



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MAURÍCIO CARDOSO SILVA

OS VÍCIOS NO PROCESSO DE APURAÇÃO DA TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR
NO DECRETO 4.346/02

JUIZ DE FORA
2018

MAURÍCIO CARDOSO SILVA

**OS VÍCIOS NO PROCESSO DE APURAÇÃO DA TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR
NO DECRETO 4.346/02**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Hermes Machado da Fonseca

JUIZ DE FORA – MG

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

MAURICIO CARDOSO SILVA

Aluno

OS VICIOS NO PROCESSO DE APROVAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DISCIPLINAR NO DECRETO 4.346/02

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

[Assinatura]
Orientador

[Assinatura]
Membro 1

[Assinatura]
Membro 2

Aprovada em 12 / 12 / 2018.

Dedico esse trabalho à minha família que sempre me apoiou, ao meu orientador Prof. Hermes, que levarei como exemplo de profissional e em especial a minha namorada Marina, que sempre esteve ao meu lado nos momentos mais difíceis.

Porque dele, e por ele, e para ele
são todas as coisas; glória, pois, a ele
eternamente. Amém!

Romanos 11:36

RESUMO

Seja na esfera administrativa ou judicial, a observância das regras estabelecidas pela Constituição Federal são obrigatórias e primordiais para o efetivo andamento dos processos. O presente trabalho visa analisar os vícios no processo de apuração da transgressão militar no âmbito do Exército Brasileiro, que tem por base o Decreto 4.346/02, Regulamento Disciplinar do Exército. Foi feita uma análise frente aos princípios constitucionais assegurados na Carta Magna de 1988, como o princípio da presunção de inocência, ampla defesa e contraditório e a imparcialidade nos julgamentos, tendo em vista que a inobservâncias dos referidos princípios, afetam não só o militar prejudicado no processo administrativo, mas ao Estado Democrático de Direito como um todo. Após a discussão sobre o tema, foi possível concluir que em alguns casos, há sim ilegalidades na apuração da transgressão pelo desrespeito a tais princípios.

Palavras-Chave: Direito disciplinar. Militar. Vícios. Processo administrativo. Decreto 4.346/02.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	10
2.1 Dignidade da Pessoa Humana	10
2.2 Acesso à justiça.....	12
2.3 Ampla defesa e contraditório	14
2.5 Princípios norteadores da Administração Pública	19
3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	21
3.1 Direito militar.....	21
3.2 Hierarquia e disciplina	22
3.3 Processo administrativo disciplinar militar	23
4 ATOS ADMINISTRATIVOS.....	25
4.1 Atos administrativos militares	26
4.2 Requisitos do ato disciplinar militar	26
4.3 Proporcionalidade e razoabilidade do ato disciplinar militar	28
5 DECRETO 4.346/02 (REGULAMENTO DISCIPLINAR DO EXÉRCITO).....	30
5.1 Natureza jurídica	30
5.2 A inconstitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército.....	31
5.3 A transgressão disciplinar militar	33
5.4 A avaliação da punição disciplinar pela Justiça Comum.....	35
5.5 Vícios no processo de apuração da transgressão disciplinar	37
5.5.1 Presunção da inocência	37
5.5.2 Ampla defesa e contraditório	39
5.5.3 Imparcialidade nos julgamentos.....	43
6 CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

O Decreto 4.346/02, Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), tem por objetivo especificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas a punições no âmbito do Exército Brasileiro. Dentre os dispositivos ali consagrados, no que tange à apuração da transgressão disciplinar, existem alguns procedimentos, que para alguns doutrinadores, confrontam diretamente aos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, tornando todo o processo eivado de vícios.

Sabemos que em qualquer processo, seja ele administrativo ou não, a observância de alguns princípios são fundamentais para garantir um processo justo, imparcial e eficaz. A Constituição Federal de 1988 trouxe diversos princípios a serem observados, como Dignidade da Pessoa Humana, que para a Professora Flávia Piovesan seria um 'super princípio constitucional', Devido Processo Legal, Presunção de Inocência, Imparcialidade nos julgamentos e inúmeros outros que além da Constituição, podem ser encontrados também na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Em tal contexto, este trabalho visou analisar o processo de apuração da transgressão disciplinar e sua aplicação, de modo a verificar se há divergências com os princípios constitucionais que norteiam o processo administrativo disciplinar resguardados em nossa Carta Magna.

Inicialmente, no primeiro capítulo foram abordados alguns princípios constitucionais referentes ao tema, como dignidade da pessoa humana, acesso à justiça, ampla defesa e contraditório, e por fim, os princípios norteadores da administração pública constantes no art. 37 da CRFB/88.

No segundo capítulo, abordou-se o conceito de processo administrativo, ramificando-se no conceito de direito militar, hierarquia e disciplina, que são princípios primordiais na vida militar, e o processo administrativo disciplinar militar.

