, devidamente fundamentada. No caso de motivo de saúde de algum membro de sua família ou até mesmo do militar, deverá o pedido ser instruído com um laudo médico, em conformidade com o artigo 168, § 3º do (EMEMG).

O Oficial que tiver atendido seu pedido de movimentação por interesse próprio, não terá direito a ajuda de custo para auxiliar nas despesas com deslocamento e mudança.

7.1.2.3 Movimentação do oficial por conveniência da disciplina

A movimentação do oficial por conveniência da disciplina na Polícia Militar de Minas Gerais, objeto do presente estudo, se dá nos seguintes termos:

Art. 168 [...]

II – conveniência da disciplina;

§ 2º - A movimentação "por conveniência da disciplina" será feita por solicitação documentada, do Comandante ou Chefe do Serviço ao Comandante Geral, e, em princípio, quando o Oficial for punido com prisão.

Vale ressaltar que a partir do dia 19 de junho do ano de 2002, com a promulgação do novo Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais, foi abolida da PMMG a sanção disciplinar que previa a Prisão administrativa.

Tal pena de prisão existia no extinto Decreto 23085 de 10/10/1983 que aprovou o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Minas Gerais (R116), quando os Militares infringiam o artigo 13 do regulamento.

A lei 14.310 de 19 de junho de 2002, (CEDM), em seu artigo 25, averba que:

Ar t. 25 – Poderão ser aplicadas, independentemente das demais sanções ou cumulativamente com elas, as seguintes medidas:

- I – cancelamento de matrícula, com desligamento de curso, estágio ou exame;
- II – destituição de cargo, função ou comissão;
- III – movimentação de unidade ou fração.

Ressalta-se que no extinto (R116) não havia previsão legal de aplicação independente ou cumulativa da medida de movimentação de unidade ou fração dos militares porventura punidos disciplinarmente, pois constava em seus artigos 23 e 24 que:

Art. 23 - A pena disciplinar objetiva o fortalecimento da disciplina

Parágrafo único - A pena deve ter em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertencer.

Art. 24 - As penas disciplinares a que estão sujeitos os policiais-militares, segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, são as seguintes, em ordem de gravidade crescente:

- I - Advertência;
- II - Repreensão;
- III - Detenção;
- IV - Prisão;
- V - Reforma Disciplinar;
- VI - Exclusão Disciplinar.

§ 1º - As penas disciplinares de detenção e prisão não podem ultrapassar de 30 (trinta) dias.

§ 2º - Poderão ser aplicadas independente ou cumulativamente com as demais sanções, as penas de:

- I - cancelamento de matrícula e desligamento de curso ou estágio;
- II - dispensa de cargo, função ou comissão;
- III - proibição do uso de uniforme;
- IV - exclusão temporária ou definitiva do Quadro de Delegados Especiais de Polícia (QDEP)

Verifica-se que na realidade, se tenta dar amparo legal nas movimentações realizadas por conveniência da disciplina na PMMG, porém, não há mais dentro das normas administrativas previsão de pena de prisão por quaisquer infrações disciplinares cometidas pelos policiais militares.

Na Instrução de número 01 da Corregedoria da PMMG (CPM) em seu artigo 64 reza que:

A movimentação por conveniência da disciplina configura medida disciplinar acessória, sendo aplicada, em princípio, quando a presença do militar na localidade comprometer sua honra pessoal ou o decoro da classe. Exige-se, ainda, que a falta esteja devidamente apurada antes da sua efetivação. Não há, entretanto, necessidade de se aguardar solução de recurso disciplinar, caso tenha sido interposto pelo militar.

Observa-se que o próprio artigo da referida Instrução se refere à movimentação por conveniência da disciplina como uma providência disciplinar complementar a uma suposta transgressão disciplinar. Sabe-se que toda pena acessória acompanha a principal. O principal, no caso em questão, tem de ser uma pena disciplinar. Seguramente, a Administração, em obediência aos princípios constitucionais a ela inerentes, há de se observar o devido processo legal. Concomitantemente, se vê que a Administração da PMMG não agasalha o princípio constitucional da presunção de inocência no presente caso, pois, o artigo dá ênfase na aplicação da providência disciplinar acessória antes mesmo do julgamento final da pena principal, por ocasião do recurso administrativo. Há casos que até mesmo remove o administrado por conveniência da disciplina, sem qualquer punição e sem a instauração do devido processo legal.

Quando o presente artigo revela que “A movimentação por conveniência da disciplina configura medida disciplinar acessória, sendo aplicada, em princípio, quando a presença do militar na localidade comprometer sua honra pessoal ou o decoro da classe”, a autoridade não definiu o que significa especificamente “comprometer a honra pessoal e o decoro da classe”.

