



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

LUIZ FERNANDO DO VALE

**O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO ÂMBITO
DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS**

Juiz de Fora

2016

LUIZ FERNANDO DO VALE

**O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO ÂMBITO
DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS**

Trabalho apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF como requisito parcial para a obtenção de grau de bacharel na área de concentração Direito Penal, sob a orientação do Prof. João Beccon de Almeida Neto

Juiz de Fora

2016

LUIZ FERNANDO DO VALE

**O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO ÂMBITO
DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS**

Trabalho apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF como requisito parcial para a obtenção de grau de bacharel na área de concentração Direito Penal, sob a orientação do Prof. João Becon de Almeida Neto

Aprovada em 21 de Julho de 2016

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. João Becon de Almeida Neto
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Leandro de Oliveira da Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela graça de ter podido concluir essa etapa da vida.

Aos professores que se dispuseram a dividir conosco além de seus conhecimentos suas experiências de vida e em particular ao Prof. João Beccon que ao se dispor a me orientar neste trabalho me possibilitou refletir sobre meu dia a dia profissional de forma crítica.

Aos meus colegas de turma que em muitas ocasiões foram suporte nesta caminhada.

À minha família que sempre esteve ao meu lado.

Agradeço de modo muito especial a minha esposa CARLA que se fez esteio a me sustentar nos momentos mais difíceis desta empreitada e ao meu filho LUIZ FELIPE, verdadeiro referigério d'álma, que desde sua chegada na minha vida me fez reconhecer o valor exato do que significa ser Humano.

LISTA DE SIGLAS

BMMG	Bombeiro Militar de Minas Gerais
CD	Comunicação Disciplinar
CEDM	Código de Ética e Disciplina Militar
CPP	Código de Processo Penal
CPPM	Código de Processo Penal Militar
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
MAPPA	Manual de Processo e Procedimento Administrativo
PMMG	Polícia Militar de Minas Gerais
PCD	Processo de Comunicação Disciplinar
PAD	Processo Administrativo Disciplinar
PADS	Processo Administrativo Disciplinar Sumário
SAD	Sindicância Administrativa Disciplinar

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 O PROCESSO DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR	12
1.1 Direito de ser inocente?.....	15
1.2 O Princípio da Reserva Legal.....	16
1.3 A Finalidade da Sanção Disciplinar.....	16
1.4 Presunção de Inocência: direito individual do administrado.....	18
2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS CASOS CONCRETOS	21
2.1 CASO 01 Demissão em face de falta ao serviço.....	21
2.2 CASO 02 Uma lição que não deve ser seguida.....	29
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS	34

RESUMO

O presente trabalho se propõe a discutir a possibilidade de violação a direitos fundamentais dos funcionários públicos policiais e bombeiros militares do estado de Minas Gerais. Tal violação ocorreria no exercício da função correcional quando o ente público deixa de observar garantias processuais e procedimentais, em particular o princípio da não culpabilidade. Fez-se uma análise da legislação em vigor que regulamenta essa função da administração militar, percebendo-se a necessidade de se transpor para o Direito Administrativo Disciplinar garantias típicas do Direito Punitivo Penal. Neste ínterim, faz-se necessário entender que institutos relativos a um ramo do Direito inspiram outros, na medida em que eles fazem parte do conjunto de normas que compõem o mesmo ordenamento jurídico. Também se procedeu o estudo de casos concretos, analisando-se seus transcurso no âmbito administrativo, suas consequências para o funcionário público envolvido e o tratamento dado em sede jurisdicional. Buscou-se ainda um suporte doutrinário para as questões levantadas de modo a permitir construir um entendimento claro sobre o problema enfrentado. Ao final, fez-se uma sugestão de mudança legislativa, que visa amoldar a realidade fática aos ditames constitucionais de garantias de direitos dos militares estaduais mineiros.

Palavras-chave: Direito administrativo disciplinar, direitos fundamentais, interesse público, garantias processuais, presunção de inocência, sanção disciplinar, transgressão disciplinar.

ABSTRACT

The aim of this research is to discuss the possible violation of fundamental rights of military civil servants policemen and firefighters of Minas Gerais State. Such violation possibly take place during the exercise of the correctional function as well as when the public entity no longer observes procedural guarantees, especially the principle of presumed innocence. The current legislation that regulates this administrative military correctional function was analyzed, and it was possible to notice the necessity to transpose typical guarantees from the Punitive Criminal Law to the Disciplinary Administrative Law. In the meantime, it is necessary to understand that institutes from a field of law inspire others, as far as they are a part of a group of regulations that constitutes the same legal order. Real cases were also studied, analyzing their passing in the administrative area, as well as their consequences for the military civil servant involved in the case and the treatment given to them in the jurisdictional office. A doctrinal support to the questions raised was also pursued, so that it was possible to build a clear understanding of the problem faced. Finally, a legislative modification was suggested. The aim of this change is the adjustment of factual reality to constitutional rules, regarding the guarantees of the rights of military civil servants of Minas Gerais State.

Key words: Disciplinary Administrative Law, fundamental rights, public interest, procedural guarantees, presumption of innocence, disciplinary sanction, disciplinary transgression.

INTRODUÇÃO

Dentro do modelo de Estado Democrático de Direito, no qual nosso ordenamento se insere, as normas devem estar em consonância com o conjunto de valores eleitos como os mais relevantes para a sociedade. Desse modo a feitura de uma norma deve estar sempre em conformidade com o conjunto desses valores.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 - CRFB/88 inaugurou-se um novo modelo de ordenamento que passou a ser pautado na conformação de princípios que orientam todo o mundo jurídico desde então. Normas anteriores ou foram recepcionadas pela Nova Carta ou retiradas do ordenamento porque desconformes a ela.

A legislação elaborada após a promulgação da Carta Maior teve como parâmetro os ditames constitucionais. Neste ínterim, a legislação que disciplina a conduta dos agentes da Polícia Militar de Minas Gerais - PMMG, com destaque para a lei estadual de nº 14.310/2002 – Código de Ética e Disciplina Militar - CEDM -, já tiveram por norte as regras e princípios elencados no texto constitucional.

Outras normas que disciplinam a relação dos agentes policiais para com a administração militar também se pautaram nas normas da Carta de 1988 dentre as quais se destaca a Resolução Conjunta 4220/2012 – Manual de Processos e Procedimentos Administrativos das Instituições Militares do Estado de Minas Gerais (MAPPA), Resolução Conjunta 4278/2013 que trata das perícias, licenças e dispensas de saúde, a Instrução conjunta de Corregedoria nº 03/2014, todas elas editadas pelas corporações militares do estado de Minas Gerais: Polícia militar de Minas Gerais - PMMG e Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais - BMMG.

Entretanto, algumas dessas legislações apresentam regras que vão de encontro às premissas constitucionais, o que pode acarretar aos agentes submetidos ao regime militar violações a direitos e garantias inscritos na Lei Maior.

Reside aqui o problema que se quer investigar com o presente trabalho: haveria violação do princípio a presunção de não culpabilidade protegidos sob a égide constitucional inserta no art. 5º, inciso LVII da CRFB/88, quando da aplicação da normativa castrense¹?

¹ Castrense: Relativo à classe militar. Relativo à acompanhamento militar (HOUAISS; VILLAR, 2012, p. 149).

Não obstante as normas que regulam a administração pública também encontrarem regras constitucionalizadas, a realização da atividade administrativa deve estar em consonância com a principiologia dos direitos assegurados a todos os cidadãos, e dentre estes não se exclui os agentes policiais militares e bombeiros militares, de modo que tal atividade administrativa não pode descumprir preceito constitucional. Noutros termos, não pode a administração no exercício de sua competência correccional violar direito constitucionalmente garantido.

Doutrina e jurisprudência são uniformes em considerar o devido processo legal garantia do jurisdicionado. A própria CRFB/88 assim determina, embora textualmente se refira à defesa da liberdade e dos bens, mas não se desconhece que essa garantia se estende a outros bens juridicamente tutelados. Destaca-se também que o texto constitucional diz expressamente em seu Art. 5º, LV que a todos é garantido tanto na seara judicial como na esfera administrativa o respeito ao contraditório e à ampla defesa. Veremos, pois, como se procede ao cumprimento dessas garantias quando da aplicação das normas militares correccionais.