No terceiro capítulo foi trabalhado os atos administrativos, especificamente no que se refere a ato administrativo militar, seus requisitos e a proporcionalidade e razoabilidade dos atos disciplinares militares.

Por último, no capítulo quatro, foi abordado o foco efetivamente no presente trabalho, o estudo sobre o Decreto 4.346/02, Regulamento Disciplinar do Exército, mais especificamente os vícios no processo de apuração da transgressão militar. Foi vista a

natureza jurídica do presente regulamento, a sua possível inconstitucionalidade de acordo com alguns doutrinadores e jurisprudências, o conceito de transgressão militar e os vícios no processo de apuração da transgressão, no que tange a presunção de inocência, a ampla defesa e contraditório e a imparcialidade nos julgamentos dos processos disciplinares.

Foi concluído que no processo de apuração da transgressão disciplinar no Exército Brasileiro, com base no Decreto 4.346/02, há sim vícios que comprometem o devido processo legal e o próprio Regulamento como um todo é inconstitucional, uma vez que na forma de Decreto, traz hipóteses de penas privativas de liberdade, o que fere a Constituição Federal em seu artigo 5º, LXI.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios são normas jurídicas que servem, além de diretrizes para a interpretação legislativa, mas também como limites a atuação dos juristas. São um conjunto de preceitos que servem como base para o direito.

2.1 Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana possui tamanha importância em nossa sociedade, que o Constituinte fez questão de defini-la, não só como princípio, mas como Fundamento da República, afim de assegurar o Estado Democrático de Direito.

Para Plácido e Silva (1965, p. 536):

[...]dignidade é a palavra derivada do latim dignitas (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

Para José Afonso da Silva (2010, p. 40):

Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda vida nacional.

O constitucionalismo contemporâneo foi forte influência à criação de tal fundamento, e adotá-lo como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, é reconhecer o indivíduo como centro para o direito. A doutrina majoritária entende que a dignidade da pessoa humana possui valor absoluto, não podendo jamais ser limitado em prol de outros princípios. Todavia, alguns não entendem dessa forma.

O que nos parece deva ficar consignado é que não se deve confundir a necessidade de harmonizar, no caso concreto, a dignidade na sua condição de norma-princípio (que, por definição admite vários níveis de realização) com outros princípios e direitos fundamentais, de tal sorte que se poderá tolerar alguma relativização, com a necessidade de respeitar, proteger e promover a igual dignidade de todas as pessoas,

não olvidando que, antes mesmo de ser norma jurídica, a dignidade é, acima de tudo, a qualidade intrínseca do ser humano e que torna merecedor ou, pelo menos, titular de uma pretensão de respeito e proteção. (SARLET, 2002, p. 143)

A dignidade da Pessoa Humana, prevista logo no art. 1º, III da CF/88, confere ao indivíduo, direitos que devem ser respeitados pela sociedade como um todo e principalmente pelo Poder Público, afim de valorizar o ser humano.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou a respeito de tal princípio fundamental.

[...] o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (...). (HC 95464, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466)

Para termos ideia de quão importante a Dignidade da Pessoa Humana representa à sociedade civil e militar, basta observarmos a matéria consagrada em tratados internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto San José da Costa Rica, assinado em 1969 por países que integram a Organização dos Estados Americanos (OEA).

Quando falamos de direitos humanos, não podemos deixar de citar o marco internacional sobre o tema, que foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada em 1948, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), que é a base da luta universal contra a opressão e a discriminação, defende a igualdade entre as pessoas e reconhece que os direitos humanos e as liberdades universais devem ser aplicados a todos os indivíduos.

É importante salientar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não possui vinculação jurídica com os Estados que a assinaram, mas apenas um reconhecimento formal da matéria apresentada, perante à ONU.

É de tamanha importância a DUDH para o cenário internacional, no que tange aos direitos humanos, uma vez que despertou nos Estados, uma atenção redobrada em assegurar aos indivíduos, seus direitos de liberdade, igualdade, sociais, econômicos, culturais, dentre outros.

A dignidade da pessoa humana pode ser entendida como limite para a atuação estatal, que para Alexandre de Moraes (2003, p.41) :

Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos;

A dignidade da pessoa humana constitui um valor que aproxima a consumação dos direitos fundamentais, em todas as suas gerações, sendo o Estado Democrático de Direito, único meio capaz de oportunizar a efetividade dessas garantias constitucionais.

2.2 Acesso à justiça

Previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição federal, segundo o qual, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

No direito administrativo, podemos destacar dois sistemas de jurisdição, que são regimes adotados pelo Estado para controle dos atos ilegais praticados pelo poder público.