[...] Os regulamentos disciplinares não trazem de forma clara e precisa os conceitos de honra pessoal, pundonor militar, ou o decoro da classe, deixando a sua definição a critério da autoridade administrativa militar à qual está subordinada a praça, inclusive a sua gravidade. [...] A falta de uma definição precisa destes conceitos de caráter genérico leva a possibilidade do arbítrio. Os princípios da legalidade e do processo legal devem ser observados tanto no processo penal como no processo administrativo militar. As transgressões de caráter genérico ferem expressamente o princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II, da CF, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (ROSA, 2009, p. 95 – 96).

No MAPPAD, há conceituações sobre os termos considerados pelo autos, sendo que honra pessoal o manual define como “sentimento de dignidade própria, como apreço e o respeito de que é objeto, ou se torna merecedor o indivíduo, perante os concidadãos” e, quando descreve o conceito de decoro da classe, conceitua como sendo “uma repercussão do valor dos indivíduos e classes profissionais. Não se trata do valor da organização e sim da classe de indivíduos que a compõem”.

Notadamente, os conceitos são muito amplos e vagos e não há como se definir precisamente quando, como e quais são os casos e/ou transgressões disciplinares que se enquadrarão nestes conceitos.

Também há que ser frisado que o princípio do devido processo legal só se encerra quando o processo já se encontra perfeito e acabado, ou seja, quando o processo administrativo já estiver solucionado em última instância administrativa.

As autoridades militares, assim como as autoridades administrativas civis, encontram-se sujeitas aos princípios consagrados no art. 37, caput, da CF, que são: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Esses princípios devem reger os processos administrativos na busca da efetiva aplicação da justiça, que é o pilar mais sólido de Deus. (ROSA, 2009, p. 37).

Complementa o autor que o militar que garante a força interna, como é o caso da PMMG, deve ter um julgamento justo, “onde lhe sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal, o princípio da imparcialidade e o princípio da inocência, além de outras garantias necessárias à efetiva aplicação da justiça, que fortalece o Estado Democrático de Direito”.

7.1.3 Da movimentação das praças na PMMG

A movimentação da praça na PMMG, conforme o contido no artigo 174 do (EMEMG), possui por finalidade completar ou nivelar os efetivos dos Corpos de Tropa, Estabelecimentos, Serviços e Destacamentos; promover o desenvolvimento da instrução, através da matrícula em escolas e cursos de formação ou de aperfeiçoamento; atender aos interesses do serviço; beneficiar a saúde da praça ou de pessoa de sua família.

O que o artigo se refere é que a transferência da praça basicamente são os mesmos já elencados quanto a movimentação do oficial, porém difere quanto ao nível de execução dos trabalhos por ela realizados.

Quanto à movimentação por interesse próprio e por interesse do serviço, também se assemelha ao oficial, sendo desnecessário comentar a respeito, diferindo apenas quanto a movimentação da praça por conveniência da disciplina.

7.1.3. 1 Movimentação da praça por conveniência da disciplina

A movimentação da praça por conveniência da disciplina difere em relação à movimentação do oficial no que se refere a aplicabilidade de possível cometimento de

punição por parte dela. Não há necessidade de cometimento de transgressão disciplinar cometida pela praça, somente uma solicitação feita pelo comandante ou chefe do militar.

Nesse raciocínio, o artigo 175, § 2 do (EMEMG) estabelece que “A movimentação por “conveniência da disciplina” será feita por solicitação do Comandante ou Chefe da praça”.

O que o artigo esclarece é que não há necessidade de punição e ou transgressão disciplinar cometida pela praça. Subentende-se que apenas com o uso do poder discricionário do comandante ou chefe de serviço da praça, o mesmo pode ser movimentado “ex officio” para outra unidade e, por consequência outra cidade, sem que seja dado a ela quaisquer direito constitucional e/ou processual para que o militar possa se defender e até mesmo exercer o direito de ser ouvido.

Por fim, ressalta-se a questão do poder discricionário no qual a autoridade administrativa militar exerce na questão voltada para a presente discussão, pois no ordenamento da PMMG, não existe o fator tempo para a imposição da providência disciplinar complementar em caso do oficial e não complementar em caso de praça. Por falta de previsão legal, um oficial pode ter cometido uma transgressão disciplinar há um, dois, três anos ou mais e, anos após, ser surpreendido com uma transferência baseada em punições anos atrás cometidas, sem que seja dado ao mesmo o direito de se defender da chamada providência disciplinar complementar.

No caso da praça ainda é diferenciado, pois basta apenas uma solicitação, pois também não há previsão legal no EMEMG de acessoriedade da aplicação da pena quando de sua movimentação por conveniência da disciplina, conforme já elencado.