A partir da análise das regras processuais utilizadas no âmbito da administração da Polícia Militar de Minas Gerais e Corpo de Bombeiros Militares de Minas Gerais quando da imposição de sanções disciplinares e da aplicação das normas que conformam a vida daqueles agentes públicos, se buscará entender em que medida o princípio da não culpabilidade, também chamado de presunção de inocência, é ou não respeitado na seara administrativa militar no que diz respeito à função disciplinar.

Consoante dito anteriormente, a Constituição é a norma fundamental com a qual o ordenamento deve se conformar. Neste ínterim, o conjunto de princípios nela contidos, explícitos ou implícitos, devem ser observados. Em face dessa necessária obediência aos ditames constitucionais, a normativa que aqui se busca analisar deve ser estudada tendo-se a clara noção de que ela não pode se afastar dessa configuração jurídica que tem na norma constitucional seu fundamento.

Assim, para um melhor entendimento do nosso objeto de análise faremos um breve estudo de como se desenvolve o processo de apuração da transgressão disciplinar e a consequente responsabilização do agente que porventura tenha desrespeitado as normas que regulam as atividades daqueles servidores no que diz respeito à disciplina e hierarquia tipicamente militares.

Feita essa primeira análise partiremos então ao estudo do objeto desta pesquisa partindo-se da análise de casos concretos como forma de se apreender aquilo que dá

sustentação à normativa elaborada para reger a relação entre os agentes públicos militares e a administração pública, posto que estes agentes encontram-se numa relação especial de sujeição, não apenas em face do vínculo funcional de funcionários públicos que por si só já diferencia a relação destes para com a administração quando comparado com a relação da administração para com a coletividade, mas, sobretudo, e, especificamente, por se tratar de um funcionário público regido por um regime jurídico próprio e diferenciado que é o regime militar.

Os casos que serão aqui estudados decorreram de fatos considerados pela administração militar como faltas graves e foram obtidos por meio de pesquisa no banco de dados da Polícia Militar de Minas Gerais que os disponibiliza diretamente ao público interno, mas também podem ser acessados pelo público em geral, uma vez que não estão protegidos por sigilo. Embora sejam informações de caráter público, optamos por manter o sigilo acerca dos nomes dos envolvidos como forma de preservar-lhes a intimidade.

Este estudo se mostra relevante na medida em que as forças militares estaduais são compostas por um contingente expressivo de policiais e bombeiros que, muito além de serem funcionários públicos, são cidadãos que como quaisquer outros devem estar protegidos contra possíveis violações a seus direitos.

Outro motivo que justifica a presente pesquisa é a carência de debates e estudos jurídicos na seara militar que, na maior parte das vezes, fica restrita ao âmbito dos tribunais militares, que são poucos no país, e das administrações das instituições militares que elaboram as normas de conduta dos seus funcionários. Tais normas podem, inclusive, invadir a vida do indivíduo na sua esfera pessoal.

Desse modo se pretende contribuir para o debate acerca dos direitos dessa parcela de cidadãos que compõem as forças militares, de modo particular os militares mineiros, sob a perspectiva das possíveis violações que podem ocorrer quando uma norma é aplicada em descompasso com os ditames constitucionais.

1. O PROCESSO DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

Estudaremos neste tópico as formas de apuração da transgressão disciplinar conforme determina a legislação estadual mineira em vigor. Antes, porém, importa fazermos uma breve análise da transgressão e sanção disciplinares. Inicialmente colhemos as lições do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello que nos ensina que a natureza administrativa de uma infração deve ser reconhecida pela natureza da sanção que lhe corresponde e a natureza desta se reconhece pela autoridade competente para impô-la. Diz ainda não haver substancial distinção entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais e “o que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção ...” (MELLO, 2012, p.863).

Por tais lições vê-se que há a necessidade de se perceber que mesmo em se tratando de esferas distintas de aplicação de Direito deve-se ter em mente que o poder punitivo estatal decorreria da mesma razão e por isso deve se cercar das garantias necessárias à proteção do jurisdicionado, seja no âmbito penal ou administrativo. Sob este aspecto retornaremos mais pormenorizadamente mais adiante.

No âmbito da legislação que aqui se estuda instituiu a Resolução 4220/2002 (MAPPA) o preceito de que o processo administrativo serve também para análise da conduta do servidor em face do cometimento de um delito penal, todavia não abordaremos as questões relativas aos delitos penais, uma vez que em relação a eles há uma normativa própria no campo do direito penal. O estudo que se pretende terá por norte a transgressão disciplinar que acarreta a imposição de uma sanção administrativa ao servidor.

A definição de transgressão disciplinar se encontra no Art. 11 da lei 14310/2012, in verbis:

Art. 11 – Transgressão disciplinar é toda ofensa concreta aos princípios da ética e aos deveres inerentes às atividades das IMEs² em sua manifestação elementar e simples, objetivamente especificada neste Código, distinguindo-se da infração penal, considerada violação dos bens juridicamente tutelados pelo Código Penal Militar ou Comum.

² IMEs: Instituições Militares Estaduais (Lei 14310/2012, Código de Disciplina dos Militares)

Note-se que a lei em comento faz a diferenciação entre transgressão disciplinar e delito penal. Destaca-se que a diferenciação feita deixa claro o entendimento de que a transgressão disciplinar não se insere numa arcabouço jurídico penal. Entretanto, conforme se analisará neste estudo, essa diferenciação entre delito penal e transgressão disciplinar é meramente formal, pois tanto em termos estruturais quanto teleologicamente a falta disciplinar acarreta ofensa a determinado bem jurídico.

Retornando aos elementos caracterizadores das transgressões disciplinares em relação à tipicidade tem-se que elas seriam atípicas porque não definida especificamente em lei tal qual ocorre com o delito penal. Entretanto, este critério não pode ser tomado por absoluto na medida em que existem normas que definem taxativamente a conduta que se configura transgressão como é o caso da norma base deste estudo em que a referida Lei 14310/02 (CEDM) em seus artigos 13, 14 e 15 definem quais são as transgressões disciplinares.

No tocante a antijuricidade o legislador estadual enumerou no art. 19 do CEDM as causas de justificação, que na realidade se configuram como causas excludentes da antijuridicidade. No mesmo diapasão, o MAPPA estabelece em seus artigos 4º a 7º que as causas de justificação elencadas no referido Art. 19 do CEDM e subsidiariamente aquelas elencadas no art. 439 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) ou art. 386 do Código Processo Penal (CPP) poderão fundamentar o pedido de absolvição ou o arquivamento dos autos, conformando-se então a ideia de que as causas de justificação configuram-se causas excludentes da ilicitude.

Não adentraremos na análise detida deste aspecto das causas de excludente da antijuridicidade. Basta-nos para a verificação deste estudo que a antijuridicidade da transgressão disciplinar se liga dogmaticamente à antijuridicidade do delito penal, também no tocante às suas excludentes. Em linhas gerais a antijuridicidade da transgressão disciplinar é definida, assim como no direito penal, como a contrariedade da ação com o ordenamento jurídico.

Quanto à culpabilidade, colhemos as lições de Bitencourt (2012) segundo o qual a culpabilidade tem um triplo sentido assumindo uma função de fundamento da pena pelo qual se faz um juízo de valor que permite atribuição de responsabilidade, uma função de medição da pena pelo qual se faz uma limitação desta e culpabilidade como um conceito contrário à responsabilidade objetiva. Também no âmbito do direito disciplinar a culpabilidade é elemento caracterizador do tipo transgressional na medida em que, assim como na esfera penal, surge como meio limitador do poder punitivo estatal, de tal sorte que Neves (2010)

apud Medina (2015) preleciona que a culpabilidade tem natureza constitucional, configurando-se numa garantia individual contra o arbítrio estatal, demonstrando que também exerce uma função delimitadora da pena.

Noutro plano, a sanção disciplinar é definida por meio da resolução 4220/2012 segundo a qual:

SANÇÃO DISCIPLINAR – é o ato administrativo que pode exprimir ordenação, imposição, pena ou congênere, que se dispõe em norma legal, objetivando o caráter preventivo e educativo e só pode ser aplicado pelas autoridades competentes.