O primeiro é o Sistema Inglês, onde desde a Constituição de 1891, o Brasil o adotou, sendo definido como Sistema de Jurisdição Única ou Sistema Judiciário, ou seja, nesse modelo, todos os litígios, sejam eles administrativos ou judiciais, somente podem ter decisões com força de trânsito em julgado, após a análise do Poder Judiciário. Já no segundo, conhecido como Sistema Francês ou Contencioso Administrativo, define uma dualidade de jurisdição, sendo uma de índole administrativa e outra judicial, sendo que em ambas, seria possível ter sentenças transitadas em julgado, cada qual na sua esfera, sem interferência da outra.

Para Capelletti e Garth (1988, p.8):

[...] para quem a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

A Constituição Federal, conhecida como Constituição Cidadã, como forma de efetivar ainda mais o acesso à justiça e os direitos humanos, trouxe em seu texto a figura da Defensoria Pública (art. 134) e da justiça gratuita (art. 5º, LXXIV).

Art. 134 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV.

§ 1º - Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2º - Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Acrescentado pela EC-000.045-2004)”

Art. 5º, LXXIV – O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

A Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, também trouxe em seu texto, especificamente no artigo 8º, 1, a garantia do acesso à justiça, que diz:

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Apesar de todo o esforço por parte do Poder Público em garantir o acesso à justiça efetivo à sociedade, ainda existem alguns impedimentos que dificultam a concretização desse direito.

Pode-se destacar inicialmente os obstáculos econômicos. Os honorários advocatícios, sucumbenciais e as elevadas custas processuais, são grandes inibidores ao acesso à justiça. Outro fator impeditivo à justiça é a morosidade processual. O grande número de processos e a escassez de serventuários judiciais, fazem com que as demandas sejam cada vez mais lentas.

Nesse paralelo, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988), construíram a teoria de 'ondas renovatórias para o acesso à justiça'.

A primeira onda para Cappelletti, tem relação ao acesso dos hipossuficientes ao processo. A dificuldade financeira para se constituir um advogado particular e a falta de conhecimento de seus direitos, os distanciavam cada vez mais do Judiciário. A segunda onda, diz respeito a alcançar todos os interessados no processo, mesmo que estes não sejam ativos

no mesmo. Já a terceira onda, preza pela criação dos Juizados Especiais e de uma maior efetividade da conciliação, mediação e arbitragem.

Na definição de Cappelletti e Garth (1988), as três ondas devem se completar para que haja uma real concretização do acesso à justiça.

Nesse contexto, assim afirma Cândido Rangel Dinamarco (2001, p.115)

Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do processo justo, ou processo equo, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados.

2.3 Ampla defesa e contraditório

Os princípios da ampla defesa e contraditório, princípios esses contidos no devido processo legal, encontram amparo na Constituição Federal de 1988, que remonta à *Magna Charta Libertatum* de 1215, de vital importância no direito anglo-saxão, como direito e garantia fundamental do indivíduo. Positivado no art. 5º, inciso LV, a ampla defesa e contraditório é princípio basilar no processo judicial ou administrativo.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Por contraditório, podemos entender que consiste no direito do réu em ser ouvido e dos demais interessados no processo deporem antes que seja dada a decisão. A expressão *audiatur et altera pars*, muito utilizada no âmbito jurídico, significa justamente 'ouça também a outra parte', como forma de garantir o contraditório.

Já por ampla defesa, pode-se dizer que é o direito do réu em usar todos os meios afim de se conquistar seu direito, seja por meio de recursos ou provas, podendo ser de duas formas: autodefesa ou defesa técnica. A autodefesa pode ser feita pelo próprio acusado, como o direito ao silêncio, o direito ao interrogatório, o próprio direito à audiência, dentre outros, sendo um direito disponível. Já a defesa técnica consiste na possibilidade do acusado em nomear um

procurador habilitado, podendo ser um advogado particular ou através de um Defensor Público.

Em relação ao conceito de ampla defesa e contraditório, o professor Jorge César de Assis define (2013, p. 249):

Por contraditório em ampla defesa deve-se entender, além da observância pela Administração Pública Militar do rito adequado, a cientificação do processo ao acusado, a oportunidade de contestar a acusação, produzindo provas que entender necessárias e que sejam admitidas em Direito, o acompanhamento dos atos da instrução e a utilização dos recursos cabíveis.

Para Alexandre de Moraes (2016, p. 112) :

[...] por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor -se - lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Caso não seja observado tais princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, todo o processo, independente de sua esfera, pode ser declarado nulo, conforme decisões jurisprudenciais.

APELAÇÃO CRIMINAL. NULIDADE ABSOLUTA. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. 1. Corolários do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório são princípios de observância obrigatórios, sob pena de nulidade da decisão. 2. Não se verificando defesa técnica suficiente é de se reconhecer a nulidade absoluta do processo. 3. Preliminar acolhida, declarando-se nulo o processo desde as alegações finais.

