

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO ÂMBITO DAS FORÇAS
ARMADAS E SUA (DES)CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

ANA PAULA BEÊ

CURITIBA

2008

ANA PAULA BEÊ

**O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO ÂMBITO DAS FORÇAS
ARMADAS E SUA (DES)CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA

2008

Agradeço aos meus pais, Lori e Hilda, por todo esforço dedicado para que, hoje, esta conquista se concretizasse. Meus primeiros mestres, meus exemplos: sou imensamente grata por todo o carinho, tranqüilidade e entusiasmo que vocês me propiciaram nesses últimos cinco anos.

Agradeço ao meu irmão, Fernando, que com seus questionamentos repletos de curiosidade e interesse acerca do mundo do Direito, acabou me transmitindo novos ares de motivação nesta reta final do curso.

Agradeço ao Rainier, pelo papel imprescindível desempenhado na evolução deste trabalho, presente desde o momento inicial da escolha do tema a ser abordado, até a colocação do ponto final. Contribuição esta desenvolvida em meio a uma atmosfera permeada por elevadas doses de afeto, alegria e cumplicidade.

Por fim, ficam registrados meus agradecimentos ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho, que por inúmeras vezes, tão generosamente, abriu seu escritório aos finais de semana para receber seus orientandos, repassando-nos preciosos ensinamentos, os quais, muitas vezes, transbordaram a esfera jurídica, consolidando-se em grandiosas lições de vida.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	6
2.1. PROCESSO E PROCEDIMENTO.....	7
3. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	8
4. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR.....	11
4.1. NOÇÕES DE DIREITO MILITAR.....	13
4.2. HIERARQUIA E DISCIPLINA.....	16
4.3. ESPÉCIES DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES MILITARES	20
5. (DES)CONFORMIDADES COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988	23
5.1. LEGALIDADE.....	23
5.2. DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	28
5.3. CONTRADITÓRIO.....	29
5.4. AMPLA DEFESA.....	32
5.4.1. Direito à defesa técnica.....	33
6. CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42

1. INTRODUÇÃO

Cada setor da Administração Pública traça alguns contornos próprios às normas disciplinares que regem seus servidores, porém, em regra, os regulamentos disciplinares acabam sendo muito semelhantes entre si, albergando disposições que pouco se afastam das previstas pela Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos da União) e, subsidiariamente, pela Lei 9.784/99 (disciplina o processo administrativo na esfera federal).

Todavia, ao analisarmos os regulamentos disciplinares que guiam a vida na caserna, deparamo-nos com uma realidade distinta. O processo administrativo disciplinar militar apresenta-se permeado de algumas particularidades decorrentes dos sólidos ditames que regem o âmbito militar, os quais, dado o rigor exigido em sua observância, não possuem correspondência na vida civil.

É em meio a esse contexto ímpar, constitucional e infraconstitucionalmente disciplinado, imprescindível para a manutenção da guarda da soberania do país mediante a defesa da Pátria e garantia dos poderes constitucionais, que nos vemos diante do tema central a ser abordado no presente trabalho. Condições especiais exigem modo de atuação especial. Todavia, nada justifica que, a pretexto de gerir disciplinarmente uma peculiar fração do funcionalismo público, criem-se e apliquem-se regras que violem direitos e garantias constitucionais que são resguardadas a todos os cidadãos, sejam eles civis ou militares.

Em tal contexto, nossa exposição se aterá aos mais contundentes aspectos de desconformidade com o texto constitucional, quais sejam, o da violação da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tendo como objeto de análise os regulamentos disciplinares que orientam as Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), os quais são responsáveis pelo processo administrativo disciplinar militar na esfera federal.

2. PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo administrativo é inserido pela Constituição de 1988 no rol dos direitos e garantias fundamentais, conforme se depreende do disposto no art. 5º, incisos LIV e LV¹. Assim também se caracteriza o procedimento administrativo, mesmo quando não abrangido por um processo², posto que, o inciso LIV do art. 5º, ao assegurar o devido processo legal, alcança todo e qualquer ato suscetível de restrição patrimonial ou privação de liberdade.

Além do devido processo legal, o processo administrativo também é constitucionalmente orientado por garantias processuais como a do contraditório, ampla defesa, inadmissibilidade de provas ilícitas, presunção de inocência, direito ao silêncio e juiz natural.

Dessa feita, a regulamentação legal do processo e do procedimento administrativo, juntamente com a margem de competência discricionária que engloba, passa a se submeter a limites de atuação constitucional, bem como a ser responsável pela efetiva concretização de princípios constitucionais. Assim como dispõe Romeu Felipe BACELLAR FILHO, “o processo administrativo não é apenas o que está na lei (lida conforme a Constituição), mas também o que deveria estar e não está, por força de imposição constitucional”³.

Também incidem nos processos administrativos os princípios constitucionais da Administração Pública, insculpidos no art. 37, *caput*, quais sejam, o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

¹ Constituição Federal, art. 5º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

² Adiante trataremos da distinção entre processo e procedimento administrativo.

³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 64. Afirmando tal entendimento, o autor faz alusão à importância do art. 5º, § 2º, da Constituição o qual insere, além dos direitos fundamentais expressos, direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, e menciona lição de SAMPAIO: “os direitos e garantias fundamentais apresentam um conteúdo aberto à ampliação e projetado para o futuro. Não há uma tutela ou garantia *numerus clausus* de direitos fundamentais, porque não há um *numerus clausus* de perigos”. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reiventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.672.

Analisando o referido inc. LV, do art. 5º, vê-se que a Constituição prevê que a relação processual na esfera administrativa é composta pelos *litigantes* e *acusados em geral*. Entende-se por litigantes aqueles inseridos em um conflito de interesses (particular – particular, ou particular – Administração) cuja decisão é proferida pela Administração. Já os acusados em geral são aqueles aos quais a Administração imputa o cometimento de ilícito passível de punição⁴.

Lucia Valle FIGUEIREDO, salienta que “quando se tratar de processos em que haja ‘acusados’ aplicam-se também alguns princípios do processo penal e, se houver litigância, os do processo civil”⁵. De acordo com a autora, são aplicáveis ao processo administrativo os seguintes princípios peculiares do direito penal: presunção de inocência, verdade real, oficialidade, *in dubio pro reo*, inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, retroatividade da lei mais benigna e necessidade de defesa técnica. Quanto ao âmbito do processo civil tem-se a aplicação do princípio da isonomia, celeridade processual, juiz natural e lealdade processual⁶.

2.1. PROCESSO E PROCEDIMENTO

Procedimento administrativo é uma seqüência de atos ordenados para o alcance de uma finalidade almejada pela Administração Pública. É o transcurso percorrido pelo agir estatal. O processo, por sua vez, se configurará em duas situações: quando o procedimento venha a acarretar efeitos jurídicos às pessoas, desencadeando a participação destas em contraditório, bem como, quando o procedimento resultar em uma acusação. Dessa feita, o procedimento consiste em gênero do qual o processo é espécie. Dessa feita, todo o processo é procedimento, mas não o contrário⁷.

⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 422.

⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 422.

⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 422-423.

⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 88.

Mesmo entendimento é compartilhado por José FREDERICO MARQUES, o qual dispõe que:

Não se confunde processo com procedimento. Este é a marcha dos atos do juízo, coordenados sob formas e ritos, para que se atinjam os fins compositivos do processo. Já o processo tem um significado diverso, porquanto consubstancia uma relação de direito que se estabelece entre seus sujeitos durante a substanciação do litígio⁸.

Conforme já mencionado, tanto o processo quanto o procedimento administrativo estão sob o manto de proteção da garantia constitucional do devido processo legal. Estando presente também no procedimento administrativo, tal garantia atribui a este um rito que atenda à previsibilidade da atuação da Administração, a fim de que o administrado tome conhecimento prévio do agir estatal, propiciando a consolidação do postulado da segurança jurídica.

Por conseguinte, o processo administrativo, além de ser permeado por características próprias do Direito Administrativo, abarca ditames de ordem constitucional⁹, o que faz com que sejam inseridas na esfera administrativa garantias constitucionais processuais, de origem tanto civil quanto penal, como a da presunção de inocência, do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa¹⁰.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O processo administrativo disciplinar é aquele que usa do poder disciplinar que é conferido à Administração a fim de prover a manutenção da ordem na prestação da atividade estatal, possibilitando a aplicação de sanções administrativas aos seus agentes.

⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. vol. 1. p. 15.

⁹ Formando o que é chamado pela doutrina de “núcleo comum de processualidade”. MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 46.

¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 88.

O tratamento constitucional disposto ao âmbito administrativo pelo art. 37, *caput*, da Constituição, tendo aplicação a toda legislação administrativa, inclusive à disciplinar, tem o condão de propiciar harmonia ao Direito Administrativo. Os princípios dispostos pelo art. 37 da Constituição são ainda responsáveis pelo desdobramento de outros, mesmo que previstos em legislação infraconstitucional, os quais, por sua decorrência constitucional indireta, do mesmo modo, se aplicam a todo o conjunto legislativo administrativo.

Faz parte dessa derivação constitucional a Lei 9.784/99, a qual disciplina normas gerais ao processo administrativo na Administração Pública Federal, mas que, devido ao fato de trazer princípios¹¹ provenientes daqueles intitulados pelo *caput* do art. 37, da Constituição, têm sua esfera de atuação estendida aos atos administrativos de todos os entes federativos¹². Consoante o art. 69 da Lei 9.784/99, tal lei tem aplicação subsidiária aos processos administrativos específicos, tal qual o processo administrativo disciplinar¹³.

Assim, a Administração Pública tem a sua competência disciplinar materializada mediante o exercício do processo administrativo disciplinar, o qual deve observar as garantias constitucionais e suas derivações constantes em legislação infraconstitucional.