A definição trazida pela referida resolução aproxima a transgressão disciplinar do delito penal na medida em que trata o ato administrativo sancionatório como pena. Traz ainda a finalidade desta sanção dizendo ser de caráter preventivo e educativo. Percebe-se mais uma vez uma aproximação entre transgressão disciplinar e delito penal na medida em que se tem uma finalidade retributiva e preventiva da sanção disciplinar. Sobre tais finalidades retornaremos mais adiante neste trabalho.

Note-se que a aproximação aqui mencionada entre sanção administrativa e penal vai ao encontro dos ensinamentos do Prof. Celso de Mello corroborando o entendimento de que se deve ter no âmbito administrativo disciplinar punitivo as mesmas garantias que no âmbito penal.

Caracterizada a transgressão disciplinar tem-se a aplicação das sanções correspondentes e tal imposição decorre de um processo específico do direito administrativo que, na maioria dos casos, se procedimentaliza por meio de uma sindicância ou por meio de um processo administrativo disciplinar. O que se busca por meio dessas modalidades processuais/procedimentais é a correção de atitudes que sinalizam abuso ou ineficiência na prestação do serviço público (FREITAS, 1999).

Ao falarmos em processo administrativo disciplinar estamos nos referindo ao gênero. No âmbito das instituições militares mineiras a atividade sancionatória se desenvolve por meio de procedimentos definidos primeiramente no CEDM. Posteriormente o MAPPÁ fez um delineamento do modo como tais procedimentos devem se desenvolver. Tanto uma quanto outra norma definem espécies de procedimentos. Assim, em linhas gerais temos a Comunicação Disciplinar (CD), definida no art.56 do CEDM que se procedimentaliza pelo chamado Processo de Comunicação Disciplinar (PCD) definido no Art. 34 do MAPPÁ, a Sindicância Administrativa Disciplinar (SAD) definido no Art.272 do MAPPÁ, as Alegações e Notícias em Geral definido nos Art.72 a 74 do MAPPÁ, o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) definido nos Art. 325 e 326 do MAPPÁ, e o Processo Administrativo

Disciplinar Sumário (PADS) definido no Art.374 do MAPPA, todos eles como espécies de procedimento administrativo utilizados para apuração de possível cometimento de infrações disciplinares.

Cabe ressaltar que o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é uma das espécies de processo definido na normativa afeta aos militares estaduais mineiros cujo gênero é, segundo a doutrina em geral, o processo administrativo disciplinar a abarcar todo conjunto de meios processuais utilizados pela administração pública para executar sua função correcional, conforme mencionado linhas atrás.

Feita esta primeira análise com a explanação dos mecanismos jurídicos destinados à apuração e eventual caracterização e imposição de sanção ao servidor militar em tese faltoso, passaremos a seguir à análise do objeto em sí deste estudo que se propõe a verificar: há pertinência do direito a ser considerado inocente no âmbito do direito administrativo sancionador?

1.1 Direito de ser inocente?

Terminou-se a parte anterior deste estudo com a indagação de se considerar, no âmbito do direito administrativo disciplinar, a possibilidade de ocorrer uma violação do direito de ser presumido inocente. Dentro desta mesma questão podemos então refletir sobre a natureza do Direito à presunção de inocência. Antes de adentrarmos nesta questão específica da configuração do direito, cabe questionarmo-nos acerca dos aspectos sobre os quais se funda o *poder/dever* punitivo estatal e qual a sua finalidade.

Em relação àqueles temos de perceber que tal direito punitivo tem as mesmas bases ontológicas do direito penal em que se tem o princípio da legalidade, doutrinariamente definido com princípio da reserva legal, como elemento delineador desse poder estatal. Corolário deste temos, então, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório como garantias do jurisdicionado/administrado ante o *poder/dever* da administração em aplicar os ditames legais na função correcional.

O princípio da legalidade, que também se configura uma garantia ao jurisdicionado se revela de vital importância ao ordenamento estando, inclusive, previsto em sede constitucional e por isso faremos sobre ele uma breve análise.

1.2 Princípio da Reserva Legal

Atentos ao princípio da legalidade recorremos aos ensinamentos de Schmidt (2001) que ao tratar do tema lembra-nos que este princípio, no âmbito penal, decorre do comando constitucional inserto no Art. 5º, XXXIX da CRFB/88 de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e que este comando, *prima face*, traduz-se sob o aspecto formal, cuja adoção pelo sistema constitucional se deu numa fase em que o “Direito encontrava-se estruturado sobre o paradigma liberal-individualista de produção jurídica em que a parte precede o todo, ou seja, onde os direitos dos indivíduos estão acima dos direitos da comunidade” (p.144).

Assevera ainda referido autor que além do aspecto formal, o princípio da legalidade deve estar informado pelo aspecto material segundo o qual o Direito Penal não pode ter como objeto único a norma formalmente posta, pois não tem ela validade em si mesma. Há de provir sua validade dos próprios valores político-criminais eleitos pelo Estado Democrático de Direito (SCHMIDT, 2001).

Sob o enfoque de nosso estudo, igual lógica se pode adotar. Se tivermos em mente somente o aspecto formal, bastaria então ao administrador obedecer aos processos formais de criação da norma para que pudesse vincular a conduta transgressional ao administrado a pretexto de proteger o interesse público, sem nem mesmo definir o que seria esse interesse público e desse modo se teria uma transgressão disciplinar que se destinaria a proteger um determinado bem jurídico que carecesse de relevância.

Logo, também na seara administrativa disciplinar deve-se ter a inequívoca obediência ao aspecto material do princípio da legalidade sob o risco de, em assim não o fazendo, se legitimar um direito punitivo demasiadamente severo e em descompasso com o próprios valores constitucionalmente consagrados.

1.3 A finalidade da Sanção Disciplinar

No que dispõe sobre a finalidade que se pretende com a aplicação da sanção em face do descumprimento da norma, tem-se uma referência ao mesmo instituto na seara penal em que se abandonaram as velhas concepções que justificavam o caráter meramente retributivo da pena no qual se projetavam resquícios da antiga vingança privada.

Passou-se a adotar o entendimento de que a aplicação da pena tem por finalidade a busca por uma reparação e também pela prevenção ao cometimento de novos delitos acrescentando-se por meio da teoria unificadora dialética de Claus Roxin uma finalidade

ressocializadora da pena. Modernamente tem-se a adoção da teoria da prevenção geral positiva limitadora, de base garantista, em que os princípios e garantias reconhecidos democraticamente pela sociedade limitam o poder punitivo do Estado (BITENCOURT, 2012).

Neste mister, pode-se então compreender que os princípios que fundamentam o Direito punitivo se encontram não só no âmbito penal, mas também no administrativo disciplinar. Lima (2009) apud Bastos (1996) nos esclarece que a atividade da administração é em sua maior parte processual e informada por normas de procedimento que devem ser tidas como meios de garantia da legalidade e de direitos individuais. Então, uma vez que se verifique a unidade entre processo administrativo e judicial os princípios de direito penal devem ser também aplicados ao direito administrativo sancionador.

Sob o enfoque das teorias garantistas, pode-se defender que no âmbito do direito administrativo disciplinar também devem ser observados os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e, sobretudo o princípio da presunção de não culpabilidade – a proteger o indivíduo em face do poder punitivo estatal.

Compreende-se então que também na esfera administrativa disciplinar, está superada esta visão puramente retributiva da sanção, surgindo no lugar desta antiga concepção as teorias que veem na pena o duplo objetivo preventivo e corretivo (FREITAS, 1999).

Quanto a este duplo objetivo é claro o ensinamento do Professor José Armando da Costa para o qual:

“A sanção disciplinar tem basicamente duas funções: uma preventiva e outra repressiva. Na primeira (preventiva), a sanção prevista – em constituindo uma ameaça, uma cominação -, faz com que o funcionário precavido não transgrida nenhuma norma disciplinar. Na segunda (repressiva), já tendo infringido o regulamento, sofre o servidor faltoso, em concreto, a reprimenda administrativa. (COSTA, 2008, p. 140).