Para efeito de comparação, foram escolhidos algumas Instituições Policiais do País que trata sobre o assunto deste trabalho monográfico.

7.2 Movimentações por conveniência da disciplina em outros Estados

7.2.1 Estado de Alagoas

Na Polícia Militar do Estado de Alagoas, o regulamento de movimentações de oficiais e praças (REMOP) também trata do tema deste trabalho.

A movimentação por conveniência da disciplina prevista no Decreto 33.376 de 09 de março de 1989 está prevista no artigo 19 do (REMOP) da seguinte forma:

Art. 19 - Constituem, também, motivo de movimentação do policial militar, independentemente de decurso de prazo mínimo de permanência na OPM ou Guarnição:

I - incompatibilidade hierárquica;

II - conveniência da disciplina;

III - inconveniência da permanência do policial militar na OPM, Guarnição ou cargo, assim considerado pelo Comandante Geral.

Parágrafo Único - A movimentação por conveniência da disciplina somente será efetivada mediante solicitação do Comandante da Fração de OPM, do Comandante de OPM ou do Comandante Intermediário, fundamentada por escrito, respeitada tramitação regulamentar através dos canais de Comando e após aplicação da sanção disciplinar adequada homologada pelo Comandante Geral.

No caso em questão, verifica-se que no parágrafo único do artigo coincide com o contido no EMEMG apenas no que tange a solicitação do comandante ou chefe, porém, ela deve ser fundamentada por escrito e também deve aguardar a tramitação através dos níveis de Comando, princípio da hierarquia e, a movimentação só é efetivada após a aplicação da sanção disciplinar imposta ao militar e homologada pelo Comandante Geral da Corporação.

Portanto, está presente aí, o princípio do processo legal, onde há o respeito ao trâmite do processo administrativo que, em última instância, caso condenado, o apenado administrativamente será movimentado, dependendo ainda, da fundamentação de seu comandante ou chefe, porém, a respectiva movimentação é vista como uma pena acessória.

7.2.2 Estado do Mato Grosso

Na Polícia Militar do Estado do Mato Grosso, o regulamento de movimentações de oficiais e praças expõe sobre a movimentação objeto do presente estudo.

A movimentação por conveniência da disciplina prevista no Decreto 591 de 26 de agosto de 1980 está prevista no artigo 20 conforme se vê:

Art. 20 - Constituem, também, motivos de movimentação do policial-militar, independente de prazo de permanência na OPM ou Guarnição:

- a) incompatibilidade hierárquica;
- b) conveniência da disciplina;
- c) inconveniência da permanência do policial-militar na OPM, na Guarnição ou no cargo, devidamente comprovada e assim considerada pelo Comandante-Geral da Polícia Militar.

Parágrafo Único - A movimentação por conveniência da disciplina somente será feita mediante solicitação fundamentada, por escrito, do Comandante da Fração de OPM, da OPM ou do Comandante da Guarnição respeitada a tramitação regulamentar, através dos canais de Comando e após a aplicação da sanção disciplinar adequada.

Basicamente não há diferença em se comparando com o Regulamento de Oficiais e Praças do estado de Alagoas, pois, o Militar somente será movimentado por conveniência da disciplina após ele ter recebido a sanção disciplinar, bem como ter sido fundamentada a solicitação de movimentação do mesmo por intermédio de seu comandante.

7.2.3 Estado do Amazonas

Na Polícia Militar do Estado do Amazonas, o Regulamento de Movimentação de Pessoal da Polícia Militar (Decreto 4541/79) estabelece finalidades para a transferência dos Policiais Militares daquele Estado.

Há previsão de movimentação do policial militar com o fim de atender a necessidade de afastamento do militar ou localidade em que a permanência do mesmo seja julgada inconveniente ou incompatível. (art. 4º, VI, do Decreto 4541).

O artigo 12 do mesmo Decreto estatui que esse tipo de movimentação contido no art. 4º, VI, do Regulamento, é por necessidade do serviço, não havendo então a figura da Movimentação por conveniência da disciplina.

No artigo 15 do Regulamento também esclarece que “A movimentação para atender à necessidade de afastar o policial-militar de OPM ou localidade em que sua permanência seja julgada inconveniente ou incompatível, somente será feita mediante solicitação fundamentada do Comandante da OPM ou do escalão superior, respeitada a tramitação regulamentar”.

Isso quer dizer que apesar do militar ter que sair da Sede onde ele trabalha, o mesmo terá todos os direitos a ele inerentes.

Notadamente, esse tipo de movimentação do militar, é feito de forma subjetiva e discricionária, pois, como já delineado nesta Seção, essa movimentação é tida como uma punição imposta ao militar, daí, a administração tem o dever de permitir ao administrado o direito ao devido processo legal.