¹¹ Lei 9.784/90, art. 2º: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

¹² Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO dispõe que “a Lei de Processo Administrativo torna explícitos princípios cuja incidência deriva diretamente da própria Constituição. Isso produz uma situação muito peculiar. A Lei n. 9.784 disciplina o tema do processo administrativo no âmbito federal. Portanto, poderia dizer-se que o diploma não afetaria as demais órbitas federativas, titulares de competência privativa para dispor sobre o tema no seu próprio âmbito. Ocorre que a Lei n. 9.784 torna evidentes certos postulados de natureza constitucional, de observância obrigatória em toda e qualquer atividade administrativa. Logo, os princípios constitucionais explicitados através da Lei n. 9.784 não podem deixar de ser respeitados pelos demais entes federais: não porque esse diploma tenha natureza de lei complementar, nem porque veicule ‘normas gerais’, mas por ser essa a única alternativa compatível com a Constituição. Sob esse ângulo, o aplicador (em qualquer segmento da Federação) encontra na Lei n. 9.784 uma espécie de ‘confirmação’ do conteúdo da Constituição. As regras meramente procedimentais, porém, retratam o poder de auto-organização atribuído a todo e qualquer ente federativo”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p.91-92.

¹³ Lei 9.784/99, art. 69: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes subsidiariamente os preceitos desta lei”.

O processo administrativo disciplinar atua com o escopo de assegurar a idoneidade e respeitabilidade do exercício de todos os setores da atividade administrativa. Zelando pela credibilidade da Administração Pública, o processo administrativo disciplinar busca esclarecer os fatos sob apuração, para, só então, caso se evidencie a prática de conduta que importe em transgressão às normas disciplinares, prescrever a competente sanção disciplinar.

Tomando a Lei 8.112/90 como exemplo, a qual dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores da União¹⁴, observamos que a mesma prevê, em seu art. 148, o processo administrativo disciplinar, como sendo aquele que visa apurar a responsabilidade administrativa por ilícitos cometidos por servidor público no exercício de suas funções ou em atividade relacionada com as atribuições correspondentes ao cargo ou função em que se encontre investido.

O servidor que, a partir de uma atuação funcional irregular, não cumprir com seus deveres ou não observar as vedações impostas, responde administrativa, penal e civilmente. Pela irregular prática de ato comissivo ou omissivo no exercício do cargo ou função, o servidor responde administrativamente. Pelos delitos e contravenções penais imputados ao servidor, nesta qualidade, tem-se a responsabilização penal. Por sua vez, devido à atuação culposa ou dolosa que venha a acarretar prejuízo ao Estado ou a terceiros, responde o servidor civilmente. Embora independentes, as cominações administrativa, penal e civil são cumulativas¹⁵.

Dessa feita, o processo administrativo disciplinar almeja apurar a responsabilidade pelo suposto cometimento de transgressão disciplinar, praticada mediante ação ou omissão, por servidor público, enquanto no exercício de seu cargo ou função.

¹⁴ O qual, desde a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, é de adoção facultativa pelos entes federados, e não mais obrigatória.

¹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo Administrativo Disciplinar. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 79-80. No entanto frisa o autor que, “muito embora vigore a independência das instâncias, prevalece a regra de que, a decisão absolutória proferida em instância penal prepondera sobre as demais instâncias em caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou de sua autoria (art. 126, Lei 8.112/90 e art 1.525 do Código Civil)”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo Administrativo Disciplinar. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 80.

4. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR

Nas palavras de Jorge Cesar de ASSIS, o Direito Administrativo Disciplinar Militar “é a manifestação do Estado na delimitação de conduta dos integrantes das instituições militares, visando uma melhor prestação de serviço na consecução das missões constitucionalmente fixadas para as Forças Armadas e Auxiliares”¹⁶. Manifestação essa que se concretiza por intermédio do processo administrativo disciplinar militar.

O Direito Administrativo Disciplinar Militar tem como marco fundamental a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45/04, a qual modificou a redação do art. 125 e seus parágrafos, acrescentando a competência da Justiça Militar Estadual para julgar as ações judiciais em face dos atos disciplinares militares, as quais até então eram julgadas pela Justiça Comum Estadual.

Na seara federal, há a Proposta de Emenda à Constituição nº 358/05, que está em andamento no Congresso Nacional, prevendo a alteração da competência da Justiça Militar da União, com a inclusão do controle jurisdicional das punições disciplinares militares dos membros das Forças Armadas, as quais atualmente são de competência da Justiça Federal.

O processo e o procedimento administrativo disciplinar militar são regulados pela Constituição através dos dispositivos que tratam do processo administrativo em sentido amplo, resguardando garantias como as do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, legalidade, presunção de inocência e direito ao silêncio, acrescidos de um amplo e sólido conjunto de valores e peculiaridades que se desdobram a partir da previsão do art. 142 do texto constitucional¹⁷.

¹⁶ ASSIS, Jorge César de. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 67.

¹⁷ Constituição Federal, art. 142: “As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

Na seara infraconstitucional, o processo administrativo disciplinar militar aparece regulado, no âmbito estadual, pelos Regulamentos Disciplinares de cada Estado e do Distrito Federal, e no federal, sobre o qual nossa exposição se dedicará, pelo Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80) e pelos Regulamentos Disciplinares de cada Força Armada: Exército (Decreto 4.346/02), Marinha (Decreto 88.545/83) e Aeronáutica (Decreto 76.322/75).

Ainda na esfera federal, sem prejuízo da observância do Regulamento Disciplinar de cada Força, a apuração e julgamento por transgressão disciplinar de natureza grave, com o fim de avaliar a capacidade do transgressor de permanecer no meio militar, segue o processo disciplinar estabelecido pelo Conselho de Disciplina, estatuído pelo Decreto 71.500/72 (se o militar for praça), ou pelo Conselho de Justificação, regido pela Lei 5.836/72 (se o militar for oficial). Caso a transgressão seja de natureza leve ou média, caberá a sua apuração mediante sindicância militar, procedimento disciplinar dotado de menor rigor formal.

Quanto à Lei 9.784/99, Jorge Cesar de ASSIS defende sua não aplicação na esfera disciplinar militar, afirmando que tal lei dirige-se tão-somente ao “administrado (indivíduo que não faz parte da Administração) e não ao servidor público – que a própria lei considera como ‘autoridade’ com poder de decisão nos termos do inc. III, do § 2º, de seu art. 1º”¹⁸.

Entrementes, em que pese referido posicionamento, entendemos que, subsidiariamente, assim como ao processo administrativo disciplinar *lato sensu*, também ao militar é aplicada a Lei 9.784/99, entendimento este confirmado pelo julgado do Tribunal Regional da 4ª Região:

Recurso em sentido estrito. *Habeas corpus*. Sentença concessiva da ordem. Punição disciplinar imposta à militar. Identidade entre ofendido e autoridade competente para punir. Lei 9.784/99. Ausência de incompatibilidade com o Estatuto Militar. 1. Não se verifica a existência de disposição expressa ou tácita, que incompatibilize a aplicação do disposto no art. 18, inc. I, da Lei 9.784/99 com as regras contidas no Estatuto do Militar (Lei 6.880/80). 2. Não pode a autoridade contra quem foi promovida a insubordinação participar do processo

¹⁸ ASSIS, Jorge César de. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 332.

disciplinar que culminou com a punição do militar. 3. Recurso não provido. Negado provimento ao recurso em sentido estrito. Unânime¹⁹.

Definidos os dispositivos, constitucionais e infraconstitucionais, que regulam o processo administrativo disciplinar das Forças Armadas, antes de adentrarmos no foco central de nossa argumentação, qual seja o da verificação da observância dos dispositivos constitucionais da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa nos regulamentos disciplinares militares, neste ponto se faz necessária uma explanação, ainda que breve, sobre o Direito Militar e os principais valores que fundamentam a vida na caserna.

Saliente-se que tais considerações sobre o direito castrense são essenciais para que se possa compreender as justificativas das peculiaridades que regem o direito militar, em especial, o direito administrativo disciplinar militar. Isso porque, tomando-se ciência acerca dos fundamentos que levam às particularidades dos regulamentos disciplinares militares, pode-se bem estabelecer o que é verdadeiramente necessário à manutenção das Forças Armadas, e conseqüentemente à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constitucionais, e o que extrapola tais limites, violando preceitos dispostos na Constituição de 1988.

4.1. NOÇÕES DE DIREITO MILITAR

O Direito Militar é formado por todo o complexo legislativo vinculado, direta ou indiretamente, ao sistema que engloba as Forças Armadas, bem como suas Forças Auxiliares (polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados e do Distrito Federal)²⁰.

O art. 1º da Constituição Federal estabelece como primeiro fundamento da República Federativa do Brasil a soberania. Um território com mais de 8,5 milhões de quilômetros quadrados, e com população atual de mais de 180 milhões de habitantes,

¹⁹ TRF – 4ª Região – RSE 2002.71.00.046153-3/RS – Rel. Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó – j. em 22.10.2003 – DJU 12.11.2003.

²⁰ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. Curitiba: Juruá, 2008. p.17.

apenas veio a tornar-se um Estado a partir do momento em que adquiriu capacidade de autodeterminação, tornando-se um ente dotado de poder soberano²¹.

A Constituição de 1988, em seu art. 142, confere às Forças Armadas a *proteção da soberania nacional*, a qual consiste na não submissão da vontade nacional à de nenhuma outra nação, bem como a *proteção da supremacia da ordem interna*, a qual se caracteriza pela sobreposição do poder investido ao Estado sobre qualquer outro poder institucional presente em seu território. Comentando acerca de tais fins a que se destinam as Forças Armadas, afirma Miguel SEABRA FAGUNDES:

Nelas - na eficiência de sua estrutura, (no seu adestramento), na sua respeitabilidade - repousa a paz social, pela afirmação da ordem, na órbita internacional e do prestígio nacional, na sociedade das nações. São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado soberano e da perfeita realização dos seus fins. É em função de seu poderio que se afirmam, nos momentos críticos da vida nacional e internacional, o prestígio do Estado e a sua própria autodeterminação²².