Em face da sujeição especial na qual se configura a relação entre o Estado (administração) e o agente (funcionário público) implicando a submissão deste a um conjunto de regras próprias, as quais, caso sejam descumpridas, levam ao sancionamento desse indivíduo, percebe-se a importância em se considerar a finalidade da sanção disciplinar não sob o enfoque da retribuição apenas.

Zaffaroni (2013) nos ensina que a reprimenda da administração está sob a influência de princípios inspiradores do direito penal e também no direito sancionador, pelo qual se busca uma reprimenda de caráter preventivo, e diga-se – preventivo especial -, pois não se busca somente o caráter reparador da sanção, que é próprio das sanções

administrativas, mas também revela um propósito preventivo especial. Ensina este autor que a natureza da pena administrativa revela um caráter reparador e que também persegue um propósito preventivo especial quando busca não só a reparação do dano causado à administração, mas também busca infligir uma determinada privação de bens jurídicos e assim motivar o sujeito ao não cometimento futuro daquela mesma conduta se configurando, pois, em prevenção especial.

Claro, nestes termos, o ilustre penalista ao dizer:

“temos afirmado que o direito penal é o único cuja coerção procura a prevenção especial, ao passo que o resto da ordem jurídica procura a reparação (que inclui a reposição, quando possível). (...) O direito penal administrativo se caracteriza por prover a segurança jurídica em ambas as vias. Dai que dita legislação por participar parcialmente da função preventiva especial, deve respeitar garantias que vigoram para a legislação penal. Tais garantias devem ser respeitadas por toda a lei que participe – ainda que parcialmente – da natureza penal e mesmo que não seja, propriamente falando, uma lei penal (ZAFFARONI, 2013, p. 140-141).

Diante da possibilidade de violação de direitos individuais deve-se buscar a garantia de princípios que resguardem esses mesmos direitos. Desse modo, mesmo quando se exerce o *poder/dever* de punir um funcionário faltoso não pode a administração se omitir na tarefa de garantir os direitos daquele sujeito.

Esclarecedoras a esse respeito são as lições de Clarissa Sampaio Silva (2009) que diz haver uma tendência em se considerar o poder sancionador da administração pública e poder estatal na esfera penal oriundos de um mesmo poder punitivo. Diante disso é essencial a necessidade de se aplicar ao sancionamento administrativo disciplinar os mesmos princípios e garantias constitucionais que dizem respeito à matéria penal, que não lhes são privativos, e destaca a autora, a garantia ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à presunção de inocência. Diz a expressão “ubi eadem est ratio, ibi ide jus” em tradução livre: onde há a mesma razão incide o mesmo direito.

1.4 Presunção de Inocência: direito individual do administrado

Pelo estudo que aqui se vem realizando chega-se ao entendimento de que ser considerado inocente é direito do indivíduo quando este se encontrar na situação de acusado de cometimento de uma infração, penal ou administrativa disciplinar.

Conforme Moraes (2010) o Brasil, enquanto signatário de diversos acordos e tratados internacionais de Direitos Humanos, dentre eles o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, se comprometeu a

garantir no seu ordenamento direitos elencados naqueles diplomas internacionais e dentre estes a presunção de inocência.

Destaca Moraes (2010) que a presunção de inocência trata-se de um direito subjetivo que tem como principal finalidade conferir uma posição jurídica ativa ou de vantagem em relação ao Estado, conseqüentemente, obrigando-o a atuar de determinada forma para efetivação deste direito reconhecido e, por outro lado, limitando a atuação estatal, abstendo-se o ente público de atuar dentro de um determinado âmbito, em favor daquele titular. Essa obrigação de abstenção pelo Estado seria o chamado direito de defesa do indivíduo ante o poder do Estado.

Para o referido autor os direitos de defesa, dentre eles a presunção de inocência, estão voltados a impedir as intervenções excessivas ou de quaisquer formas ilegítimas (violações) nas posições jurídicas dos indivíduos. Também descreve que tão importante quanto essa função delimitadora da atuação estatal, se apresenta como direito a prestações estatais positivas exigindo, por exemplo, a formulação de procedimentos para a plena efetivação desses direitos. (MORAES, 2010).

As lições de Moraes (2010) não nos deixa dúvidas quanto a configuração do princípio da presunção de inocência enquanto direito individual e como tal deve ser objeto de proteção seja no âmbito penal, seja no administrativo disciplinar. Ocorre que nenhum direito, fundamental ou não, é absoluto. Mesmo se tratando de direitos fundamentais individuais podem sofrer restrições. Pode-se em face de outro direito, restringi-lo ou até mesmo deixar de aplicá-lo.

Surge então a necessidade de se saber qual deles deverá ser aplicado e qual será restringido. Tal escolha é feita em regra pela técnica jurídica do sopesamento e se desenvolve no caso concreto. Neste ínterim, devemos vislumbrar a natureza do princípio da presunção de inocência em se configurar um direito fundamental. Esta observação se mostra importante para nosso estudo, uma vez que ao analisarmos a aplicação deste direito na seara administrativa disciplinar aqui tratada surge um aparente conflito entre o direito do administrado e a necessidade da administração em preservar o interesse público na prestação do serviço que se traduziria como princípio do interesse público.

Justem Filho (2012) nos mostra que em se tratando de um direito não haveria prevalência sobre ele do princípio do interesse público, esclarecendo ainda, que entre princípios não há hierarquia, na medida em que têm idêntico assento constitucional.

Moraes (2010) acrescenta que na eventual colidência entre direitos fundamentais a restrição de um deles só será possível se tal restrição puder ser justificada com fundamentos constitucionais, já que se está tratando de direitos de base constitucional.

Necessário será então o uso da razoabilidade - enquanto técnica de solução desse conflito -, que por sua vez, não deverá ficar adstrito à solução do conflito entre princípios e direitos. Terá que transcender ao direito material de modo que, para a aplicação da punição em caso de cometimento de transgressão, seja – juntamente com o princípio da proporcionalidade – verdadeiras garantias ao transgressor, ou seja, será imprescindível que a aplicação da sanção se dê de modo razoável e proporcional ao cometimento da falta. Se assim não se proceder, a aplicação da sanção se configuraria verdadeira injustiça, já que os direitos individuais devem estar protegidos pelas garantias contidas no ordenamento.

Configurando-se, pois, a presunção de inocência um direito individual do jurisdicionado/administrado não há prevalência sobre ele do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS CASOS CONCRETOS

Passaremos ao estudo de dois casos concretos em que faremos a análise do modo como os princípios da administração pública são empregados tentando, a partir dessa observação, verificar de que modo e em que medida a obediência ou o descumprimento deles afeta o respeito ao princípio da não culpabilidade e outros princípios que, como este, se configuram garantias do administrado.

2.1 Caso 01 – Demissão em face da falta ao serviço

A pesquisa que até aqui se realizou, leva-nos ao entendimento de que o princípio da não culpabilidade constitui-se numa garantia ao funcionário público que, diante de uma imputação do cometimento de uma falta disciplinar, encontra-se numa posição de ter de se defender da acusação que lhe é feita e enquanto se defende deve ter ele a segurança de que nenhuma sanção lhe será aplicada enquanto restar pontos a serem esclarecidos, sob o risco de se estar perpetrando verdadeira injustiça ao invés de se aplicar a sanção conforme preceitos legais.

Conforme se vem falando ao longo deste estudo, o princípio da presunção de inocência se configura como um direito do administrado e como tal exigirá ainda mais empenho e cuidado por parte do ente público quando este tiver de exercer seu *poder/dever* disciplinar punitivo.

Dito isso, podemos então adentrar na análise de casos concretos que nos permitirão avaliar toda essa construção do direito disciplinar sancionador observando como os institutos jurídicos vinculam tanto a atividade estatal quando atua na aplicação desse poder punitivo, quanto à relação do funcionário público para com a administração e o interesse público.

De início pontua-se que os casos trazidos à pesquisa representam uma parcela daqueles que ocorrem com relativa frequência no cotidiano da instituição policial militar mineira e por isso serve de substrato para a análise que aqui se vem desenvolvendo, mas que não representam a generalidade dos fatos que ocorrem no seio das instituições militares estaduais.

Levou-se em conta para a escolha destes casos, também, a natureza da transgressão que é definida pelo CEDM como falta grave e que pode, por isso, acarretar sanção severa ao servidor faltoso. Pontua-se também que os casos estudados foram obtidos

em bancos de dados daquele órgão público que disponibiliza as informações para consulta pública em geral, visto não serem documentos mantidos sob sigilo.