7.2.4 Estado de Goiás

Na Polícia Militar do Estado de Goiás, existe a figura da transferência por interesse da disciplina, contida no Decreto 4.717, de 07 de outubro de 1996, que aprovou o Regulamento Disciplinar daquele estado.

A norma disciplinar da PM de Goiás prevê que a transferência à bem da disciplina é uma punição disciplinar, prevista no artigo 20, V, conforme abaixo:

Art. 20 - As punições disciplinares a que estão sujeitos os policiais militares, segundo a classificação resultante do julgamento das transgressões, são as seguintes: I - advertência; II - repreensão; III - detenção; IV - prisão; V - transferência a bem da disciplina; [...].

Segundo o que se pode verificar, houve a preocupação no Regulamento em garantir os direitos e garantias fundamentais aos administrados, onde há previsão da movimentação por conveniência da disciplina com uma punição, como se vê no próprio regulamento em seu artigo 1º, também prevendo respeito à Norma Maior.

Art. 1º - Os atos administrativos disciplinares obedecerão aos princípios da legalidade, da publicidade, da impessoalidade, da motivação, do informalismo, da economia processual e da garantia de defesa, dentre outros.

No referido Regulamento disciplinar, em seu art. 26, averba que:

A transferência a bem da disciplina, será aplicada pelo Comandante Geral ao policial militar que se tornar incompatível com a comunidade em que serve.

7.2.5 Do Exército brasileiro

No Exército Brasileiro, o Decreto que regulamenta a movimentação dos oficiais e praças é o Decreto 2.040 de 21 de outubro de 1996 (R-50).

No (R-50) está previsto a movimentação por conveniência da disciplina de oficiais e praças em seu artigo 17 conforme se vê:

Art. 17. Constituem, também, motivos de movimentação do militar, independente de prazo de permanência na OM ou guarnição:

I - incompatibilidade hierárquica;

II - conveniência da disciplina;

III - inconveniência da permanência do militar na OM, na guarnição ou no cargo, devidamente comprovada e assim considerada pelo órgão movimentador.

Parágrafo único. A movimentação por conveniência da disciplina somente será feita mediante solicitação fundamentada, por escrito, do comandante da OM ou do escalão superior, respeitada a tramitação regulamentar, através dos canais de comando, e após a aplicação da sanção adequada.

Notadamente, até no Exército Brasileiro, a movimentação por conveniência da disciplina só ocorre após a aplicação da sanção adequada ao caso.

Não cita no regulamento a aplicabilidade dos princípios constitucionais que devem ser proporcionados aos militares daquela Força Armada.

7.2.6 Estado de São Paulo

A Instrução para movimentações de policiais militares do Estado de São Paulo, denominada (I-2-M) versa sobre a movimentação por conveniência da disciplina. O conceito que essa instrução traz é moderno e adequado ao ordenamento jurídico.

A respectiva Instrução coloca em seu artigo 15 que:

A movimentação por conveniência da disciplina ocorrerá quando a permanência do policial militar em sua OPM tornar-se nociva ou prejudicial à disciplina, vindo a comprometer o conceito dos seus pares e da Corporação, e deverá estar vinculada ao processo ou procedimento administrativo que apurar os fatos.

Notadamente, há uma vinculação da movimentação por conveniência da disciplina a um processo administrativo para que sejam respeitados os princípios constitucionais em relação ao acusado administrativamente.

7.2.7 Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul

O Estatuto dos Servidores da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, através da lei 7.366 de 29 de março de 1980, prevê a pena disciplinar de remoção por conveniência da disciplina, conforme se vê:

Art. 83 - São penas disciplinares:

I - advertência;

II - repreensão;

III - remoção por conveniência da disciplina;

IV - detenção disciplinar;

V - suspensão;

VI - demissão;

VII - demissão a bem do serviço público;

VIII - cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

§ 1º - A pena prevista no inciso III poderá ser imposta com um dos incisos II, IV e V.

Ainda o referido decreto exige fundamentação dos pedidos de movimentação do administrado e quando ele estiver incurso no art. 81, XLIII do decreto.

“praticar ato degradante ou ser convencido de incontinência pública e escandalosa.

Parágrafo único – Na violação dos dispostos nos itens I e IX do art. 80, de outros preceitos estatutários ou ordens de serviço, para os quais não exista penalidade especificamente prevista, poderá ser aplicada uma das penas cominadas nos incisos I a V do art. 83 deste Estatuto, cabendo à autoridade classificar a infração cometida e graduar a pena correspondente”.