No art. 142, o texto constitucional estabelece que as Forças Armadas, formadas pela Marinha, Exército e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, as quais tem por fim promover a defesa da Pátria, garantir os poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Discorrendo sobre o tema, leciona José AFONSO DA SILVA:

concebendo-as como *instituições nacionais*, reconhece-lhes a Constituição a importância e relativa autonomia jurídica decorrente de seu caráter institucional: declarando-as *permanentes* e *regulares*, vincula-as à própria vida do Estado, atribuindo-lhes a perduração deste. Essa posição constitucional das Forças Armadas importa afirmar que não poderão ser dissolvidas, salvo por decisão de uma Assembléia Nacional Constituinte. E, sendo regulares, significa que deverão contar com efetivos suficientes ao seu funcionamento normal, por via de recrutamento, nos termos da lei²³.

Portanto, tendo em vista a posição assumida pelas Forças Armadas de garantidoras da soberania, primeiro princípio fundamental disposto na Constituição de 1988, e, de mantenedora das instituições democráticas (já que os poderes

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 98.

²² SEABRA FAGUNDES, Miguel. *As Forças Armadas na Constituição*. Coleção Taunay. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1955. p.15.

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 752-753.

constitucionais derivam do povo²⁴), é que a Constituição dispensa a elas tratamento diferenciado, declarando-as instituições nacionais, permanentes e regulares.

Além de suas primordiais missões, constitucionalmente atribuídas, as Forças Armadas são também responsáveis pela realização de diversas atividades que propiciam o desenvolvimento de campos como o científico-tecnológico, econômico e social, nos quais se constate carência da participação da iniciativa privada ou governamental, bem como prestando auxílio à Defesa Civil em situações humanitárias, de emergência ou de calamidade pública²⁵.

Ademais, no corpo do texto constitucional nos deparamos com outros dispositivos correlacionados com as instituições militares como os que versam a respeito dos direitos políticos, nacionalidade, direitos sociais, e sobre a objeção de consciência²⁶.

Tendo em vista suas especiais missões, de caráter essencial ao Estado, as Forças Armadas mostram-se fundadas em sólidos valores, os quais se apresentam como seus robustos pilares. Tais bases, conservadas ao longo da história sempre mediante rigorosa e constante fiscalização e, havendo necessidade, aplicação de sanção, são compostas por valores como o da camaradagem, civilidade, pundonor militar, honra militar, espírito de corpo, decoro da classe militar, cortesia, patriotismo, e, principalmente, pela hierarquia e disciplina²⁷.

²⁴ Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

²⁵ Dentre os mais relevantes feitos executados pelas Forças Armadas, podemos mencionar as inúmeras e importantes obras realizadas pelo DEC – Departamento de Engenharia e Construção – do Exército, como por exemplo, na região sul do Brasil, a construção da Ferroeste e da estrada do Cerne, e no nordeste, a realização da polêmica obra de transposição do rio São Francisco.

²⁶ Devido a esse amplo tratamento constitucional acerca da matéria militar, Eliezer Pereira MARTINS chega a afirmar a existência de um Direito Constitucional Militar. MARTINS, Eliezer Pereira. Direito Constitucional Militar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/>>. Acesso em: 02 out. 2008.

²⁷ Tais valores são expressamente referidos em diversos artigos do Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas – Exército (Decreto 4.346/02), Marinha (Decreto 88.545/83) e Aeronáutica (Decreto 76.322/75) – e no Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80).

4.2. HIERARQUIA E DISCIPLINA

Se o desempenho da atividade da Administração Pública como um todo está pautada na indispensável observância dos valores éticos que consolidam o princípio constitucional da moralidade administrativa, na esfera da Administração Pública Militar, juntamente com o princípio da moralidade e os consectários da lealdade e da boa-fé, os quais desempenham um papel essencial no âmbito do processo administrativo disciplinar, encontra-se um rigoroso conjunto de valores peculiares da caserna, dentre os quais se destacam, a hierarquia e a disciplina.

A hierarquia e a disciplina são, por imperativo constitucional, as vigas mestres da organização das Forças Armadas e Auxiliares, conforme previsão dos arts. 42 e 142, da Constituição.

São ditames que tradicionalmente tratam dos valores centrais das instituições militares de forma simples e clara. A hierarquia e a disciplina, como postulados basilares da investidura militar, evidenciam os principais atributos que revestem esta relação profissional, manifestados pelo dever de obediência e subordinação, cujas peculiaridades não encontram correlação na vida civil²⁸ e que se estendem permanentemente a todas as circunstâncias da vida entre militares na ativa, e na inatividade²⁹.

Infraconstitucionalmente os dois preceitos militares são tratados pelo Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80) e pelos três Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas (Exército (Decreto 4.346/02), Marinha (Decreto 88.545/83) e Aeronáutica (Decreto 76.322/75)). O art. 14, parágrafo primeiro, do Estatuto dos Militares, define a hierarquia militar como sendo:

a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O

²⁸ VALLA, Wilson Odirley. *Deontologia Policial Militar – Ética Profissional*. 3. ed. Curitiba, Publicações Técnicas da Associação da Vila Militar, 2003. v. II, p. 116.

²⁹ Estatuto dos Militares, art. 14, § 3º. De forma similar, as premissas militares da hierarquia e disciplina encontram definições também nos Regulamentos Disciplinares do Exército (art. 7º ao 9º) e da Marinha (arts. 2º e 3º).

respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO define hierarquia “como o vínculo de autoridade que une escalonadamente em graus sucessivos, órgãos e agentes numa relação de subordinação, ou seja: de superior à inferior, de hierarca a subalterno”³⁰.

De acordo com a disposição que cada um dos integrantes tem na escala hierárquica tem-se diferentes níveis de exigências e atribuições. Sendo que, assim como dispõe José Luiz Dias CAMPOS JÚNIOR, “a medida em que se sobe na mesma, se acrescenta ambas, pois a maior capacidade de comando corresponde a uma maior responsabilidade”³¹.

Pela hierarquia, o mais graduado adquire maior autoridade para comandar devido à preparação e qualidades de chefia reveladas. Atingirá a subordinação voluntária coincidente e completa de seus comandados, o superior que for disciplinado, imparcial, sereno, enérgico e que, sobretudo, vivenciar os valores da vida militar³².

Em decorrência do direito de poder mandar, o superior adquire a plena disponibilidade sobre os atos praticados pelo subordinado no exercício de suas funções, desde que em conformidade com as garantias constitucionais que permeiam a estrutura administrativa, bem como assume autoridade de fiscalização, de revisão, de dirimir controvérsias, de competência e avocação³³.

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 152.

³¹ CAMPOS JUNIOR, José Luiz Dias. *Direito Penal e Justiça Militar: inabaláveis princípios e fins*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 132-133.

³² CAMPOS JUNIOR, José Luiz Dias. *Direito Penal e Justiça Militar: inabaláveis princípios e fins*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 133.

³³ VALLA, Wilson Odirley. *Deontologia Policial Militar – Ética Profissional*. 3. ed. Curitiba, Publicações Técnicas da Associação da Vila Militar, 2003. v. II, p. 118. ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 70-71. Tais autores dispõem ainda uma outra decorrência do direito de poder mandar conferido ao superior, qual seja, a da “faculdade” de aplicar uma punição frente aos atos que julgue contrários à disciplina. Todavia, tal posicionamento afronta o princípio da discricionariedade administrativa aplicado ao processo disciplinar, pois, conforme os ensinamentos de BACELLAR FILHO, “qualquer escolha deixada ao administrador deve ser passível de verificação. Constatados os elementos para a aplicação da pena, por meio do processo administrativo disciplinar, não há escolha entre aplica-la ou não”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 180.

Maurice HAURIUO diz ser a hierarquia “a superposição de vários graus em uma organização autorizada de agentes, de sorte que agentes inferiores não cumprem suas funções sob a obrigação direta e única de observar a lei, mas pela obrigação de obedecer ao chefe que se interpõe entre eles e a lei”³⁴.

Tal situação pode ser bem vislumbrada de acordo com exemplo dado por Wilson Odirley VALLA, referente às polícias militares, mas que bem se aplica às Forças Armadas: o policial militar, ao efetuar uma prisão, lavrar uma notificação por infração de trânsito ou executar qualquer outro ato de polícia ostensiva, está cumprindo a lei. Contudo, quando com sua tropa ocupa uma determinada área, ou contra um marginal que está de posse de refém executa uma ação letal, ele está a cumprir ordens, as quais não lhe compete desde logo verificar se estão ou não em conformidade com a lei³⁵.

A outra base das organizações militares, a disciplina, é referida no parágrafo segundo do art. 14, do Estatuto dos Militares, configurando-se como:

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

O antigo Regulamento Disciplinar do Exército previsto pelo Decreto 1.899/37, em seu art. 1º, trazia a seguinte lição de grande relevância para que se possa conhecer as peculiares facetas da atividade administrativa militar:

Aspectos que são do mesmo dever militar, tão nobre é obedecer quanto comandar – com proveito, porém, somente comandará quem se haja afeito à obediência que, ela força do hábito, se torna natural. Só mediante tal condição conseguirá o superior a obediência consciente e completa dos subordinados.

E, no parágrafo único de seu art. 2º, o mesmo diploma trazia uma ressalva que permanece plenamente pertinente na atualidade:

é preciso, entretanto, ter sempre presente que a disciplina não consiste, apenas, em seus sinais exteriores, que somente têm valor como expressão dos sentimentos de quem os pratica. Ela só é real e proveitosa quando inspirada pelo sentimento do dever, produzido por cooperação espontânea e não pelo receio do castigo.

³⁴ Citado por VALLA, Wilson Odirley. *Deontologia Policial Militar – Ética Profissional*. 3. ed. Curitiba, Publicações Técnicas da Associação da Vila Militar, 2003. v. II, p. 118.