(TJ-ES - APL: 00211453320088080035, Relator: PEDRO VALLS FEU ROSA, Data de Julgamento: 14/04/2010, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 28/06/2010)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO. RECURSO ADMINISTRATIVO. EDITAL. PROIBIÇÃO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. 1) Ao vedar a possibilidade de recurso administrativo em face do resultado das provas discursivas, o edital afronta direito constitucionalmente assegurado aos candidatos, qual seja, o exercício do contraditório e da ampla defesa. 2) Ordem concedida, em parte.

(TJ-AP - MS: 96406 AP, Relator: Desembargador EDINARDO SOUZA, Data de Julgamento: 26/07/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DOE 3828, página (s) 14 de 15/08/2006)

É importante destacar que, assim como os demais direitos fundamentais estampados em nossa Constituição Federal, a ampla defesa e o contraditório podem ser mitigados em determinadas situações. Um exemplo clássico é o inquérito policial, que podemos enquadrá-lo

como fase pré-processual, assim sendo, de acordo com a doutrina majoritária, não há que se observar tais institutos no inquérito, sob pena de prejudicar as investigações, uma vez que não há acusado, mas sim indiciado, sendo que o inquérito policial tem natureza inquisitiva e diversa do próprio processo judicial.

O mais importante de todos os exemplos diz com a possibilidade de exercício do direito à ampla defesa em sede de inquérito policial que nada mais é do que procedimento administrativo pré-processual. A inexistência do contraditório e da ampla defesa nestes casos, quando não há medida evasiva deferida e executada, demonstra o quão relativo pode ser o presente instituto. (MENDES ; BRANCO , 2017, p. 396) .

2.4 Proibição de provas ilícitas

As provas são de grande importância no processo, pois é a partir delas, que o julgador irá decidir a sentença. Para que as mesmas sejam aceitas, devem ser obtidas de forma lícita, sob pena de nulidade.

A proibição das provas ilícitas no processo, encontra respaldo não só na Constituição Federal de 1988, mas também em outras legislações infraconstitucionais.

A CF/88 traz em seu artigo 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Já o Código de Processo Penal, diz em seu artigo 157 que:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Na seara administrativa, a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo federal, traz a proibição das provas ilícitas em seu artigo 30 que diz que "São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos".

O direito de produção de provas constitui um direito fundamental do indivíduo no processo, especificamente no que tange ao acesso à justiça, contraditório e ampla defesa.

Todavia, a não observância da legalidade das provas, pode ocasionar ameaça ao devido processo legal e ao próprio Estado Democrático de Direito

Conforme decidiu o Plenário do STF, na APn 307-3, sobre a vedação da utilização das provas ilícitas, assim se posicionou:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade. É um pequeno preço que se paga por viver-se em um Estado Democrático de Direito.

Mas como já é sabido por todos, não há nenhum direito absoluto, sendo assim, não seria diferente com o disposto no art. 5º, LVI da CF, havendo uma relativização em alguns casos, conforme preceitua o Professor e atual Ministro do STF Alexandre de Moraes (2003, p. 97):

Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

Como pode-se observar acima, parte da doutrina entende que a proibição das provas ilícitas não possui caráter absoluto, podendo ter seus efeitos relativizados em alguns casos. Exemplo disso é quando a única forma de um indivíduo provar sua inocência for através de uma prova ilícita, ou seja, em prol do princípio da inocência a mesma será aceita. Tal posicionamento é conhecido por corrente obstativa atenuada pela teoria da proporcionalidade.

Outro aspecto de grande importância concernente ao tema, é a chamada 'Fruits Of The Poisonous Tree', que no sentido original traduzido ao português significa " Teoria do Frutos da Árvore Envenenada". Tal teoria diz respeito às provas ilícitas por derivação, ou seja, uma árvore envenenada dará frutos envenenados, trazendo essa ideia ao processo, significa que os vícios contidos em uma prova ilícita, alcança todas as demais derivadas daquela.

O Código de Processo Penal traz o assunto em seu art. 157, §§ 1º e 2º:

Art. 157 - § 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato típico objeto da prova.

Como nos demais assuntos abordados acima, existem também exceções à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, como é o caso de descobrimento inevitável, tendo em vista que uma hora ou outra tal prova viria à tona, assim sendo, não há que a declarar como nula.