A apuração da transgressão que aqui se estudará se processa por meio dos instrumentos jurídicos instituídos pela legislação pertinente já referida neste estudo. Disso podemos perceber, pois, que se respeitou os princípios basilares do Direito Administrativo em relação à obrigação da administração pública ter de agir dentro dos limites da legalidade objetiva, com obediência ao princípio da publicidade, da moralidade, da oficialidade e de forma motivada.

Destarte, o respeito aos princípios da impessoalidade, da eficiência da administração pública, da busca pela verdade material devem sempre estar amparando a aplicação desse direito punitivo, embora em alguns casos como os que aqui expostos, se verá, careçam desse respeito a tais princípios.

Mais importante ainda é verificar que a atuação do ente estatal não prescindiu do respeito à defesa ampla, ao contraditório ao devido processo legal e, sobretudo, ao princípio da não culpabilidade, cujo desrespeito configura verdadeira violação a direito fundamental do administrado.

Adentrando então os casos trataremos da análise da imposição de punições impostas a militares pelo cometimento da transgressão disciplinar de FALTA AO SERVIÇO, transgressão essa tipificada no Art. 13, XX do CEDM.

No primeiro caso trazido à apreciação trata-se de punição aplicada a um militar que foi acusado de ter faltado ao serviço na data de 04/03/2008. Pela natureza da transgressão, cujo bem jurídico se pretende proteger é o interesse público na continuidade da prestação do serviço, considerou-se que a sua ausência ofendeu aquele bem jurídico na medida em que ocasionou uma descontinuidade na sua prestação.

Ensina-nos Furtado (2012) que interesse público é definido, *prima facie*, pela realização dos direitos fundamentais e que por isso merece ser qualificado como público o interesse que seja o da sociedade em geral, em face de sua importância, e que seria aquele interesse que autorizaria a limitação ou restrição do interesse privado. Também entende que na eventual colidência entre princípios constitucionais há de se utilizar da razoabilidade para a solução do aparente conflito. Segue dizendo este autor que o estrito cumprimento da lei, segundo plano de realização do interesse público, de nada importa se implicar o afastamento ou descumprimento dos direitos fundamentais.

Desse modo afastando-se a aplicação do princípio da não culpabilidade no confronto entre o interesse público da administração castrense em manter a continuidade da

prestação do serviço e o direito a ser tratado como inocente enquanto se apura o factual cometimento da transgressão tem-se por configurada verdadeira violação a direito fundamental do agente público.

No caso em análise, em face da transgressão em tese cometida, aplicou-se ao militar as sanções de suspensão, de perda de pontos do seu conceito funcional e também a aplicação da perda de um percentual de seus rendimentos conforme estabelece CEDM. Todavia, não foram somente essas duas punições aplicadas ao militar. Outra medida administrativa decorrente dessas punições foi adotada com a submissão dele a um novo procedimento administrativo, uma vez que a natureza da transgressão, aliada à perda dos pontos - com a consequente modificação do seu conceito funcional -, fez com que se configurasse hipótese de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) que visa à demissão do funcionário, conforme preceitua o Art. 64, II do CEDM. Não se trata especificamente de uma sanção na medida em que não é uma modalidade das que estão elencadas no CEDM, porém, acarreta algumas consequências danosas ao militar como, por exemplo, a sua impossibilidade de ser promovido a outra graduação³ enquanto durar o PAD, além de ter de se defender num processo administrativo que pode culminar na sua demissão o que por si só gera um desgaste emocional e também leva a um gasto financeiro, já que terá de promover sua defesa por meio de defensor habilitado.

Por meio de tal procedimento – PAD – passou-se a perquirir a condição do funcionário em permanecer nos quadros da instituição militar, cuja conclusão foi a demissão dele por se considerar que não reunia mais as condições para continuar como integrante daquela instituição.

Embora seja hipótese prevista em lei, já que tal circunstância está prevista no CEDM, há que se refletir sobre a existência de um certo grau de subjetivismo por parte da administração que, a despeito de um fato concreto, qual seja, a falta ao serviço, passa a questionar a qualidade da pessoa do funcionário, isso porque nesse novo processo disciplinar – PAD – as decisões serão tomadas com base em considerações feitas acerca da pessoa do militar. Considerações estas que são realizadas pelos membros da comissão que estará encarregada de avaliar esse funcionário. Veja-se, o cometimento de uma infração típica – falta ao serviço - leva a um processo em que se passa a perquirir a qualidade do sujeito não em relação àquele fato transgressional, mas sim sob um enfoque subjetivo acerca da pessoa do faltoso.

³ Graduação: Grau hierárquico conferido às praças. (Estatuto da Polícia Militar de Minas Gerais, 1969)

Poderíamos, mesmo, vislumbrar um direito punitivo voltado ao sujeito enquanto um ser sobre o qual se exerce um poder, um objeto de uma política, diríamos, “punitiva transgressional”, aos moldes de uma política criminal que se volta à incriminação do indivíduo e não dos fatos, pelo qual não se busca mais a punição pelo cometimento de uma infração contrária à norma posta, um fato específico, mas sim a imposição de uma punição em face da qualidade do sujeito. Seria uma sanção pela sanção que teria o sujeito como objeto da pena.

Em se trilhando este caminho e não havendo respeito aos meios que assegurem ao acusado seus direitos fundamentais poder-se-ia chegar ao absurdo de um direito disciplinar em que não se sancionaria alguém em face de um ato, mas sim em face da sua qualidade de sujeito. Fazendo-se referência ao direito penal em que se tem a construção de um direito penal do autor, teríamos no âmbito administrativo um “sujeito transgressor típico” a ser perseguido e punido.

Decisões existem que vão ao encontro dessa ideia de que a sanção se justifica em face da pessoa do transgressor como, exemplificativamente, a decisão proferida num processo de comunicação disciplinar de nº. 07 de 16/02/2009 em que se lê “As características da infração imputada, aliadas à qualidade do comunicante⁴, permitiram que a defesa fosse oportunizada (...)”. Não obstante no referido processo se verificar que foi oportunizada a defesa ao militar acusado da falta, fica claro o ânimo daquele que decidiu tal processo em considerá-lo previamente culpado na medida em que sua decisão se sustentou numa “qualidade” do comunicante.

Assim procedendo a administração castrense, vai ela de encontro ao princípio da não culpabilidade na medida em que também a tutela disciplinar punitiva deve ficar adstrita à reprovabilidade de determinada conduta e não de seus autores, pois não há que se falar em responsabilidade objetiva, pois como afirma Bitencourt (2012) “somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recaia o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor” (p.62), e conforme temos defendido também em sede de “direito disciplinar punitivo” não há que se falar em responsabilidade objetiva, tampouco em sanção em face da pessoa, mas sim pelo cometimento de um ato contrário à lei.

4 Comunicante: Agente público militar de precedência hierárquica em relação ao comunicado, que formaliza a comunicação disciplinar. (Resolução 4220/2012, art. 35, caput)

Continuemos então com o caso. A transgressão em tese cometida teve como substrato a ausência do referido militar ao serviço, mas não apenas. Houve, conforme argumentos trazidos pela administração, descumprimento de norma regulamentar que obriga o funcionário a apresentar-se a uma unidade de saúde da própria instituição militar, levando consigo o atestado para que se fizesse uma perícia por meio da qual se verificaria as condições de saúde do funcionário, sendo também feita a homologação⁵ do atestado por ele apresentado. Por isso não teria se configurado a causa de justificação, amparando a administração essa sua decisão nas disposições da Resolução Conjunta 4278/2013.

Por ocasião de sua defesa no curso do processo administrativo que apurou a falta, o militar alegou que a sua ausência deveu-se a problemas de saúde que o impossibilitaram de se apresentar para o serviço. Tal circunstância se enquadra numa das causas de justificação elencadas no CEDM em seu Art. 19, inciso I – motivo de força maior ou caso fortuito, plenamente comprovado.

Não obstante o militar não ter procedido à homologação do atestado, como prova de sua defesa, trouxe para os autos do PCD o atestado odontológico expedido por profissional devidamente habilitado e sobre o qual não houve nenhum questionamento acerca de sua veracidade.