³⁵ VALLA, Wilson Odirley. *Deontologia Policial Militar – Ética Profissional*. 3. ed. Curitiba, Publicações Técnicas da Associação da Vila Militar, 2003. v. II, p. 120.

Lorenzo Cotino HUESO, jurista espanhol, explicita que a ordem e a disciplina se encontram presentes, em maior ou menor grau, em todos os setores da sociedade. Afirma, assim, que também na esfera administrativa civil, na trabalhista e na educacional se verifica facilmente a presença do princípio da autoridade. Contudo, dada as peculiaridades da finalidade da Administração Militar, seu eficaz funcionamento requer um maior rigor na aplicação da disciplina³⁶.

No mesmo sentido, afirma Jorge Luiz de OLIVEIRA DA SILVA que a observância dos ditames da disciplina e da hierarquia é essencial para que a missão constitucional das Forças Armadas e Forças Auxiliares seja bem sucedida, sendo que tais preceitos militares devem ser observados juntamente com as virtudes militares da camaradagem, espírito de corpo, probidade, honra militar, senso de justiça, respeito, caráter³⁷.

Atestando a indispensável necessidade da disciplina e hierarquia dentro da estrutura militar, o Procurador da República Mário Pimentel Albuquerque emitiu o seguinte parecer:

Da mesma forma que a vocação religiosa implica o sacrifício pessoal e do amor próprio – e poucos são os que a têm por temperamento – a militar requer a obediência incontestada e a subordinação confiante às determinações superiores, sem o que vã será a hierarquia, e inócua o espírito castrense. Se um indivíduo não está vocacionado à carreira das armas, com o despojamento que ela exige, que procure seus objetivos no amplo domínio da vida civil, onde a liberdade e a livre-iniciativa constituem virtudes. Erra rotundamente quem pretende afirmar valores individuais onde, por necessidade indeclinável, só os coletivos têm a primazia. Comete erro maior, porém, quem, colimando a defesa dos primeiros, busca a cumplicidade do Judiciário para, deliberadamente ou não, socavar os segundos, ainda que aos nossos olhos profanos, lídimo possa parecer tal expediente e constitucional a pretensão através dele deduzida³⁸.

Dessa feita, exceto com relação ao conscrito, que está prestando o serviço militar obrigatório³⁹, é de modo voluntário que se dá a permanência de todos os demais militares em cada Força. Os que manifestam sua vontade de incorporar efetivamente os

³⁶ Para HUESO, a organização burocrática militar se revela como sendo a técnica de cominação mais perfeita na sociedade. HUESO, Lorezo Cotino. *El modelo Constitucional de Fuerzas Armadas*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 531.

³⁷ OLIVEIRA DA SILVA, Jorge Luiz de. *Assédio moral no ambiente de trabalho militar*. Revista de Direito Militar, n. 57, Florianópolis, jan./fev. 2006, p. 24.

³⁸ Parecer dado no *Habeas Corpus* nº 2.217/RJ – TRF/2ª Região – Rel. Des. Fed. Sérgio Correa Feltrin – julgado em 25.04.2001.

³⁹ Constituição Federal, art. 143: “O serviço militar é obrigatório nos termos da lei”.

quadros das Forças Armadas, prestam um juramento, no qual devotam sua dedicação e fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser preservadas ainda que seja preciso o sacrifício da própria vida⁴⁰.

Ao serem incorporados, os militares prestam compromisso de honra, manifestando a sua aquiescência consciente das obrigações e dos deveres militares, declarando sua firme disposição de bem cumpri-los.

Tratando sobre as particularidades que constituem o direito militar, discorre Jorge Cesar de ASSIS:

A sociedade militar é peculiar. Possui *modus vivendi* próprio. Todavia, submete-se aos princípios gerais do direito, amoldando-se ao ordenamento jurídico nacional; pode e deve ser submetida ao controle judicial do qual ninguém é dado a furtar-se. Esta peculiaridade exige sacrifícios extremos (a própria vida), que é mais do que simples risco de serviço das atividades tidas como penosas ou insalubres como um todo. Para condições tão especiais de trabalho, especial também será o regime disciplinar, de modo a conciliar tanto os interesses da instituição como os direitos dos que a ele se submetem. A rigidez do regime disciplinar e a severidade das sanções não podem ser confundidas como supressão dos seus direitos⁴¹.

Dessa forma, sendo a disciplina e a hierarquia os pilares básicos das Instituições Armadas, dotados de proteção constitucional, tem-se que, em regra⁴², o meio hábil de garantir tais ditames são os Regulamentos Disciplinares de cada Força: Exército (Decreto 4.346/02), Marinha (Decreto 88.545/83) e Aeronáutica (Decreto 76.322/75).

4.3. ESPÉCIES DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES MILITARES

A finalidade do processo administrativo disciplinar é a de apurar o cometimento de faltas graves dos servidores públicos, sejam eles civis ou militares. Já o

⁴⁰ Estatuto dos Militares, art. 31: “Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente: I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida”.

⁴¹ ASSIS, Jorge Cesar de. Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2008. p. 17-18.

⁴² A repressão das ofensas mais graves cabe ao Código Penal Militar.

procedimento administrativo disciplinar tem como escopo a apuração de faltas disciplinares de natureza leve e média, através do procedimento da sindicância.

Na seara militar, a transgressão disciplinar importa em punição que pode variar entre uma simples advertência, até uma prisão de 30 dias, ou ainda, a exclusão do militar das Forças Armadas a bem da disciplina⁴³. Além de acarretar a aplicação da punição disciplinar, toda transgressão é devidamente anotada na ficha funcional do militar, podendo implicar na alteração da qualificação de seu comportamento, o qual pode variar de “excepcional” a “mau”⁴⁴, o que possui influência decisiva no êxito da evolução da carreira militar.

A classificação das punições disciplinares é o instrumento que viabiliza a distinção entre as competências do processo e do procedimento administrativo disciplinar. No âmbito militar, as punições disciplinares são classificadas em ordinárias ou reeducativas e extraordinárias ou exclusórias.

As ordinárias ou reeducativas, derivadas da prática de transgressão disciplinar de natureza leve ou média, têm sua apuração realizada através do procedimento disciplinar da sindicância, seguindo o disposto nos Regulamentos Disciplinares de cada Força Armada. Importante frisar que a sindicância deve ser entendida como um procedimento com rigor formal atenuado, em comparação com as formalidades exigidas pelo processo disciplinar, todavia, essa menor exigência formal não deve prejudicar a observância das etapas processuais fundamentais à concretização das garantias do processo⁴⁵.

⁴³ Regulamento Disciplinar do Exército, art. 24. Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente: I - a advertência; II - o impedimento disciplinar; III - a repreensão; IV - a detenção disciplinar; V - a prisão disciplinar; e VI - o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

⁴⁴ De acordo com o art. 51 do Regulamento Disciplinar do Exército, o comportamento disciplinar do militar varia entre “excepcional”, passando por “ótimo”, “bom”, “insuficiente”, até chegar em “mau”. Ao ser incorporada às Forças Armadas toda praça inicia com o comportamento de nível “bom”. Uma classificação comportamental positiva é imprescindível para o sucesso no desenvolvimento da carreira do militar, tendo em vista a rigorosidade com que é cobrado o respeito ao postulado da disciplina.

⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo Administrativo Disciplinar. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 105.

Já as punições disciplinares extraordinárias ou exclusórias apresentam-se como aquelas que ensejam diminuição patrimonial, mediante perda financeira ou da função, as quais dependem da regular instauração e observância do processo administrativo disciplinar militar⁴⁶.

Além de obedecer ao Regulamento Disciplinar de cada Força Armada, os processos administrativos disciplinares que visam julgar a capacidade do militar de permanecer na Força a que pertence, tendo em vista a prática de uma transgressão de natureza grave, seguem a regulamentação dada pelo Conselho de Disciplina, previsto pelo Decreto 71.500/72, e pelo Conselho de Justificação, regido pela Lei 5.836/72⁴⁷. Visam julgar a capacidade de permanecer na ativa ou na situação de inatividade em que se encontram as praças especiais e as praças estáveis – Conselho de Disciplina⁴⁸, e os oficiais – Conselho de Justificação⁴⁹.

As praças que se submetem ao Conselho de Disciplina são as praças especiais e as praças estáveis. Tomando-se as graduações do Exército como parâmetro, temos que as praças estáveis são aquelas que vão da graduação de soldado, passando pelas de cabo, terceiro sargento, segundo sargento, primeiro sargento, até chegar à de subtenente (suboficial). Já as especiais, são praças intermediárias – provisoriamente praças, mas futuramente oficiais – compostas pelo Guarda-Marinha (Marinha), pelo Aspirante-a-Oficial (Exército e Aeronáutica), e os alunos de órgãos específicos de formação de militares.

Por sua vez, os oficiais, aos quais compete a apuração de transgressão disciplinar grave por intermédio do Conselho de Justificação, são os militares de carreira das Forças Armadas, compreendendo, novamente tendo-se como base o

⁴⁶ ASSIS, Jorge Cesar de. Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2008. p. 235.

⁴⁷ No âmbito das polícias militares e corpos de bombeiros militares, as quais constituem as forças auxiliares e reservas do Exército Brasileiro, o Conselho de Justificação e o Conselho de Disciplina estão regulados através de legislação própria de cada Estado e do Distrito Federal.

⁴⁸ Estatuto dos Militares, Art. 48. O oficial presumivelmente incapaz de permanecer como militar da ativa será, na forma da legislação específica, submetido a Conselho de Justificação.

⁴⁹ Estatuto dos Militares, Art. 49. O Guarda-Marinha, o Aspirante-a-Oficial e as praças com estabilidade assegurada, presumivelmente incapazes de permanecerem como militares da ativa, serão submetidos a Conselho de Disciplina e afastados das atividades que estiverem exercendo, na forma da regulamentação específica.