Veja-se como os tribunais tem se posicionado acerca dessa teoria:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ABSOLVIÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. CONSUMAÇÃO QUE SE PROLONGA NO TEMPO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA. RETORNO DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM PARA REGULAR PROSSEGUIMENTO. RESTAURAÇÃO DA CUSTÓDIA. DENÚNCIA-CRIME JÁ RECEBIDA. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NESTA PARTE. PROVIMENTO QUANTO AOS DEMAIS FUNDAMENTOS. (TJ-RN - ACR: 51998 RN 2007.005199-8, Relator: Desª. Judite Nunes, Data de Julgamento: 02/05/2008, Câmara Criminal, Data de Publicação: 08/05/2008)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE MUNIÇÕES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA ORIGINÁRIAS ILÍCITAS, TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO. Os dados de comunicação de telefonia estão acobertados pelo sigilo, permitindo a coleta para fins de investigação de fato criminoso, mediante autorização judicial específica e fundamentada, cedendo à regra constitucional da inviolabilidade, assegurada pelo art. 5º, inciso X e XII, da Carta da República, pelo que a inobservância faz com que a prova produzida a partir dela seja ilícita, trazendo como consequência sua invalidade para embasar eventual juízo de condenação. APELO PROVIDO. (TJ-GO - APR: 04320686520158090072, Relator: DR(A). SIVAL GUERRA PIRES, Data de Julgamento: 14/03/2017, 2ª CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2393 de 24/11/2017)

Pode-se concluir que, as provas ilícitas e as advindas de meios ilícitos, são inadmissíveis no processo, com exceção dos casos supracitados, não havendo necessidade de anulação de todo o processo, mas apenas das provas ilegais.

2.5 Princípios norteadores da Administração Pública

A Constituição Federal, em seu artigo 37, trouxe à Administração Pública um rol de princípios a serem seguidos pelos agentes públicos em geral.

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]"

A Lei Federal 9.784/99, em seu artigo 2º, também trouxe estampado em seu texto alguns princípios inerentes à Administração Pública.

"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. [...]"

Além dos princípios supramencionados, a doutrina também define vários outros princípios a serem observados pela Administração Pública, mas que não será objeto de estudo no momento.

a) Princípio da legalidade: O referido princípio, além de estar contido no art. 37 da CF, podemos observá-lo também no art. 5º, II da Carta Magna, onde diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. No caso da Administração Pública, ela só pode fazer o que a lei permite, a *contrário sensu* do particular, na qual pode fazer tudo que a lei não proíbe. É considerado pela doutrina, o maior princípio no direito administrativo, pois a partir dele, deriva diversos outros princípios. Nas palavras do doutrinador e Ministro do STF Alexandre de Moraes (2003, p. 243) "Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica."

b) Princípio da impessoalidade: Impõe ao administrador público a prática dos atos administrativos de maneira imparcial, observando sempre o seu fim legal. Parte da doutrina, como Hely Lopes Meirelles, entende que tal princípio nada mais é que o próprio princípio da finalidade. O agente público, sendo apenas um meio para manifestação da vontade estatal, não deve agir com interesses subjetivos, mas sim como um mero executor do ato. A igualdade de

tratamento deve ser observada a todo momento, de modo que traga à sociedade, plena segurança jurídica em relação à Administração Pública.

c) Princípio da moralidade: A moralidade administrativa impõe à Administração Pública o dever de agir com lealdade, boa-fé, decoro, probidade e seguir padrões éticos de comportamento. Parte da doutrina entende que o princípio da moralidade, é parte integrante do próprio princípio da legalidade, enquanto outros, corrente majoritária, entendem ser um ramo autônomo. Segundo Pedro Lenza (2014, p. 1417) " [...]o controle da moralidade não se confunde com o mérito administrativo e, por isso, pode ser fundamento autônomo para invalidação de ato administrativo, por meio inclusive da ação popular [...]".

d) Princípio da publicidade: Está ligado à perspectiva de transparência, na qual constitui dever da Administração Pública em todos os seus atos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 5º - XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Como forma de garantir a concretização da transparência, o próprio texto constitucional trouxe o *Habeas Corpus* e o *Habeas Data* como remédios constitucionais que podem ser exercidos pelos cidadãos, visando a obtenção ao direito à informação.

Cabe ressaltar, que o administrador público não pode utilizar-se do princípio da publicidade como forma de se autopromover, sob pena de violação ao princípio da impessoalidade. A publicidade deve ter caráter informativo/educativo ou de orientação social.

e) Princípio da eficiência: Inserido pelo emenda constitucional 19/98, tal princípio, segundo José Afonso da Silva (2010, p. 342) "[...]consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdade dos consumidores".

Nada mais é que, fazer com que a administração Pública, tenha maior rendimento, da melhor maneira possível, com perfeição, celeridade e menor custo, de modo que ande lado a lado com o princípio da legalidade.

3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O Processo Administrativo Disciplinar é o meio pelo qual a Administração Pública apura a responsabilidade do servidor ou quem possua relação jurídica com a Administração, por infrações praticadas no exercício da função ou que tenha relação com as atribuições do cargo ocupado.