Ora, o descumprimento de norma que determina a perícia de saúde e homologação do atestado, conforme contido no Art. 32 da Resolução Conjunta nº 4073/2010, à época vigente, não teria força para transmudar a natureza do documento odontológico. O fato de não ter feito a homologação não significa que as circunstâncias que impossibilitaram o militar de comparecer ao serviço não existiram, tampouco é capaz de levar ao entendimento de que o documento emitido pelo cirurgião-dentista não goza de presunção de veracidade.

Esse foi o entendimento do órgão jurisdicional, quando em sede Recurso Necessário, avaliou a anulação do ato administrativo punitivo, assim se pronunciando o Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais que decidiu o referido recurso:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS
REEXAME NECESSÁRIO
Processo n. 0000971-67.2014.9.13.0003
Relator: Juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino
Julgamento: 02/06/2015
Publicação: 09/06/2015
Decisão: UNÂNIME
EMENTA REEXAME NECESSÁRIO – ATO ADMINISTRATIVO
DEMISSIONAL – ATESTADO MÉDICO NÃO HOMOLOGADO –

⁵ Homologação: Ato da administração pública militar praticado por oficial médico ou oficial cirurgião-dentista que visa a concessão de licença ou dispensa de saúde. (Resolução Conjunta 4278/2013, art. 32, §1º).

DESCONSIDERAÇÃO DA CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO – MILITAR QUE SE ENCONTRAVA NO CONCEITO “C” – OCORRÊNCIA DE FALTA GRAVE – NÃO RECONHECIMENTO, PELA ADMINISTRAÇÃO MILITAR, DE INFRAÇÃO DE NATUREZA MÉDIA, CONSISTENTE NA MERA AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO – AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NO ATO DE DEMISSÃO – NULIDADE DO PAD – SENTENÇA CONFIRMADA. - A simples inobservância do dever de homologação do atestado médico ou de cirurgião-dentista, por si só, não é hábil para ensejar a desconsideração da causa de justificação. - O enquadramento do militar como incurso na transgressão disciplinar prevista no inciso XX do art. 13 ("faltar ao serviço"), sendo desconsiderada a causa de justificação prevista no art. 19, inciso I (motivo de força maior ou caso fortuito, plenamente comprovado), ambos do CEDM, em face da inobservância, pelo militar, do prazo de apresentação do atestado médico à SAS para a homologação, é irrazoável e desproporcional. - Não viola o princípio da separação dos poderes o controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, o qual envolve a verificação da efetiva ocorrência dos pressupostos de fato e direito, podendo o Judiciário atuar, inclusive, nas questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade. - Sentença confirmada.

VOTO

JUIZ CEL BM OSMAR DUARTE MARCELINO, RELATOR.

(...) deixar de considerar válido um atestado em razão da simples ausência de homologação pela JCS, notadamente quando nenhuma prova se apresenta contra a veracidade do documento, e, assim, reconhecer como existente uma falta injustificada ao serviço, transgressão de natureza grave, não me parece muito adequado, muito menos justo.

(...)

Veja que o próprio Tribunal de Justiça Militar considerou equivocada a decisão da administração pública em considerar a falta de homologação do atestado odontológico como falta ao serviço. E não apenas, considerou também uma medida injusta.

No caso em comento, poder-se-ia argumentar que o fato de se ter previsão legal das infrações disciplinares faria com que obedecido estivesse o princípio da reserva legal. Entretanto, se nos detivermos mais detalhadamente na análise da legislação relativa ao processo disciplinar que aqui se estuda, veremos que há contradições de difícil superação e que levam a verdadeiras violações a direitos.

Conforme trazido anteriormente neste trabalho, temos entendido que o *poder/dever* disciplinar punitivo deve conter as mesmas garantias existentes no direito penal, na medida em que estes ramos do Direito têm as mesmas raízes ontológicas.

Assim, também em relação às transgressões disciplinares deve haver a expressa previsão legal de sua tipicidade e da correspondente sanção. Não basta, portanto, a mera previsão legal do tipo transgressional e da correspondente sanção, necessário se faz a sua aplicação sob o manto das garantias constitucionais.

Recorrendo novamente às lições de Schmidt (2001) temos que a opção pelo modelo Democrático de Direito adotado pelo Estado brasileiro fez com que se colocassem no

centro do ordenamento jurídico os direitos fundamentais. Desse modo “toda a atuação estatal deve respeitar e buscar a satisfação dos direitos fundamentais (...)” (p.269).

Nota-se, pois, uma pretensa obediência ao princípio da reserva legal da normativa processual militar, uma vez que só formalmente se observou tal princípio. Na medida em que a administração tem o dever de buscar a verdade real acerca da transgressão que se apura – e tal dever se encontra expresso na Resolução Conjunta 4220/2012 (MAPPA) –, não pode ela se furtar à obrigação de assim proceder, mesmo que tenha ela em vista o alcance do princípio da eficiência, que é também próprio administração pública. Parece-nos que é isso que ocorre nos casos aqui expostos. Buscou-se uma solução que desse respaldo à decisão de se apenar o faltoso sob o pretexto de a administração cumprir seu “dever correcional disciplinar”, alcançando com isso um determinado “patamar de eficiência”.

Outra normativa elaborada no âmbito da administração militar mineira vai de encontro ao dever de garantia ao administrado, trata-se da Instrução Conjunta de Corregedoria 03/2014 que dispõe em seu Art. 13 que a ausência de homologação do atestado médico ou odontológico configura falta ao serviço, demonstrando o entendimento, no mínimo, equivocado da administração pública no tocante à preservação dos direitos dos seus funcionários, visto que se tem uma nova tipificação de uma transgressão, qual seja: “falta ao serviço por não homologação de atestado médico ou odontológico”.

Ora, essa determinação resolutiva afronta tudo aquilo que se construiu em termos de preservação de direitos e garantias dos administrados, pois viola - formal e materialmente - o princípio da reserva legal. Formal porque cria por meio de instrução um novo tipo transgressional, material por se mostrar em descompasso com os fundamentos constitucionais de valorização e proteção dos direitos fundamentais.

O que se percebe do estudo do conjunto de normas processuais/procedimentais no âmbito das instituições militares mineiras é a inserção de regras que vão de encontro aos princípios de garantia aos seus administrados. Note-se. Antes da entrada em vigor da Resolução 4220/2012 vigia a Instrução de Corregedoria de número 01/2005 que dizia em seu Art. 40, caput, “presumirem-se verdadeiras as afirmações do comunicante, cabendo ao comunicado⁶ provar o contrário”; e no §1º do mesmo Art. 40 dizia que “a presunção de inocência seria inerente ao direito Penal e Processual Penal e não ao direito Administrativo

6 Comunicado: Agente público militar acusado do cometimento de transgressão disciplinar. (Resolução 4220/2012, art. 35, caput).

prevalecendo, pois, a presunção de legitimidade e veracidade sobre a presunção de inocência em prol da disciplina militar”. (grifei)

Não obstante a referida instrução ter sido expressamente revogada pela Resolução Conjunta 4220/2012, tais disposições já tinham sido objeto de questionamento judicial cuja decisão em segundo grau, transitada em julgado, considerou ilegais tais dispositivos⁷ (MINAS GERAIS, 2007).

Entretanto, a referida norma vigeu por alguns anos até sua revogação e nesse tempo regulamentou os procedimentos administrativos instaurados naquele período. Em face disso, tais procedimentos restaram maculados pelo desrespeito ao direito do comunicado de ser presumido inocente.

Dois pontos merecem destaque em relação à norma em comento. Primeiro em relação ao fato de se considerar a prevalência da legitimidade e veracidade do ato praticado pelo comunicante sobre a presunção de inocência do comunicado. Como as próprias expressões nos revelam, aquilo que é presumido carece de prova e esta pode vir em sentido contrário àquilo que se alega. Então, de parte a parte, seja alegação de legitimidade ou de inocência, necessitar-se-á provar as alegações para que se deixe de ter presunção e se passe a ter a certeza acerca dos fatos.