Exército, as graduações de segundo tenente, primeiro tenente, capitão, major, tenente-coronel e coronel.

Referidas as espécies de processos administrativos disciplinares militares de que fazem uso as Forças Armadas – sindicância militar (procedimento administrativo disciplinar) e os processos administrativos disciplinares realizados no âmbito do Conselho de Disciplina e do Conselho de Justificação – passamos à análise da conformidade constitucional de tais processos com relação às garantias da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

5. (DES)CONFORMIDADES COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

No presente trabalho nos ateremos a tratar tão-somente dos mais sensíveis aspectos de desconformidade do processo administrativo disciplinar das Forças Armadas com a Constituição de 1988. Adiante serão abordadas as violações perpetradas pelo ordenamento disciplinar militar federal aos postulados constitucionais da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

5.1. LEGALIDADE

O princípio da legalidade decorre da concepção de Estado de Direito, prescrevendo a aplicação da norma tendo em vista a concretização de um fim público. É princípio que impõe a plena submissão da Administração Pública à lei, ou seja, à Administração só é dado fazer o que a lei determina⁵⁰. Longe de se confundir com o legalismo, o qual se traduz em um exagero no formalismo das espécies legislativas⁵¹, a

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 98 e 102.

⁵¹ O princípio da legalidade não se confunde com o *legalismo*, o qual se configura como um exagero no formalismo das espécies legislativas. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 143.

legalidade atua como uma delimitação prévia do agir administrativo, buscando a preservação das garantias dos envolvidos nas relações com a Administração⁵².

O postulado constitucional da legalidade administrativa, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição, cria um vínculo entre a Administração e a lei em sentido formal, de acordo com a concepção restrita do princípio da legalidade⁵³.

A discricionariedade é que traz contornos à legalidade, já que aquela se configura como uma forma de competência, disposta a partir de previsão legal, concedendo à Administração Pública a possibilidade de atuar mediante um resquício de legitimidade outorgado com a finalidade de suprir elementos fundamentais à execução da atividade administrativa⁵⁴.

Todavia, o processo administrativo disciplinar freqüentemente se depara com uma discricionariedade que se amplia ao ponto de flexibilizar demasiadamente a legalidade, tornando-a insuficiente para o controle da atuação administrativa⁵⁵. E aqui se mostra imprescindível a legalidade processual, proveniente da efetiva realização do processo administrativo disciplinar, respeitada a garantia do devido processo legal, a fim de que se estabeleça uma limitação à competência discricionária da Administração Pública.

⁵² MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9784/99*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 77.

⁵³ Adotamos a concepção restrita do princípio da legalidade aderindo ao posicionamento de BACELLAR FILHO o qual dispõe: "A adoção do sentido restrito do princípio da legalidade é exigência lógica da própria Constituição de 1988. O primeiro argumento é de ordem lógica. Ora, se o princípio da legalidade pretendesse abarcar a própria vinculação constitucional da atividade administrativa seria inútil e totalmente despido de sentido a afirmação de outros princípios constitucionais da Administração Pública. Afinal, o que sobraria para os demais? Se a Constituição coloca, ao lado do princípio da legalidade, o da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, resta subjacente que a legalidade não esgota a regulação jurídica da Administração. De outra parte, a adoção de conceito amplo faz confundir legalidade e constitucionalidade. Perverte-se a hierarquia das fontes do direito (são colocados no mesmo plano blocos distintos da pirâmide normativa) quando no sistema constitucional brasileiro estão, rigidamente, delimitados (por exemplo, na fixação do objeto do recurso extraordinário e do recurso especial)". BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 162.

⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 23.

⁵⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 169.

Assim como ocorre em alguns dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos da União⁵⁶, no âmbito disciplinar militar nos deparamos com regulamentos permeados por diversas normas de definição de transgressões disciplinares e de cominação de sanção que se fundam em critérios absolutamente subjetivos. É o que se evidencia no próprio conceito de transgressão disciplinar previsto no art. 14 do Regulamento Disciplinar do Exército:

Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro de classe.

Conceito de transgressão disciplinar com similar grau de subjetividade também pode ser encontrado no Regulamento Disciplinar da Marinha, em seu art. 6º:

Contravenção disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime.

Ainda, segundo o art. 21 do Regulamento Disciplinar do Exército, a transgressão disciplinar militar deve ser classificada em leve, média ou grave, sendo que o parágrafo único dispõe que “a competência para classificar é da autoridade a qual couber sua aplicação”, observados os critérios constantes no mesmo regulamento disciplinar. Dessa feita, soma-se à órbita discricionária da autoridade a quem é atribuída a competência para definir a gravidade da infração disciplinar, uma ampla margem de subjetividade com relação ao que deva ser enquadrado como uma transgressão disciplinar, situação que, devido ao extrapolamento da esfera de discricionariade, ocasionada pela carência de um patamar mínimo de tipicidade, configura-se em flagrante violação ao preceito constitucional da legalidade.

Ademais, no Anexo I do referido regulamento, o qual apresenta o rol das transgressões disciplinares militares, facilmente são observadas inúmeras definições excessivamente subjetivas como a de “concorrer para a discórdia ou desarmonia ou

⁵⁶ Lei 8.112/90. Art. 132, V: “incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição”; art. 116, inc. I: dever de “exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo”; art. 128: “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais” entre outros.

cultivar inimizade entre militares – ou seus familiares”, “deixar de cumprir prescrições expressamente estabelecidas no Estatuto dos Militares ou em outras leis e regulamento (...) cuja violação afete os preceitos da hierarquia e disciplina, a ética militar, a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro de classe”, “não ter pelo preparo próprio, ou pelo de seus comandados, instruendos ou educandos, a dedicação imposta pelo sentimento do dever”, “contrair dívida ou assumir compromisso superior às suas possibilidades, que afete o bom nome da Instituição”, “esquivar-se de satisfazer compromissos de ordem moral ou pecuniária que houver assumido, afetando o bom nome da Instituição”, e “portar-se de maneira inconveniente ou sem compostura”.

De acordo com Marçal JUSTEN FILHO, admitir que a imposição de sanções tenha caráter discricionário, dispostas por normas genéricas correlacionadas com poderes não delimitados, ao ferir valores albergados pela Constituição, constitui clara violação ao Estado Democrático de Direito⁵⁷.

Dessa feita, enquanto a discricionariedade limita a legalidade, a tipicidade apresenta-se como uma barreira de contenção da discricionariedade, impedindo que venha a se flexibilizar excessivamente.

O antigo Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto 90.608/84) previa ainda, em seu art. 13, o que Jorge Cesar de ASSIS chama de “cláusula de reserva discricionária da autoridade policial”, a qual tinha a seguinte redação:

Art 13 - São transgressões disciplinares: 1) Todas as ações ou omissões contrárias à disciplina militar especificadas no Anexo I ao presente Regulamento; 2) Todas as ações ou omissões, não especificadas na relação de transgressões do anexo acima citado, nem qualificadas como crime nas leis

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: com comentários à MP 2026, que disciplina o pregão*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 621-622. A respeito da impossibilidade de atipicidade das transgressões disciplinares o autor discorre dizendo que “A medida que se torna mais grave a sanção, tanto menos se admite a possibilidade de indeterminação da ilicitude. É indispensável determinar, com um mínimo de tipicidade e precisão, o que se pode entender por ‘infração grave’. Deve-se indicar os limites dentro dos quais se identifica, de modo inquestionável, a conduta apta a conduzir ao sancionamento. Nem se diga que a tipicidade daria margem à impunidade. Esse é o argumento jurídico menos defensável. Sua aplicação pressupõe a substituição do princípio da segurança e a legitimação do totalitarismo. O problema não reside em propiciar a impunidade, mas em reprimir a punição injusta e ofensiva aos valores da vida, da liberdade e da propriedade. [...] Como se dizia dois séculos atrás, é preferível mil culpados livres do que um único inocente preso. Toda essa sistemática é rompida com o argumento da necessidade de evitar a impunidade. Tem de evitar-se a impunidade, mas nunca à custa do sacrifício aos valores essenciais à Democracia”.

penais brasileiras, que afetem a honra pessoal, o pundonor militar, o decoro da classe e outras prescrições estabelecidas no Estatuto dos Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas praticadas contra normas e ordens de serviço emanadas de autoridade competente. Parágrafo único - As transgressões relacionadas no Anexo I deste Regulamento, destinam-se, por serem genéricas, a permitir o enquadramento sistemático das ações ou omissões contrárias à disciplina. A forma como se deu a violação dos preceitos militares deve, por isso, ser descrita pela autoridade que pune o transgressor, no boletim em que a punição é publicada.

Felizmente, tal cláusula foi suprimida no novo Regulamento Disciplinar do Exército, muito embora ainda se faça presente nos Regulamentos Disciplinares da Aeronáutica⁵⁸ e da Marinha⁵⁹, dando margem a numerosos questionamentos judiciais.

Parte da doutrina militar⁶⁰ e das autoridades administrativas militares considera que a discricionariedade é necessária para a preservação das Instituições Militares, alegando não caber o princípio da tipicidade às transgressões disciplinares. Todavia, em que pese todas as peculiaridades da regulamentação da vida na caserna, tais valores não são capazes de se sobrepor aos direitos fundamentais assegurados ao cidadão pela Constituição de 1988, ainda mais diante de uma punição que pode culminar com o cerceamento de liberdade do militar transgressor⁶¹.

⁵⁸ Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, art. 10, parágrafo único: “são consideradas também transgressões disciplinares as ações ou omissões não especificadas no presente artigo e não qualificadas como crime nas leis penais militares, contra os Símbolos Nacionais; contra a honra e o pundonor individual militar; contra o decoro da classe; contra os preceitos sociais e as normas da moral; contra os princípios de subordinação, regras e ordens de serviço, estabelecidos nas leis ou regulamentos, ou prescritos por autoridade competente”.