Ainda no mesmo legal, o artigo 87 prevê que: “A pena de remoção por conveniência da disciplina será aplicada, em casos que recomendem tal providência, por ato do Secretário da Segurança Pública ou do Superintendente dos Serviços Policiais, mediante

proposta fundamentada dos respectivos Diretores de Departamento ou de órgãos do mesmo nível”.

O Estatuto prevê ainda que em caso de remoção por conveniência da disciplina, o administrado tem direito a ajuda de custo, conforme se vê:

Art. 53 - O valor da ajuda de custo corresponderá a:

I - um mês da parte básica dos respectivos vencimentos, quando o servidor policial não possuir dependentes;

II - dois meses da parte básica dos respectivos vencimentos, quando possuir dependentes;

III - metade da parte básica dos respectivos vencimentos, quando, possuindo dependentes, for removido por conveniência da disciplina.

A Administração só pode remover o administrado faltoso por conveniência da disciplina durante o período de um ano, uma vez que se trata de uma pena disciplinar.

Art. 96 – A execução das penas previstas nos incisos II a V do art. 83 desta Lei prescreve em um (1) ano a contar da data de sua aplicação em decisão irrecorrível.

7.3 Do contraditório e da ampla defesa na movimentação por conveniência da disciplina na PMMG.

No decorrer do presente trabalho, após compreender os conceitos de atos administrativos e sua aplicabilidade na administração pública, os princípios constitucionais aplicados na Administração, os poderes da Administração, noção de processo e procedimento administrativo e os princípios constitucionais aplicáveis a eles, pode-se iniciar a discussão sobre o tema principal da pesquisa: “A movimentação por conveniência da disciplina e a aplicabilidade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa”.

Conforme exposto em seção anterior, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa possuem a previsão legal no artigo 5º, inciso LV da carta Política de 1988 versando o seguinte: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Após novamente demonstrado esse importante preceito constitucional, mostrar-se-ão questões de grande relevância relacionadas ao tema.

a) conveniência e oportunidade: O primeiro aspecto a ser observado quando da movimentação de um policial militar por conveniência da disciplina, sendo ele oficial ou praça é no que se refere quanto ao ato discricionário praticado pela autoridade administrativa militar, pois, mesmo que a autoridade tenha uma “liberdade” pessoal quanto à conveniência e oportunidade da aplicação da providência disciplinar, nunca poderá se afastar do princípio da legalidade.

Como já mencionado nesta seção, sequer encontra-se citado no (EMEMG) a situação da praça quando da movimentação por conveniência da disciplina, pois, não é dada a mesma a oportunidade nem de se defender em um processo administrativo que poderá ser uma pena principal.

De tudo o que pode se vislumbrar no transpassar da pesquisa, é que o ato discricionário da autoridade administrativa militar deve estar respaldado nos princípios administrativos constantes da CF.

A movimentação por conveniência da disciplina pode ser alvo de questionamento perante o Poder Judiciário quando do não atendimento aos direitos e garantias fundamentais dos militares administrados, que a partir do ano de 1988 entraram no rol dos cidadãos possuidores de direitos perante a Lei Maior do País.

Nunca o administrador deve confundir o poder discricionário com o arbítrio, principalmente quando o ato administrativo que praticar ensejar em deveres e perda de direitos daqueles que fazem parte do arcabouço jurídico administrativo.

Como já estudado em seção própria, uma providência administrativa disciplinar tomada de forma contrária às normas e ferindo os direitos e garantias fundamentais dos administrados, afeta diretamente o público (cliente) no qual o policial militar presta seus serviços em prol da sociedade.

Portanto, para que seja realmente exercido o poder discricionário da autoridade administrativa militar é imprescindível a observação aos direitos e garantias fundamentais, principalmente no que refere ao devido processo legal.

b) processo administrativo: outro aspecto muito importante é que a movimentação por conveniência da disciplina, via de regra, como pena acessória, pois o próprio termo na

demonstra quando fala em disciplina, portanto, se a movimentação for por causa de disciplina, há que se existir obrigatoriamente, sob pena de nulidade do ato administrativo o princípio do devido processo legal, daí, é inegável que a movimentação por conveniência da disciplina deve prescindir em um processo administrativo.

Como a carta política de 1988 equiparou o processo administrativo ao judicial, faz-se necessário, quando do trâmite de um processo administrativo militar, que sejam permitidos ao acusado (litigante), os direitos inseridos no texto constitucional, principalmente o princípio do contraditório e da ampla defesa.

O processo administrativo segue os mesmos ritos processuais que o judicial, entretanto, deve ser dado ao acusado, ciência de que ele faz parte de um processo no qual deverá exercer formalmente sua defesa, podendo arrolar testemunhas, produzir provas e contraprovas.

c) do acusado: tendo o processo administrativo um acusado, devem ser dado a ele todas as garantias, não podendo a autoridade administrativa agir com amplo poder discricionário, pois, a lei impõe limites para o exercício desse poder.