Conforme o presente estudo vem tentando demonstrar, com argumentos de renomados doutrinadores, a presunção de inocência constitui-se num direito fundamental do administrado, e como tal, deve estar protegido por todos os meios de garantia dispostos no ordenamento. Na outra linha, a presunção de legitimidade é princípio da administração pública e como mencionado no início deste estudo, havendo conflito entre *Princípio* e *Direito* deve prevalecer este. Então, não se deveria ter a concepção prévia de que as alegações do comunicante trariam desde já elementos que pudessem certificar aquilo que se diz acerca dos fatos, deixando a cargo do comunicado o ônus de provar que as alegações de cometimento da falta não são verdadeiras. Assim procedendo estaria a administração transferindo ao administrado um ônus que é dela, pois, como já foi dito, cabe a ela a busca pela verdade real.

Em segundo lugar, dizia aquela norma que tais disposições viriam em prol da disciplina militar. Não se ignora que a disciplina militar seja um valor preponderante no âmbito da caserna⁸, todavia, mesmo se tratando de valor tão caro àquela instituição, não se pode negligenciar o direito de um indivíduo em favor de um pretense interesse público de manutenção de disciplina e ordem militares.

7 Decisão proferida pelo Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais em 09 de agosto de 2007.

8 Caserna: Relativo a soldados em quartéis. HOUAISS, 2010.

Importa a análise da norma anterior, mesmo que já revogada, pois nos mostra o modo como a administração militar se posiciona diante de assunto de tamanha relevância. Outrossim, aqueles atos administrativos praticados sob a égide de referida norma, existiram e produziram efeitos no mundo dos fatos. E sabe-se que a desconstituição de tais atos, embora seja passível de serem revistos de ofício pela autoridade administrativa que os promoveram, não ocorreu, necessitando que o administrado que teve seu direito violado recorresse à esfera judicial para reparar eventual violação, o que foi feito conforme a decisão do tribunal militar estadual transcrita linhas atrás.

A conclusão a que se chega ao fim do estudo deste caso não é outra senão a de que uma vez resguardadas as garantias afetas não só ao direito penal, conforme demonstrado, mas também ao direito disciplinar punitivo, não se teria ocasionado tamanha violação ao direito do indivíduo impondo-lhe a pena de demissão do serviço público. Além disso, não se necessitaria ter movimentado a estrutura do poder judiciário para decidir uma questão que, agora se nos apresenta óbvia, a de que não houve a falta disciplinar.

Antes de adentrarmos o segundo caso, fazemos a ressalva de que aquele anteriormente estudado demonstra com total clareza as consequências nefastas que o desrespeito a princípios pode acarretar, servindo assim como alerta para que isso não mais ocorra. Entretanto, não é isso que acontece no cotidiano da instituição polícia militar que continua a aplicar estas normas e com isso violam constantemente direitos de seus funcionários.

2.2 Caso 02 – Uma lição que não deve ser seguida

Passando ao segundo caso, relatamos o fato ocorrido em 13 de abril de 2014 no qual o militar foi afastado do serviço por meio de atestado médico expedido naquela mesma data. Novamente se procedeu a comunicação deste militar sob o argumento de que não teria ele comparecido para trabalhar e que sua ausência não estaria amparada por uma causa de justificação porque o atestado médico foi homologado fora do prazo previsto em norma específica. Novamente se tem a qualificação de uma conduta não tipificada em lei na medida em que a homologação fora do prazo foi o que caracterizou a transgressão de falta ao serviço e não a ausência do militar ao turno de serviço.

Diferentemente do caso anterior em que não houve a homologação do atestado odontológico, neste a homologação se procedeu intempestivamente. A perícia médica que deveria atestar o estado de saúde do militar e promover a homologação teria que ter sido feita na data de 14 de abril de 2014, mas foi realizada no dia seguinte.

Nota-se neste ponto uma diferença importante em relação ao caso anterior já que neste houve a homologação do atestado de modo que a própria administração referendou a veracidade daquele documento. Em assim fazendo, não há outra conclusão a que se chegar senão a de que o militar estava sim amparado por uma causa de justificação na medida em que os motivos de seu afastamento foram, inclusive, reconhecidos pelo próprio ente estatal.

Neste caso, como no anterior, o militar foi apenado com a sanção de suspensão, a perda de pontos do seu conceito funcional e o desconto pecuniário dos dias relativos àquela suspensão. Em relação a este desconto em pecúnia se tem a previsão no MAPPA de que uma vez considerado inocente por decisão irrecorrível se fará a devolução dos valores indevidamente descontados. Entretanto, mesmo em face desta medida reparatória há uma punição desmedida quando se faz o desconto dos valores, uma vez que tal desconto se processa por meio de retenção de parcela remuneratória do servidor sendo por isso medida bastante gravosa já que se esta retendo valores que tem caráter alimentar.

Outras questões que se levantam em relação ao desconto destes valores se devem ao fato de a norma não estabelecer prazo para que se proceda à devolução e nem mesmo há o estabelecimento de regra que preveja a devolução corrigida por índices oficiais de modo a compensar as perdas pela desvalorização. Também não há a previsão de se pleitear administrativamente as possíveis perdas que ocasionalmente possam decorrer deste desconto, sendo necessário que se recorra ao judiciário caso reste configurado tais perdas.

Olhando-se detalhadamente para estes casos veremos que a busca pela verdade real, que é princípio a ser observado pela administração - conforme já relatado, deixou de ser observada em ambos. Neste segundo caso em particular, o desrespeito foi ainda mais flagrante, pois houve a homologação do documento médico.

Uma particularidade deste segundo caso reside no fato de que o afastamento do militar devido a problemas de saúde e que, em tese, configurou a falta ao serviço ocorreu sob a vigência da Resolução Conjunta 4220/2012. Isto se mostra importante porque a referida norma retirou o efeito suspensivo do recurso administrativo quando de sua interposição à terceira autoridade competente para julgamento. Esclarece-se.

Decidida a questão pelo comandante direito do militar, pode ele recorrer da decisão desta autoridade, àquela imediatamente superior da autoridade que prolatou o *decisum*. Da decisão deste recurso cabe novo recurso, agora dirigido ao Comandante Geral da corporação, que nos casos em análise é o Comandante Geral da PMMG. 31

A mudança trazida pelo MAPPA em seu Art. 403 reside no fato de se ter retirado o efeito suspensivo deste segundo recurso. A norma anterior ao MAPPA dizia que os recursos até o nível de Comando Geral tinham efeito suspensivo. Desse modo, atualmente a decisão do primeiro recurso que entender pelo cometimento da transgressão disciplinar implicará desde logo ativação da punição ao militar, embora ainda possa haver recurso pendente.

Esta mudança reflete bem o pensar da administração em relação aos processos e procedimentos disciplinares. Vislumbra-se não outro motivo senão o de se tentar alcançar o princípio da efetividade. Entretanto, deve-se refletir sob o custo de se alcançar tal efetividade, seria o custo de se poder violar direito individual? Seria justo tal preço? Entendemos não se justificar a violação de um direito para se conseguir atingir o objetivo de se cumprir um preceito de eficiência na administração pública.

Voltando à questão de se ter retirado o efeito suspensivo do segundo recurso, e com isso impor desde logo a sanção ao faltoso, observa-se que a doutrina já vem de longo tempo debatendo essa questão do efeito suspensivo das decisões. Em recente julgado do HC 126292 o Supremo Tribunal Federal – STF – órgão máximo do sistema jurisdicional pátrio, decidiu de modo polêmico que se pode aplicar pena privativa de liberdade àquele condenado já na segunda instância. Não se pretende nesse nosso estudo adentrar nesta discussão, pois foge ao objeto de nossa investigação, bem como ultrapassa nossas possibilidades argumentativas. Sem desejar ser desrespeitoso, cabe-me a pueril discordância do entendimento da Excelsa Corte pelo mesmo motivo de considerar custoso demais a violação de um direito a fim de se cumprir outro preceito normativo.

Tais entendimentos são projetados no mundo jurídico e conformam as decisões, sejam elas no âmbito penal ou no administrativo. Influenciam a criação de normas ou suas modificações. Seus efeitos passam a atingir os jurisdicionados/administrados.