⁵⁹ Regulamento Disciplinar da Marinha, art. 7º: “são também consideradas contravenções disciplinares todas as omissões do dever militar não especificadas no presente artigo, desde que não qualificadas como crimes nas leis penais militares, cometidas contra preceitos de subordinação e regras de serviço estabelecidos nos diversos regulamentos militares e determinações das autoridades superiores competentes”.

⁶⁰ Diz José da Silva Loureiro NETO, que “o ilícito disciplinar não está sujeito ao princípio da legalidade, pois seus dispositivos são até imprecisos, flexíveis, permitindo à autoridade militar maior discricionariedade no apreciar o comportamento do subordinado, a fim de melhor atender aos princípios de oportunidade e conveniência da sanção a ser aplicada inspirada não só no interesse da disciplina, como também administrativo”. NETO, José da Silva Loureiro. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 1993. p 26. No mesmo sentido ASSIS, Jorge César de. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 204-208.

⁶¹ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 10-11. As transgressões disciplinares de natureza grave podem importar em punição de até 30 dias de prisão, conforme o art. 24, parágrafo único, do Regulamento Disciplinar do Exército: “As punições disciplinares de detenção e prisão disciplinar não podem ultrapassar trinta dias”, sendo que há similar previsão no art. 73, inc. IV, do Regulamento Disciplinar da Marinha, no art. 15, item 3, do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, e no art. 47, § 1º do Estatuto dos Militares.

O princípio da reserva legal proveniente da esfera penal, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, constante no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, aplica-se ao direito administrativo disciplinar militar, não se admitindo que em tal esfera impere a atipicidade das transgressões, muito menos uma atuação pautada em uma exorbitante margem de discricionariedade.

Não há que se imaginar que a vedação da atipicidade venha a ferir os ditames da hierarquia e da disciplina militar. Muito pelo contrário, uma efetiva legalidade processual, com observância à tipicidade, apresenta-se como propulsora da garantia da segurança jurídica, a qual se estabelece como o contraposto do caos e da desordem, propiciando uma efetiva e duradoura manutenção das Instituições Militares⁶².

5.2. DEVIDO PROCESSO LEGAL

Uma interpretação conjunta dos incisos LIV e LV, do art. 5º, da Constituição, traz a proteção do devido processo legal para a esfera processual administrativa⁶³. Proveniente da doutrina norte-americana (*due process of law*), o princípio corresponde a uma proteção de fato à possibilidade de defesa.

Em sua concepção material apresenta-se como um processo justo, detentor de regras processuais razoáveis, enquanto formalmente vincula-se aos requisitos legais dispostos para o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa⁶⁴.

O devido processo legal se concretiza a partir da observância do contraditório e da ampla defesa com os recursos e meios a ela inerentes. Conforme expõe Carlos Ari

⁶² Discorrendo sobre a segurança jurídica José Roberto VIEIRA afirma: “Com efeito, o patamar de civilização de uma dada sociedade pode ser aferido por intermédio do grau de consagração da segurança no seu sistema jurídico. É a conclusão, de toda procedência, de Geraldo Ataliba: ‘Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada’”. VIEIRA, José Roberto. *Segurança Jurídica: Questão de Civilização* (item 1), in *Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”*. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 317-318.

⁶³ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 83.

⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 226.

SUNDFELD, tal garantia também é observada no âmbito administrativo, tendo em vista a disposição do referido art. 5º, inc. LIV, da Constituição, devendo as sanções administrativas serem precedidas de oportunidade de manifestação, produção probatória, além de todos os recursos e meios próprios a viabilizar o efetivo devido processo legal⁶⁵.

Relativamente ao processo administrativo disciplinar militar, o Regulamento Disciplinar do Exército, em seu art. 35, § 1º, faz alusão às garantias do contraditório e da ampla defesa, dizendo que “nenhuma punição disciplinar será imposta sem que ao transgressor sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, inclusive o direito de ser ouvido pela autoridade competente para aplicá-la, e sem estarem os fatos devidamente apurados”, dispondo no § 2º os meios de concretizá-las, como o direito do militar acusado de ser ouvido, de produzir provas e de ter conhecimento e acompanhar a realização de todos os atos do processo.

Contudo, no cotidiano da aplicação disciplinar militar, verifica-se que, infelizmente, nem sempre a garantia do devido processo legal e seus consectários, contraditório e ampla defesa, são efetivamente respeitados, assim como será exposto a seguir.

5.3. CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório, como desdobramento do devido processo legal, prevê que a decisão seja dada em meio a uma participação dinâmica das partes, viabilizando que tenham as mesmas condições de influenciar na formação do convencimento do julgador. Ademais, também o julgador apresenta papel participativo relevante à decisão, pois é quem gerencia o processo⁶⁶.

⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. Malheiros: São Paulo, 1992. p.168.

⁶⁶ “O princípio do contraditório pressupõe uma maneira peculiar de enfoque das decisões processuais: resultam de construção humana levada a cabo a partir do desenvolvimento normativo das normas jurídicas e da comprovação autônoma de sua aplicabilidade ao caso concreto. Justamente porque o contraditório fundamenta-se na visão dinâmica e criativa das decisões processuais, a declaração do direito ao caso administrativo não constitui tarefa exclusiva da Administração mas de todos os

Havendo a concentração, em um único órgão, da função de iniciar de ofício o processo, de colher e gerir o material probatório, e de julgar, não se verificará no processo a realização do contraditório, tendo em vista a ausência de diálogo e de igual possibilidade de participação das partes⁶⁷. Assim disciplina Romeu Felipe BACELLAR FILHO:

A essência do contraditório exige a participação de, pelo menos, dois sujeitos. O contraditório não exclui a possibilidade de que um dos contraditores seja, ao mesmo tempo, o competente para a decisão do processo (e, portanto, não estranho aos interesses em disputa), como no processo administrativo. Todavia, nessa situação, se a Administração estiver em posição de contraditor, precisa colocar-se no mesmo plano do sujeito em confronto, em posição substancialmente correspondente e equivalente ao do outro. Afinal, se a Administração for posta em posição de supremacia e o servidor, na de episódico interlocutor, não haverá contraditório ou processo⁶⁸.

Dessa feita, sendo a Administração a contraditora, exige-se, para o respeito do contraditório, que esta assuma posição de igualdade perante o contraditado. Porém, tal condição igualitária, que já é naturalmente excepcional na esfera administrativa, visto que, em regra, nas relações que envolvem a Administração impõe-se a aplicação do preceito da supremacia da Administração Pública, na prática, vê suas possibilidades de aplicação tornarem-se consideravelmente mais remotas diante das características que permeiam o direito militar.

Dada a grande dificuldade, evidenciada no cotidiano da vida na caserna, da autoridade militar investigadora assumir posição de igualdade em relação ao militar investigado, tendo em vista os ditames indeclináveis da hierarquia e da disciplina, posto que, via de regra, a autoridade competente para apurar a transgressão disciplinar é justamente um superior hierárquico daquele que supostamente cometeu a infração, torna-se frágil a verificação de um efetivo contraditório.

protagonistas do processo”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 228-229.

⁶⁷ Nesse sentido, afirma BACELLAR FILHO que “o contraditório é incompatível com o processo inquisitório. Neste, a função de acusar, defender e julgar converge em um único órgão, excluindo a bilateralidade processual (fundamento lógico do contraditório), pontuando como método não o diálogo, mas o monólogo (fundamento político do contraditório). Resta seriamente comprometido em um processo onde o órgão julgador detenha a competência exclusiva ou quase exclusiva da gestão probatória, porque a unilateralidade da prova comprometerá a estrutura dialógica do juízo”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 235.

⁶⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 236.

O contraditório apenas é efetivo se há a participação de fato das partes no processo, requerendo para tal a comunicação dos atos processuais e a regular defesa operada pelas partes. Todavia, ainda que porventura o contraditório não venha a ser efetivo, pode mesmo assim existir, desde que tenha sido criada uma real possibilidade de reação das partes. Já no âmbito do processo penal tal efetividade torna-se obrigatória, tendo em vista os interesses indisponíveis que se encontram em jogo⁶⁹.

Visando a efetivação do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar regulado pela Lei 8.112/90, há a previsão da obrigatoriedade da nomeação de defensor dativo ao servidor revel, acusado no processo disciplinar, considerando que é este o meio hábil a dispor sanções de natureza grave, como a suspensão por mais de trinta dias ou a demissão. Contudo, o mesmo entendimento não foi adotado no tocante ao procedimento da sindicância, o que resulta na ocorrência de um regular contraditório tão-somente com relação ao processo disciplinar⁷⁰.

Também no processo administrativo disciplinar da seara militar se faz presente a exigência de nomeação de defensor dativo no caso de servidor revel, conforme o art. 9º, § 4º, do Decreto 71.500/72 (Conselho de Disciplina):

Art . 9º Ao acusado é assegurada ampla defesa, tendo ele, após o interrogatório, prazo de 5 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Disciplina fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham com minúcias o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados. (...) § 4º O processo é acompanhado por um oficial: a) indicado pelo acusado, quando este o desejar para orientação de sua defesa; ou b) designado pela autoridade que nomeou o Conselho de Disciplina, nos casos de revelia.

Assim, dado o extremo rigor do dever de obediência que é permanentemente cobrado do servidor militar, a verificação de um efetivo contraditório é muito mais árdua no processo administrativo disciplinar no âmbito da Administração Pública Militar. Tal situação torna-se ainda mais sensível quando observamos que uma transgressão

⁶⁹ Pensamento de Romeu Felipe BACELAR FILHO, o qual se fundamenta a partir das exposições de Cândido Rangel DINAMARCO e de Angélica ARRUDA ALVIM. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 243-244. ALVIM, Angélica Arruda. Princípios Constitucionais do Processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, abr./jun. 1994. DINAMARCO, Cândido Rangel. O Princípio do Contraditório. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 19, dez.81/dez.82.