3.1 Direito militar

É o ramo do direito que estuda as legislações aplicadas aos militares em geral, englobando as Forças Armadas - Exército, Marinha e Força Aérea Brasileira - e também as Forças Auxiliares - Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares. É conhecido também por Direito Castrense, expressão latina que retoma os acampamentos militares ou o que era falado pelos militares.

Os servidores públicos militares, estão inseridos em uma categoria especial, pois possuem direitos, deveres e prerrogativas próprias, muitas vezes não exigidos aos servidores civis. Um exemplo de dever conferido aos militares é o *tributo sanguinis*, que do Latim significa tributo de sangue, ou seja, se preciso for, os militares farão o sacrifício da própria vida no cumprimento de seus deveres funcionais para proteção da nação.

Historicamente, com a chegada da família real portuguesa em 1808 no Brasil, foi criado o Conselho Militar e de Justiça, que mais tarde se transformou no atual Superior Tribunal Militar com sede em Brasília. Diante disso, o legislador constituinte possibilitou aos militares o direito de serem julgados por uma justiça especializada, no caso dos militares Federais, a Justiça Militar da União, e no caso dos militares estaduais e distritais, a Justiça Militar dos estados e do Distrito Federal.

3.2 Hierarquia e disciplina

A hierarquia e disciplina são os principais pilares inseridos na vida militar. Com amparo não só em legislações infraconstitucionais, como a Lei 6.880/80 em seu artigo 14, mas também em nossa Constituição Federal em seus artigos 42 e 142.

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é 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 respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

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

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

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.

Para Wilson Odirley Valla (2003), a hierarquia e disciplina são valores centrais das instituições militares, baseados no dever de obediência e subordinação, que algumas particularidades não são observadas no meio civil.

A hierarquia e disciplina constituem a base das organizações militares, condensando valores militares como o respeito à dignidade humana, o patriotismo, o civismo, a lealdade, a honra, a honestidade e a coragem. Pode-se inferir que do servidor público militar espera-se sua participação efetiva no espírito de corpo, no cumprimento irrestrito dos deveres éticos e dos valores militares. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF : 20150110309555 0004696-40.2015.8.07.0016)

De hierarquia podemos observar os poderes de comando, obediência, fiscalização, revisão, delegação e avocação, ou seja, há um escalonamento em ordem vertical, devendo sempre pautar-se dentro dos limites da legalidade. A primeira citação de hierarquia ocorreu na Constituição de 1891. Já por disciplina, temos o pronto cumprimento dos deveres e o acatamento às leis produzidos por cooperação espontânea e não por receios de castigos, mas por exteriorização da ética profissional militar. Ocorreu pela primeira vez a citação de disciplina nas Forças Armadas na Constituição do Império de 1824.

Sem a hierarquia e disciplina dentro das Forças Armadas teríamos na verdade 'bandos armados'. Seus principais objetivos são: patriotismo, honra, espírito de corpo, dignidade da pessoa humana, civilidade, pundonor militar, dentre outros.

Com objetivo de resguardar a eficácia da hierarquia e disciplina, o constituinte originário trouxe no Art.142, parágrafo 2º a impossibilidade de impetração de Habeas Corpus em relação às punições disciplinares militares no que diz respeito ao mérito, mas no que tange a legalidade é plenamente cabível de acordo com o princípio da inafastabilidade do poder judiciário (Art. 5º, XXXV da CF/88).

Segundo Assis (2013), caso fosse cabível o *habeas corpus* em qualquer situação de punição disciplinar militar, seria um afrontamento do subordinado ao superior, podendo gerar um enfraquecimento do Comando caso este não pudesse exercitar o poder disciplinar e hierárquico conferido ao mesmo, sem falar a possibilidade de ensejar inúmeros processos judiciais entre militares.

3.3 Processo administrativo disciplinar militar

Para iniciar o tema processo administrativo, deve-se primeiramente fazer uma breve consideração sobre o termo 'processo administrativo'. Apesar de ser usado a terminologia 'processo administrativo', esta não se confunde com o processo judicial.

No processo judicial há uma relação triangular, ou seja, no topo o Estado/Juiz, que age com imparcialidade na apuração do caso, sem nenhum interesse na causa. Já na base temos as partes, autor e réu, os quais tem assegurados igualdade de direitos e obrigações conforme determina a lei. Nesse caso, em regra, o processo inicia-se por iniciativa de uma das partes. Aqui terá o instituto do trânsito em julgado da sentença condenatória, na qual não cabe mais recurso e a causa é julgada por definitivo.

Na seara administrativa há uma relação bilateral, iniciada pela própria Administração Pública ou pela parte interessada, nesse caso, a Administração age como parte interessada na causa, ou seja, de forma parcial, atuando em prol de seus interesses mas nos limites da lei. Ao contrário do processo judicial em que há o trânsito em julgado da sentença, aqui não haverá tal instituto, sempre podendo ser discutido em juízo conforme determina o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, consagrado no Art. 5º, XXXV da CRFB/88.