Sempre quando houver uma situação em que a administração, por intermédio de processo administrativo disciplinar, a autoridade tiver a pretensão punitiva em desfavor do acusado, já no início do processo deve ser permitido o exercício do contraditório e ampla defesa, de maneira a não restringir os direitos do militar.

Cabe ao poder judiciário a apreciação dos atos administrativos que ferem a legalidade prevista no texto constitucional, principalmente quando se viola algum dos direitos e garantias previstas em seu art. 5º.

O Oficial ou praça, primeiramente, punido disciplinarmente e, após esgotados todos os recursos administrativos, ser aplicado o poder discricionário quando da movimentação por conveniência da disciplina, pois, o que ocorre, é que um militar pode ser movimentado por conveniência da disciplina, ou seja, segunda pena, sendo que na principal ou originária do ato ele pode vir a ser absolvido. Paga-se uma punição sem contudo ter cometido infração a norma.

d) legitimidade da Instituição: Agindo a Instituição, mesmo quando as autoridades utilizarem-se do poder discricionário quando da movimentação por conveniência da disciplina de um militar que não cometeu qualquer infração ao ordenamento administrativo militar, de maneira a ferir os direitos dos policiais, prejudica tanto a sociedade quanto a própria imagem Institucional. Caberá ao prejudicado reclamar no judiciário o desrespeito ao princípio da legalidade.

Um ato administrativo travestido de discricionário pode trazer sérios prejuízos morais quanto financeiros para o administrado, evidenciando-se injustiça.

A movimentação por conveniência da disciplina, apesar de ser discricionária quanto a sua aplicabilidade por parte da autoridade administrativa militar, faz parte de um processo administrativo como medida acessória (quando deve ser autônoma), devendo então, sempre ser precedida do contraditório e da ampla defesa, em conformidade com o art. 5º, LV, da Lei Maior de nosso país.

Insufismável pelo estudo realizado é que a movimentação por conveniência se trata de uma pena. Sendo pena aplicada em razão de uma infração de uma transgressão disciplinar, deve ser autônoma e não acessória, sob pena de incorrer no *bis in idem*.

Louve-se neste aspecto o já aplicado em algumas organizações citadas entre as quais a do Estado de São Paulo e do Rio Grande do Sul que hoje são exemplos no aspecto legalidade.

Todo administrador há de ter em conta que a punição é um poder dever e nunca um ato de vingança pessoal ou decorrente de antipatia do subordinado, sob pena de estar incorrendo em injustiça e prejudicando sua própria imagem de administrador, e o pior, da própria organização a que serve.

Espera-se que esse trabalho possa servir para futuras reflexões dentro da Corporação.

8 CONCLUSÃO

É incontestável que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo novos conceitos e princípios que garantem aos cidadãos brasileiros os chamados direitos e garantias individuais e coletivas, embora fossem também tratados, semelhantemente, na Constituição anterior, cuja diferença principal é que funcionava sob a espada dos Atos Institucionais, que a debilitavam.

Notadamente, o Estado brasileiro, com o passar dos anos, vem aprimorando Leis que garantem o Estado Democrático de Direito, com isso se vê mais respeitado o direito do povo. Incluem-se nesse conceito de povo, todas as pessoas que pertencem ao País, sem distinção de cor, raça, situação social e opção religiosa e mesmos os estrangeiros que aqui vivem, cujas limitações em relação aos nacionais são mínimas.

Neste contexto, claro é que o Policial Militar do Estado de Minas Gerais goza dos direitos e garantias previstas na Magna Carta, cabendo a ele cumprir e fazer cumprir as leis por intermédio de exemplos como obediência às leis e aos princípios éticos que a profissão lhe impõe.

Como parte dessas garantias, a Administração Pública Militar é regida por princípios existentes na Constituição, devendo ela obediência em especial ao princípio da legalidade, sem deixar de lado os outros termos no qual devem também fazer parte dela, tais como: moralidade, impessoalidade, razoabilidade, eficiência e outros.

A Polícia Militar de Minas Gerais, com uma visão moderna principalmente no que refere a Administração, vem se adequando e aprimorando cada vez mais no que se refere ao respeito aos direitos humanos e aos princípios gerais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, para que não haja dúvidas sobre a sua importância e respeitabilidade perante o Estado de Direito, garantindo aos cidadãos e seus funcionários o devido respeito aos seus direitos.