⁷⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 244.

disciplinar grave pode acarretar uma punição de até 30 dias de prisão ao militar supostamente transgressor. Em tais casos, dada a possibilidade de restrição de liberdade do militar acusado, se mostra imprescindível não apenas que se crie uma oportunidade de reação das partes, mas sim que, bem como ocorre no processo penal, propicie-se a concretização de um efetivo contraditório.

5.4. AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa apresenta-se constitucionalmente disposto pelo art. 5º, inc. LV, configurando-se como garantia fundamental do processo judicial e administrativo. Já no art. 41, incs. II e III, § 1º e art. 247 a ampla defesa é trazida como garantia do processo administrativo que acarrete perda do cargo de servidor estável.

O art. 41 da Constituição disciplina que, aos servidores estáveis, em caso de sanção de perda do cargo, é garantido o processo administrativo com observância da ampla defesa. Todavia, devido ao acréscimo do inciso LIV ao art. 5º da Constituição, garantindo o devido processo legal, restou mormente salientada a concepção negativa do art. 41, qual seja a de definir que os servidores estáveis não podem perder seu cargo, salvo pela prática de ilícito punível com a sanção de demissão⁷¹.

Segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO, com a Constituição de 1988, a ampla defesa ganha duas novas facetas: primeiramente percebe-se que passa a ser garantia assegurada não apenas aos acusados no âmbito do processo penal, mas sim, aos litigantes e acusados em face de qualquer espécie de processo. Tal novo entendimento se apresenta a partir da inserção do termo “judicial”, em conjunto com a expressa menção ao processo administrativo, ambas inscritas no inciso LIV, do art. 5º, da Constituição. Em segundo lugar, ainda tendo em tela o mesmo inciso constitucional,

⁷¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 85.

depreende-se a opção do legislador constituinte derivado pela supressão da necessidade de definição legal dos meios e recursos inerentes à ampla defesa⁷².

Ambas as inovações foram decisivas para dirimir inúmeras controvérsias existentes na doutrina e na jurisprudência a respeito da incidência da ampla defesa em meio ao processo administrativo.

Ao processo administrativo disciplinar é confiada a função de guardião da credibilidade e idoneidade da Administração Pública, tanto perante o seu corpo de agentes administrativos, quanto perante os particulares e administrados. Em razão de se configurar como instrumento de preservação da respeitabilidade da Administração é que o processo administrativo disciplinar, muito antes de almejar a punição do acusado, anseia pelo alcance de esclarecimentos consistentes a respeito dos fatos sob apuração. A respeito disso, prevê o art. 6º do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica que “a punição só se torna necessária quando dela advém benefício para o punido, pela sua reeducação, ou para a Organização Militar a que pertence, pelo fortalecimento da disciplina e da justiça”. Neste contexto, o atendimento de todas as condições possíveis para que o acusado exerça o seu direito de defesa revela-se essencial no processo administrativo disciplinar, seja cível ou militar.

5.4.1. Direito à defesa técnica

O corolário da ampla defesa compreende o direito à defesa pessoal e o direito à assistência de um defensor⁷³.

A autodefesa, a qual se apresenta como sendo os atos praticados pelo acusado a fim de proteger-se, abarca os direitos de presença e de audiência. A aptidão para presenciar e impugnar a produção probatória constitui o direito de presença. Já o direito de manifestar-se oralmente e prestar esclarecimentos revela o direito de audiência.

⁷² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 302.

⁷³ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 117.

Tem a defesa pessoal predominância no processo administrativo, exceto no administrativo disciplinar⁷⁴.

A observância do direito de presença leva ao não cumprimento de disposições que visem proibir o servidor acusado de assistir às reuniões da Comissão de Sindicância, a exemplo do que prescreve a redação do art. 150, da Lei 8.112/90⁷⁵. Já na esfera disciplinar militar, conforme se depreende do art. 9º, § 1º, do Decreto 71.500/72 (Conselho de Disciplina) e do art. 9º, § 1º, da Lei 5.836/72 (Conselho de Justificação), o acusado deve estar presente a todas as sessões dos Conselhos, exceto à sessão secreta de deliberação do relatório de apuração. Seguindo o pensamento de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, compreende-se que tais restrições apenas e tão-somente podem ser admitidas nos casos em que almejem assegurar a intimidade do servidor acusado, sob pena de incompatibilidade com o texto constitucional⁷⁶.

Já o respeito ao direito de audiência influi diretamente na concretização do contraditório, pois oportuniza a relação direta entre o acusado e o julgador, propiciando o alcance do equilíbrio na possibilidade de influenciar a formação do convencimento do órgão julgador.

Por sua vez, a defesa executada pelo advogado do acusado consiste na defesa técnica. De acordo com Odete MEDAUAR⁷⁷, a defesa técnica deve ser considerada obrigatória em processo administrativo disciplinar que possa acarretar aplicação de pena de natureza grave, o que resultaria à Administração a tarefa de nomear defensor dativo caso o acusado não nomeasse advogado ou fosse revel. Observamos ainda que o direito de presença extrapola os limites da defesa pessoal e também se faz presente na defesa técnica, resguardando o direito do defensor do acusado de presenciar à realização do material probatório do processo administrativo disciplinar⁷⁸.

⁷⁴ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 117.

⁷⁵ Lei 8.112/90, art. 150: “A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração”.

⁷⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 312.

⁷⁷ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 118.

⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, v. 1. p. 489.

A Lei 8.112/90 prevê em seu art. 156⁷⁹ a garantia da presença do acusado e de seu defensor no processo administrativo disciplinar. Todavia, a Lei 9.784/99, em seu art. 3º, inc. IV⁸⁰, posicionou-se no sentido de reconhecer a defesa técnica como mera faculdade no processo administrativo, salvo disposição legal expressa, entendimento este que encontra respaldo na jurisprudência dos Tribunais, mormente, do Supremo Tribunal Federal.

Em dezembro de 2007, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº 343 contendo o seguinte teor: “*É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar*”. Tal entendimento foi sumulado com base na noção de que a ausência de advogado nos processos administrativos disciplinares acarreta violação às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Todavia, em maio do corrente ano, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 5, a qual dispõe que “*A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*”. Assim, tem-se que nos processos administrativos disciplinares o defensor do servidor faltoso poderá ser um advogado constituído pelo acusado, ou então um defensor dativo (servidor) que a comissão processante irá nomear quando diante de omissão do servidor acusado.

Seguindo o mesmo raciocínio elucidado pela súmula vinculante nº 5, apresenta-se o § 3º do art. 254 da Lei Complementar 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União)⁸¹, o art. 164, § 2º, da Lei 8.112/90⁸², e ainda, na seara militar, o art. 9º, § 4º, do Decreto 71.500/72 (Conselho de Disciplina)⁸³.

⁷⁹ Lei 8.112/90, art. 156: “É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”.

⁸⁰ Lei 9.784/99, art. 3º: “O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (...) IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei”.

⁸¹ Lei Complementar 75/93, art. 254, § 3º: “Se o acusado não tiver apresentado defesa, a comissão nomeará defensor, dentre os integrantes da carreira e de classe igual ou superior à sua, reabrindo-se-lhe o prazo fixado no parágrafo anterior”.

⁸² Lei 8.112/90, art. 164, § 2º: “Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado”.

⁸³ Decreto 71.500/72, art. 9º, § 4º: “O processo é acompanhado por um oficial: a) indicado pelo acusado, quando este o desejar para orientação de sua defesa; ou b) designado pela autoridade que nomeou o

Tal posicionamento vinculadamente sumulado já era verificado em decisões do Supremo Tribunal Federal, conforme os seguintes julgados

EMENTA: - Recurso extraordinário. Procedimento administrativo. Direito à ampla defesa. Participação de advogado.

- Ainda recentemente, esta Primeira Turma, ao julgar o AGRAG 207.197, de que foi relator o eminente Ministro Octávio Gallotti, decidiu que “a extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado”.

- É de notar-se, ainda, que, no caso, tanto não houve qualquer prejuízo para a ampla defesa, como salientou o acórdão recorrido, que os patronos do recorrente, em suas alegações finais, não arguíram qualquer vício quanto ao seu exercício. Recurso extraordinário não conhecido⁸⁴.

EMENTA: Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória⁸⁵.

Dessa forma, a partir da instauração do processo administrativo disciplinar militar terá o militar acusado o direito de ter sua defesa realizada através da constituição de advogado. Contudo, caso o militar não constitua defensor, a comissão processante designará um militar de hierarquia superior para assumir o papel de defensor dativo.

Em defesa da edição da súmula vinculante nº 5, Jorge Cesar de ASSIS dispõe que “aceitar-se a obrigatoriedade da presença de advogado na apuração de simples transgressões ordinárias e corriqueiras da disciplina implicaria em desestabilização do sistema militar, que pressupõe respostas rápidas para o pronto restabelecimento da disciplina e hierarquia”⁸⁶.

Todavia, em que pese tais posicionamentos, jurisprudencial e doutrinário, a edição da súmula vinculante nº 5, sob o pretexto de pacificar a discussão de questões examinadas nas instâncias inferiores do Judiciário, fixou entendimento que representa

Conselho de Disciplina, nos casos de revelia”.

⁸⁴ RE 282.176/RJ – Rel. Min Moreira Alves - j. em 20.11.2001 – 1ª Turma – DJU 08.02.2002.

⁸⁵ RE-AgR 244.027/SP – 1ª Turma – Relª Min. Ellen Gracie – DJU 28.05.2002.

⁸⁶ ASSIS, Jorge Cesar de. A Efemeridade da Súmula 343 do STJ. *Academia de Direito Militar*, ago. 2008. Disponível em: <<http://www.academiadedireitomilitar.com/>>. Acesso em: 02 out. 2008.

um grande retrocesso no meio jurídico, formulando uma leitura que revela grave desconformidade com o estabelecido pela Constituição de 1988, tendo em vista a ocorrência de flagrante violação da garantia constitucional da ampla defesa.