A norma em comento, a nosso ver informada pelos mesmos elementos axiológicos da norma penal, configura-se mais danosa que a norma anterior porque além de ter retirado este efeito suspensivo não previu sequer a possibilidade de se pleitear a sua concessão. Assim, uma vez decidindo-se pela sanção a autoridade de segundo grau já aplicará as medidas punitivas cabíveis, em face de a norma lhe impor tal proceder. Nem de ofício pode ela atribuir tal efeito, nem a pedido pode fazê-lo, mesmo porque não há possibilidade de tal requerimento.

Faz-se a ressalva de que se tem clara a posição do Supremo Tribunal Federal de que em sede de direito penal se possa autorizar a privação da liberdade mesmo que ainda penda recurso. Ciente disso o que aqui se expõe é que em sede administrativa, âmbito menos

gravoso que o penal, se possa atribuir efeito suspensivo à decisão sobre a qual ainda caiba recurso, mesmo que seja por meio de decisão da autoridade competente, a requerimento ou de ofício, haja vista não se ter uma ofensa tão grave a bem jurídico como ocorre no caso penal.

Feitas estas considerações retoma-se a análise deste segundo caso, que ainda se encontra na fase de recurso, mas que já fora atingido por medidas gravosas com a imposição das penas conforme anteriormente descrito, para se concluir que as circunstâncias que o envolve denotam o semelhante percurso que segue em comparação ao primeiro caso, de modo que se pode vislumbrar o perigo de se chegar ao mesmo resultado daquele, caso não sejam observadas as garantias contra o excesso do *poder/dever* disciplinar punitivo do ente estatal.

Neste ínterim, é imprescindível que neste segundo caso sejam, desde já, observadas as garantias da presunção de não culpabilidade de modo a se considerar o militar inocente até que seja decidido de forma definitiva tal procedimento. E, para, além disso, ousar dizer, que se deve considerá-lo inocente porque o suporte da decisão administrativa é a mesma norma absurda de se caracterizar a transgressão disciplinar de falta ao serviço devido à intempestividade da homologação do atestado médico.

Ao cabo deste estudo, sendo ainda mais ousado, propõe-se uma revisão da legislação estadual que cuida do processo administrativo disciplinar nas instituições militares mineiras, sobretudo a Resolução Conjunta 4220/2012 de modo a permitir a concessão de efeito suspensivo, mesmo que a critério da autoridade decisora - de ofício ou a requerimento -, e a Resolução 4278/2013 e a Instrução Conjunta de Corregedoria 03 de 2014 de modo a reformar as normas nelas contidas que consideram *falta ao serviço* a não homologação do atestado médico ou odontológico, ou sua homologação fora do prazo.

CONCLUSÃO

Neste momento em que concluimos este nosso estudo, temos a pretensão de ratificar a nossa compreensão de que o individuo tem o direito fundamental de ser presumido inocente. E este direito não se restringe à esfera penal, transcendendo ao âmbito administrativo disciplinar em face deste seu caráter punitivo.

Não se pretendeu com isto definir o direito à presunção de inocência em sede administrativa com os mesmos contornos da seara penal, contudo restou-nos claro que tem os mesmos fundamentos. Tanto em um quanto no outro o individuo deve ser presumido inocente porque é direito seu ser assim considerado e o *poder/dever* do Estado só se mostrará legítimo se atuar sob essa perspectiva.

Também não se ignorou que a transgressão disciplinar tem diferentes contornos da infração penal. Entretanto, conforme se apurou, em face de seus fundamentos decorrerem da mesma base ontológica e devido a finalidade de ambos ser a imposição de uma sanção pelo cometimento de um ato contrário ao direito, isso faz com que deva ser redobrado o cuidado do ente estatal que aplica sobre o individuo uma punição.

Ao Estado cabe a função correcional, mas para tanto não pode prescindir de seu dever de garantir ao administrado os meios de se defender. Neste ínterim, o princípio da presunção de inocência assume o relevante papel de defesa contra possíveis intervenções estatais que possam se mostrar excessivas ou ilegais e, portanto, verdadeiras violações a direitos.

Os casos estudados nos deram mostra de que se não forem obedecidas essas garantias o resultado a que se chega é de fato a violação de direito, basta averiguar que no primeiro caso houve a demissão do militar e que este ato demissional foi anulado porque se reconheceu a inexistência da transgressão a ele imputada. Se, desde logo, tivesse a administração militar tido a percepção de que o referido militar era presumidamente inocente não se teria chegado a tão grave medida. Já no segundo caso pode-se perceber que as circunstâncias que o envolve são bastante parecidas com as do primeiro e por isso, quase de forma cartesiana, projeta-se o mesmo resultado, isto é, a demissão deste militar. Isso não pode ser aceito.

A razão do ato punitivo diz respeito ao interesse da administração em proteger o bem jurídico e não punir o transgressor pura e simplesmente porque este transgrediu a norma. Por isso, ousamos sugerir uma revisão das normas processuais e procedimentais das instituições PMMG e BMMG de modo que elas possam executar seu dever correcional sob os parâmetros constitucionais do respeito ao direito à presunção de não culpabilidade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 Maio 2016.

COSTA, Jose Armando da. Direito disciplinar: temas substantivos e processuais. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Izaías Dantas. A finalidade da pena no Direito Administrativo Disciplinar. Brasília a. 36 n. 141 jan/mar 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/455/r141-10.pdf?sequence=4>. Acesso em: 02 Fev 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 3 ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOUAISS, A. Villar, M. de S. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

_____. INSTRUÇÃO CONJUNTA DE CORREGEDORIA nº 03 de 11 de fevereiro de 2014. Estabelece o alcance do disposto nos artigos 174 e 175, caput, do Manual de Processos e Procedimentos Administrativos (MAPPA). Disponível em: <https://intranet.policiamilitar.mg.gov.br/ementario/paginas/legislacao/view.jsf>. Acesso em 27 Jun 2016.

_____. INSTRUÇÃO DE CORREGEDORIA nº 01 de 22 de setembro de 2005. Dispõe sobre orientações aos militares encarregados da elaboração de processos e procedimentos administrativos disciplinares, especialmente no que se refere à observância de aspectos formais e de mérito básicos de elaboração processual administrativa. Disponível em: <https://intranet.policiamilitar.mg.gov.br/ementario/paginas/legislacao/view.jsf>. Acesso em 27 Jun 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo 8 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte, 2012.

_____. LEI 5.301 de 16 de outubro de 1969. Contém o Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://intranet.policiamilitar.mg.gov.br/ementario/paginas/legislacao/view.jsf>. Acesso em: 21 Jan. 2016

_____. LEI 14.310 de 19 de junho de 2002. Dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais. Disponível em: https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=14310&comp=&ano=2002&aba=js_textoAtualizado#texto.s. Acesso em: 07 Jan 2016.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Os princípios do direito penal e o direito administrativo sancionador. In: FORTINI, Cristina (org). Servidor Público: estudos em homenagem ao Prof. Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (p. 405-449)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Manual de Direito Administrativo. 10 ed. Rio de Janeiro, 2012.

MORAES, Mauricio Zanóide de. Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Teoria geral do ilícito disciplinar: um ensaio analítico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/1433.pdf>. Acesso em 23 Maio 2016.

_____. RESOLUÇÃO CONJUNTA nº 4.220, de 28 de Junho de 2012. Aprova o Manual de Procedimentos Administrativos das Instituições Militares de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.policiamilitar.mg.gov.br/conteudoportal/uploadFCK/42bpm/21052013121148269.pdf>. Acesso em: 07 Jan 2016.

_____. RESOLUÇÃO CONJUNTA nº 4278 de 30 de outubro de 2013. Licenças, Dispensas, de Saúde além das Atividades Correlatas na Polícia Militar de Minas Gerais e no Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.policiamilitar.mg.gov.br/conteudoportal/uploadFCK/crs/01112013094307633.pdf>. Acesso em 25 Jun 2016.

SILVA, Clarissa Sampaio. Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição; o caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Acórdão de apelação Cível n. 1.0024.05.696847-2/002. Apelante: Estado de Minas Gerais. Apelado: Associação das Praças da Polícia e Bombeiros Militares do Estado de Minas Gerais. Relator Audebert Delage: Reexame necessário. Minas Gerais, 09 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.com.br/>>. Acesso em: 14 Março 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.