Assim sendo, deve-se observar que apesar de ser usado o termo 'processo' tanto na seara administrativa, quanto na judicial, esta não se confunde com aquela.

Em se falando de processo administrativo, deve ser feita uma sucinta distinção entre processo e procedimento. Conforme preceitua Jorge Cesar de Assis (2013), processo relaciona-se intimamente ao direito material em si. É o meio pela qual se obtém a solução ou obtenção de uma tutela judicial ou administrativa. Procedimento, palavra originada do latim que significa prosseguir. Nada mais é que o rito processual. Modo do qual se realiza o processo.

O processo administrativo disciplinar militar é o meio pela qual a Administração Pública Militar, no nosso caso em estudo o Exército Brasileiro, possui para apurar faltas disciplinares através do Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar (FATD) e da sindicância. Conforme positivado em nossa Carta Magna de 1988, em seu Art. 5º, LV, deve ser assegurado aos litigantes em processo administrativo ou judicial, o contraditório e a ampla defesa.

Art. 5º, 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;"

No âmbito da Administração Pública Federal, a Lei 9.784/99 é que regula o processo administrativo, devendo de forma subsidiária, conforme o Art. 69, ser aplicada aos processos administrativos disciplinares no Exército Brasileiro.

Art. 69. "Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando -se -lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei."

Nesse mesmo viés, além da observância ao regulamento disciplinar, no caso o Decreto 4.346/02, deve ser seguido o que dispõe o Decreto 71.500/72, que trata sobre o Conselho de Disciplina, e a Lei 5.836/72, sobre o Conselho de Justificação.

O Conselho de Disciplina visa julgar da incapacidade do Guarda-Marinha, do Aspirante a Oficial e das demais praças das Forças Armadas com estabilidade assegurada, para permanecerem na ativa, respeitando todos os direitos trazidos pela Constituição Federal, como ampla defesa e contraditório. Tal processo tem por objetivo constatar a incapacidade moral e profissional de tais militares em decorrência de atos que transcendem ao Regulamento Disciplinar do Exército.

Já o Conselho de Justificação é destinado a julgar, pelos mesmos motivos supracitados no Conselho de Disciplina, a incapacidade do oficial das Forças Armadas, militar de carreira, para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se defender conforme dispõe o princípio do devido processo legal.

4 ATOS ADMINISTRATIVOS

É todo ato emanado pela Administração Pública, ou de quem a represente, com prerrogativa de direito público, com objetivo de extinguir algum direito, modificá-lo, criar obrigações, dentre outros, usando da supremacia do interesse público. Contudo, não pode ser confundido com contrato administrativo, que nada mais é que um acordo firmado entre a Administração Pública e um particular, onde há reciprocidade entre eles, de modo que não há supremacia do Estado sobre o particular, mas uma relação de horizontalidade.

Para Carvalho Filho (2015, p.109):

O ato administrativo pode ser conceituado como "a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público".

O ato administrativo pode ser vinculado ou discricionário. Considera ato administrativo vinculado todo aquele que não há uma margem de escolha por parte do agente público. Nesse caso diz que não há o juízo de valor, ou seja, conveniência e oportunidade. Todos seus elementos constitutivos são vinculados à lei.

Já o ato discricionário, o agente público possui uma certa liberdade para agir conferida pela lei. Nesse caso há o juízo de valor, cabendo ao servidor decidir o critério de conveniência e oportunidade no caso concreto, todavia, não pode o administrado se afastar da finalidade do ato, ou seja, o interesse público. Cabe ressaltar que ato discricionário não pode ser confundido com ato arbitrário. Este está fora dos limites legais, há excesso. Aquele encontra-se dentro da margem permitida em lei.

Cabe ressaltar que nos atos vinculados que estejam eivados de vícios, cabe sua anulação, seja pela Administração Pública através do poder de auto - tutela, ou através do Poder Judiciário, desde que provocado. Nos atos discricionários que estejam viciados, cabe anulação pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, e também sua revogação por critérios de conveniência e oportunidade, somente pela Administração Pública.

4.1 Atos administrativos militares

Como pode-se notar, os atos administrativos, compõe-se da manifestação unilateral da Administração Pública, não diferente, no ramo do militarismo, para ser considerado ato administrativo militar, há que se ter tal condição.

Os atos podem ser típicos e atípicos. Os considerados atípicos são aqueles que não guardam uma relação íntima com a carreira militar. São atos administrativos gerais. Como por exemplo, aplicação de penalidades em processo licitatório, nomeação ou exoneração de servidor civil pertencente a algum órgão militar e etc. Os atos administrativos típicos, são aqueles que estão intrinsecamente ligados à seara militar. Como por exemplo, punição e licenciamento de militar.