Na verdade, muito antes de buscar uma pacificação constitucional da discussão acerca da obrigatoriedade da defesa realizada por advogado no processo administrativo disciplinar, o Supremo Tribunal Federal parece ter encontrado no instrumento da súmula vinculante uma solução de intuito administrativo-financeiro para as inúmeras ações que versam sobre essa matéria. O que se sumulou foi um posicionamento que visa primordialmente salvaguardar os cofres públicos, livrando as finanças estatais de arcar com o vultoso gasto público que inúmeras reintegrações e indenizações acarretariam caso fosse declarada a obrigatoriedade da defesa técnica no processo disciplinar.

Dessa feita, vê-se que os apelos financeiros soaram mais alto, e o Tribunal que tem a função de desempenhar o papel de guardião da Constituição Federal acabou passando por cima de preceitos essenciais à real concretização de um dos mais fundamentais objetivos constitucionais: a realização da garantia, que por imperativo constitucional deve ser resguardada a todo cidadão e em qualquer espécie de processo: a ampla defesa.

6. CONCLUSÃO

A manutenção da estrutura e do eficaz funcionamento das Forças Armadas, às quais é conferida a nobre missão constitucional de garantir a soberania do Estado, assegurando a defesa da Pátria e das instituições democráticas, torna imprescindível a existência de rigorosos valores e preceitos que orientem a vida militar, como o fazem a hierarquia, a disciplina, o pundonor militar, o espírito de corpo, o patriotismo, entre outras virtudes castrenses.

Tais valores e preceitos, muitos dos quais não encontram similitude na vida civil, posto que decorrentes de atividade que exige uma doação profissional e pessoal incomum quando comparada com os demais exercícios laborativos, podendo até mesmo acarretar sacrifícios extremos, como o da própria vida, requerem a presença de um instrumento capaz de assegurá-los, sob pena de desestrutura completa das Forças Armadas. Tal instrumento consiste no processo administrativo disciplinar militar.

Em correlação com os peculiares ditames militares, peculiar também acaba por ser o processo que os garante. Todavia, não se pode aceitar que referidas particularidades dêem margem à uma atuação administrativa fundada em arbitrariedades e violações de direitos e garantias constitucionalmente concedidos.

Sabe-se que, por muito tempo, o direito militar, embora dotado de legislação própria, orientou-se por rumos que muitas vezes não obedeceram plenamente às previsões legais, situação que, somada ao desconhecimento por parte da classe militar a respeito de seus direitos (principalmente com relação às graduações hierarquicamente inferiores), aos rigores da disciplina militar, e à dificuldade de acesso ao judiciário, estigmatizou o direito militar como sendo um ramo encoberto por obscuridades.

Por outro lado, mesmo seguindo-se as normas dispostas pela legislação militar, necessário se faz que tais dispositivos sejam submetidos e conformados a uma leitura constitucional. A vasta margem de subjetividade que se alastra pelas definições de inúmeras transgressões disciplinares militares, ocasionando a ausência de um grau

mínimo de tipicidade, fere incisivamente o postulado da legalidade. Não é constitucionalmente admissível que uma transgressão disciplinar, que possa acarretar até mesmo uma punição de cerceamento de liberdade, seja estipulada a partir de contornos de tipificação tão vagos. Com tamanha subjetividade, além da violação à cláusula da legalidade, da tipicidade e da discricionariedade administrativa, o direito disciplinar militar fere também a segurança jurídica.

Portanto, pelo imperativo constitucional da legalidade, as transgressões disciplinares militares devem ser claramente definidas, a fim de que se possa propiciar ao acusado a previsibilidade da atuação administrativa, apresentando-se mediante definição límpida quais são as condutas que, se praticadas, importarão em sanção disciplinar. Com a realização de tal leitura constitucional, promove-se a proteção da credibilidade da Administração Pública Militar, revelando uma atuação administrativa transparente e idônea.

Ainda, deve ser propiciada a efetiva realização do contraditório no processo disciplinar castrense, caso contrário, na prática, continuará sendo improvável a constatação de que a autoridade militar julgadora venha a assumir posição de igualdade perante o acusado, dada a inabalável regra da hierarquia que impera no meio castrense. Nesse ponto, vê-se que a garantia de uma defesa efetuada por advogado beneficiaria grandiosamente a verificação de fato de um processo em contraditório.

No tocante à súmula vinculante nº 5, editada pelo Supremo Tribunal Federal, a qual posicionou-se a favor da não obrigatoriedade de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar, esta caracteriza-se como um imenso retrocesso jurídico, inaceitável tendo-se em vista o atual patamar de desenvolvimento atingido pelos direitos constitucional e administrativo pátrios. Ao atentar flagrantemente contra a garantia constitucional da ampla defesa, tal posicionamento destoa de toda a evolução verificada no âmbito do direito administrativo, respeitável meio de concretização de postulados constitucionais.

Lembrando-se mais uma vez tratar-se de um processo que pode culminar com a prisão disciplinar do militar acusado, não se pode conceber que a defesa seja

executada sem o auxílio de um advogado. Primeiramente, vê-se que a realização por advogado da defesa do militar acusado por transgressão disciplinar é primordial para que sejam evitados os prejuízos irremediáveis que o desconhecimento técnico da matéria jurídica podem causar ao processo. Em segundo lugar, percebe-se que a defesa técnica supera os problemas ocasionados por um processo que se desenvolve no seio da caserna, onde ecoam as inafastáveis vozes da disciplina e da hierarquia. Como pode ser plena a realização de uma auto-defesa em um meio que, por sua própria natureza, é desestimulador de qualquer manifestação de contrariedade ou confronto proveniente do subalterno ao seu superior hierárquico, ou daquele que tem o dever de obediência para com aquele que tem o poder de mando? Qualquer manifestação de auto-defesa do militar acusado pode vir a ser entendida pelo seu superior hierárquico como a prática de uma nova transgressão disciplinar (ainda mais quando considerada a excessiva subjetividade na definição de algumas transgressões disciplinares militares), sendo que, somente a observância da garantia da ampla defesa, mediante a obrigatoriedade de defesa técnica, apresenta-se como instrumento capaz de possibilitar uma real defesa, com a participação das partes em um efetivo contraditório.

Dessa feita, a defesa técnica é essencial para garantir a ampla defesa, propiciar o contraditório e, dessa forma, concretizar o devido processo legal no âmbito disciplinar militar.

Nosso ordenamento jurídico é harmonizado pelo respeito aos ditames constitucionais. Assim, todo e qualquer ramo do direito não possui outra opção a não ser a de se submeter a uma leitura em conformidade com a Constituição de 1988. Importante considerar que, embora a legislação administrativa disciplinar militar date de longa data, apenas recentemente o meio militar demonstrou esforços no sentido de dar os primeiros passos ao alcance de uma plena concordância da aplicação do direito disciplinar castrense com o que dispõe o texto constitucional.

O direito administrativo disciplinar militar é um ramo específico dentro do direito administrativo, e que, como tal, encontra-se inserido na noção de Estado de Direito, não

estando apto a furtar-se de cumprir o que dispõe a Constituição vigente, nem mesmo sob o pretexto de preservar seus valores fundamentais, como a hierarquia e a disciplina. As instituições militares não podem mais ser concebidas como um “mundo à parte” dentro do ordenamento nacional. O alcance das garantias constitucionais não pode encontrar barreiras justamente em um de seus mais importantes meios de proteção: as Forças Armadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de direito disciplinar militar**: da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. A Efemeridade da Súmula 343 do STJ. **Academia de Direito Militar**, ago. 2008. Disponível em: <<http://www.academiadedireitomilitar.com/>>. Acesso em: 02 out. 2008.

_____. **Direito Militar**: aspectos penais, processuais penais e administrativos. Curitiba: Juruá, 2001.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial**: uma visão dialética. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAMPOS JUNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e Justiça Militar**: inabaláveis princípios e fins. Curitiba: Juruá, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

COSTA, Alexandre Henrique *et al.* **Direito Administrativo Disciplinar Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

- COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DUARTE, Antonio Pereira. **Direito Administrativo Militar**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FILOCRE, Laurentino de Andrade. **Polícia Militar: Segurança ou Ameaça?** Belo Horizonte: Armazém de Idéias, 2004.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- HEUSELER, Elbert da Cruz. **Processo Administrativo Disciplinar Militar à Luz dos Princípios Constitucionais e da Lei nº 9.784 de 1999**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- HUESO, Lorezo Cotino. **El modelo Constitucional de Fuerzas Armadas**. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- IGOUNET, Oscar; IGOUNET (h). **Código de Justicia Militar – Anotado com Jurisprudência y doctrina nacional y extranjera**. Buenos Aires: Libreria del Jurista, 1985.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: com comentários à MP 2026, que disciplina o pregão**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- LAZZARINI, Álvaro. **Temas de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. vol. 1.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade**. Leme: Editora do Direito, 1996.

_____. Direito Constitucional Militar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/>>. Acesso em: 02 out. 2008.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9784/99**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NETO, José da Silva Loureiro. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 1993.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Teoria Geral do Ilícito Disciplinar Militar: um ensaio analítico**. Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Imprensa Oficial, jul./dez. 2004, p. 191-206.

_____; STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de Direito Penal Militar**. v. 1, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA DA SILVA, Jorge Luiz de. **Assédio moral no ambiente de trabalho militar**. Florianópolis: Revista de Direito Militar, n. 57, , jan./fev. 2006.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reiventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **As Forças Armadas na Constituição**. Coleção Taunay. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1955.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

VALLA, Wilson Odirley. **Deontologia Policial Militar – Ética Profissional**. 3. ed. V. II. Curitiba: Publicações Técnicas da Associação da Vila Militar, 2003.

VIEIRA, José Roberto. Segurança Jurídica: Questão de Civilização (item 1), *in* Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito**. São Paulo: Noeses, 2005.