Em 19 de junho do ano de 2002, houve um marco histórico na PMMG, com entrada em vigor do novo Código de Ética e Disciplinar do Militares de Estado de Minas Gerais, por intermédio da Lei Estadual n.º 14.310, tendo a Instituição mais uma vez entrado para a história do País quando se aboliu a pena administrativa restritiva de liberdade, bem como

implantou em seus novos conceitos a aplicação do direito e garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa nos processo administrativo de natureza disciplinar.

Apesar da Instituição estar se adequando aos princípios previstos na Lei Maior, ainda existem alguns artigos em seu estatuto que vão de encontro com as normas legais no que se refere ao emprego dos princípios constitucionais, como é o caso do pesquisado neste trabalho. Para tanto, tornou-se necessário realizar um estudo sobre atos administrativos, princípios constitucionais na Administração Pública, processo e procedimento administrativo, princípio da inocência, Estado Democrático de Direito e o princípio do contraditório e da ampla defesa, para que melhor fosse entendido o tema.

Quanto aos objetivos propostos para o presente trabalho, verifica-se que em sua integridade todos foram observados quanto ao levantamento sobre quais são os parâmetros utilizados para se realizar a movimentação do policial militar por conveniência da disciplina, onde se conclui que não há parâmetros, conforme demonstrado no decorrer da pesquisa.

Em se tratando ainda de objetivo específico deste trabalho em examinar, dentre as normas administrativas e jurídicas existentes, aquela que oferece melhor aplicabilidade no que se refere à movimentação por conveniência da disciplina dos policiais militares na Instituição, sugere-se que a Administração proporcione ao policial militar acusado em processo administrativo os direitos constitucionais inerentes a todos os cidadãos, uma vez que na Lei Maior, não há distinção entre essa ou aquela pessoa, pois todos são iguais perante a lei.

Levando em consideração o último objetivo específico do trabalho, sobre o tópico *“levantar informações se é observado o princípio do devido processo legal, assegurando-se ao policial militar movimentado por conveniência da disciplina, o direito de defesa no âmbito administrativo antes que seja efetivada a sua transferência”*, percebeu-se que não há observância desses princípios, pois já visto em seção própria, a movimentação por conveniência da disciplina do policial militar é, na prática, pena acessória e, na maioria dos casos, é efetivada antes da solução do último recurso do processo administrativo principal.

Com isso, atingiu-se o objetivo principal do tema proposto quando se verificou que sempre quando a Administração referencia a movimentação por conveniência da disciplina, existe a figura da conveniência e oportunidade, baseada tão apenas no poder da discricionariedade da autoridade administrativa militar, de forma falsamente entendida, em muitas oportunidades tornando-se a ação do administrador um pleno exercício arbitrário, ao

invés de discricionário, quando não respeitados os princípios constitucionais, entre os quais, o devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, comprometendo o estado Democrático de Direito.

Por intermédio de todo o exposto, atingiu-se o objetivo geral do tema proposto para o trabalho, chegando-se à conclusão de que é necessário que seja aplicado o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, bem como o devido processo legal, como já é feito em outras importantes Instituições Militares do País, quais sejam: a Policial Militar do Estado de São Paulo e a Polícia Militar de Goiás. Há instituições que nem existe movimentação por conveniência da disciplina como é o caso da Policia Militar do Amazonas, pois, quando se deseja transferir o militar, ele é movimentado por interesse do serviço, sendo garantido ao administrado todos os direitos que possuir.

Tal conclusão teve como referência o fato de que a movimentação por conveniência da disciplina é considerada pela Administração da PMMG uma punição imposta de maneira acessória, pois, trata-se de uma providência disciplinar complementar, onde o administrado paga uma pena sem o término do processo principal, sendo que como pena acessória, mas sendo uma penalidade, deveria a Administração dar o mesmo tratamento dispensado ao principal obedecendo assim, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que tem em seu texto *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*. (gn). Na realidade, ao se considerar como pena acessória, ocorre um erro, pois na realidade se trata de uma pena grave, que deve ser considerada autônoma, sob pena de configurar o “Bis in idem”, pois o militar ou deve ser removido por conveniência da disciplina como pena, ou ser punido com outra sanção, sob pena de, recebendo as duas, ser vítima de uma ilegalidade. Mais uma razão, assim, de dar ao possível faltoso todas as garantias legais.

Toda punição deve ser precedida de princípios, onde não de ser observadas a imparcialidade, a proporcionalidade e, sobretudo, a legalidade. O julgador deve ser despido de vaidade pessoal, sentimento de vaidade e nunca punir alguém com raiva e sem provas suficientes para efetivação da pena.

Sugere-se que a movimentação por conveniência da disciplina seja considerada uma pena isolada e não cumulativa, obedecidos os princípios legais.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. **Decreto Lei nº 33.376, de 09 de março de 1989.** Dispõe sobre o Regulamento de Movimentações de Oficiais e Praças da Polícia Militar do Estado de Alagoas. Maceió, 1989.

AMAZONAS. **Decreto Lei nº 4541, de 07 de março de 1979.** Dispõe sobre o Regulamento de Movimentação de Pessoal da Polícia Militar do Estado do Amazonas. Manaus, 1979.

BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal.** Curitiba, Juruá, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18ª Ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Estabelece normas para elaboração de processo administrativo n âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 2001.

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

BRASIL. Exército Brasileiro. **Decreto 2040, de 21 de outubro de 1996 (R-50).** Estabelece o Regulamento de movimentações dfe Oficiais e Praças do Exército Brasileiro. Brasília, DF, 1996.

BRASIL. **Lei 5.869 de 05 de janeiro de 1973. Código Processo Civil.** Brasília, DF, 1973.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa.** São Paulo: Lisa Ltda, 1991.

CANOTILHO, J.J. . **Direito Constitucional**, 6. Ed. rev., Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Wagner Veneziani et MALTA, Luiz Roberto. *Latim: Minidicionário de expressões jurídicas*. São Paulo: Ícone, 1991.

COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.

DE PLÁCIDO e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2007

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 2. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

DUARTE, Antônio Pereira. **Direito Administrativo Militar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. **Manual para normalização de publicações técnico – científicas**. 7. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOIÁS. **Decreto Lei nº 4.717, de 07 de outubro de 1996**. Dispõe sobre o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Goiás. Goiânia, 1996.

JÚNIOR, José Cretella. **Dos Atos Administrativos Especiais**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATO GROSSO. **Decreto Lei nº 591, de 26 de agosto de 1980**. Dispõe sobre o Regulamento de Movimentações de Oficiais e Praças da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso. Cuiabá, 1980.

MATOS, Mauro Roberto Gomes de. **Compêndio de Direito Administrativo, Servidor Público**. 1^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MINAS GERAIS. **Constituição do Estado de Minas Gerais**. 5.ed. Atualizada até EC 78/2008. Curitiba: Juruá, 2008.

MINAS GERAIS. **Decreto Lei nº 11.636, de 29 de janeiro de 1969.** Dispõe sobre o Regulamento Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1969.

MINAS GERAIS. LEI 5301. **Estatuto de Pessoal da Polícia Militar.** Belo Horizonte: 1969.

MINA GERAIS. **Lei Complementar nº 95, de 17 de janeiro de 2007.** Altera a Lei 5.301, d 16 de outubro de 1969, que contém o Estatuto do Pessoal da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências. Belo Horizonte, 2007.

MINAS GERAIS. **Lei Estadual nº 14.184, de 31 de janeiro de 2002.** Estabelece normas para elaboração de Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Belo Horizonte, 2002.

MINAS GERAIS. **Decreto Estadual de Minas Gerais nº 23.085 DE 10 de Dezembro de 1983.** Aprova o regulamento disciplinar da polícia militar do estado de minas gerais (R-116).

MINAS GERAIS. **Lei Estadual 14.310, de 19 de junho de 2002.** Dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2002.

MINAS GERAIS. Polícia Militar, Comando Geral. **Instrução 01 Corregedoria da Polícia Militar.** Belo Horizonte, 2005.

MINAS GERAIS. Polícia Militar, Comando Geral. **Instrução 02 Corregedoria da Polícia Militar.** Estabelece orientações sobre a elaboração de processos e procedimentos administrativos disciplinares na PMMG. Belo Horizonte, 2009.

MINAS GERAIS. Polícia Militar, Comando Geral. **Plano Estratégico 2009-2011.** Belo Horizonte: 2009.

MINAS GERAIS. Polícia Militar, Comando Geral. **Resolução 3666. Manual de Processos e Procedimentos Administrativos Disciplinares da Polícia Militar de Minas Gerais (MAPPAD/PM).** 1.ed. Belo Horizonte: 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: 1998, tomo 1.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Farlei Martins de. **Sanção Disciplinar e controle jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PAMPLONA, Danielle Anne. **Devido Processo Legal: aspecto material**. 1. ed. Curitiba. Juruá. 2008

RIO GRANDE DO SUL. . **Lei Estadual 7.366, de 29 de março de 1980**. Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1980.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RUIVO, Fernando. **Aparelho Judicial, Estado e Legitimação**. Revista Crítica de Ciência Sociais. Centro de Estudos Sociais, n. 6, maio de 1981.

SÃO PAULO. **Instrução para movimentações de policiais militares do Estado de São Paulo- (I-2-PM)**. Dispõe sobre o Instrução para Movimentações de Oficiais e Praças da Polícia Militar do Estado de São Paulo. São Paulo, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.