Quanto aos efeitos os atos podem ser constitutivos ou declaratórios. Os atos constitutivos são aqueles que criam, extinguem ou modificam direitos e obrigações já existentes. Exemplo: punições e promoções. Os declaratórios apenas reconhecem alguma situação já preexistente. Como por exemplo, emissão de um certificado de reservista.

Os atos administrativos em geral, possuem presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade. A presunção de legitimidade e veracidade, consagra que, devido ao princípio da legalidade, onde o administrador público só pode fazer o que a lei determina, os atos são emanados dentro dos limites da lei, cabendo a quem interessar, fazer prova em contrário. A imperatividade diz respeito ao acatamento com ou sem concordância do militar. Uma vez que há o caráter compulsório do ato. Já a autoexecutoriedade, dentro dos limites que a lei permite, proporciona a administração pública militar a aplicação imediata do ato administrativo, cabendo em casos de violação a direitos de outrem, a tutela jurisdicional.

4.2 Requisitos do ato disciplinar militar

Os atos administrativos necessitam de alguns requisitos, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

A competência, no caso do ato disciplinar militar, diz respeito ao sujeito competente para aplicar determinada punição ao militar ou para exercer determinadas atividades. É um elemento vinculado de um ato administrativo, definida em lei. A competência é intransferível e irrenunciável, porém a lei permite que a execução do ato seja delegada ou avocada, desde que não se trate de competência exclusiva.

A Finalidade do ato administrativo, em sentido amplo, será sempre o interesse público. Em sentido estrito, será o resultado específico que o ato quer produzir. Exemplo: punição de um militar por descumprimento de ordem. Finalidade em sentido amplo será o interesse público para preservação da hierarquia e disciplina, princípios basilares do militarismo. Já em sentido estrito, será a reeducação do militar.

O requisito da forma é como o ato administrativo se exterioriza, sendo vinculado e indispensável à sua perfeição. Em se tratando de um processo administrativo disciplinar, o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), segue um padrão próprio que é estipulado em seu art. 34.

Art. 34. A aplicação da punição disciplinar compreende:

- I - elaboração de nota de punição, de acordo com o modelo do Anexo II;
- II - publicação no boletim interno da OM, exceto no caso de advertência; e
- III - registro na ficha disciplinar individual.

§ 1º A nota de punição deve conter:

- I - a descrição sumária, clara e precisa dos fatos;
- II - as circunstâncias que configuram a transgressão, relacionando-as às prescritas neste Regulamento; e
- III - o enquadramento que caracteriza a transgressão, acrescida de outros detalhes relacionados com o comportamento do transgressor, para as praças, e com o cumprimento da punição disciplinar.

§ 2º No enquadramento, serão mencionados:

- I - a descrição clara e precisa do fato, bem como o número da relação do Anexo I no qual este se enquadra;
- II - a referência aos artigos, parágrafos, incisos, alíneas e números das leis, regulamentos, convenções, normas ou ordens que forem contrariados ou contra os quais tenha havido omissão, no caso de transgressões a outras normas do ordenamento jurídico;
- III - os artigos, incisos e alíneas das circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou causas de exclusão ou de justificação;
- IV - a classificação da transgressão;
- V - a punição disciplinar imposta;
- VI - o local para o cumprimento da punição disciplinar, se for o caso;
- VII - a classificação do comportamento militar em que o punido permanecer ou ingressar;
- VIII - as datas do início e do término do cumprimento da punição disciplinar; e
- IX - a determinação para posterior cumprimento, se o punido estiver baixado, afastado do serviço ou à disposição de outras autoridades.

§ 3º Não devem constar da nota de punição comentários deprimentes ou ofensivos, permitindo-se, porém, os ensinamentos decorrentes, desde que não contenham alusões pessoais.

§ 4º A publicação em boletim interno é o ato administrativo que formaliza a aplicação das punições disciplinares, exceto para o caso de advertência, que é formalizada pela admoestação verbal ao transgressor.

§ 5º A nota de punição será transcrita no boletim interno das OM subordinadas à autoridade que impôs a punição disciplinar.

§ 6º A ficha disciplinar individual, conforme modelo constante do Anexo VI, é um documento que deverá conter dados sobre a vida disciplinar do militar, acompanhando-o em caso de movimentação, da incorporação ao licenciamento ou à transferência para a inatividade, quando ficará arquivada no órgão designado pela Força. (PLANALTO, 2018).

O motivo no ato administrativo militar é o que autoriza a realização do mesmo, não podendo ser confundido com motivação, que é a exposição dos motivos. No ato disciplinar militar, o motivo geralmente será o cometimento de transgressão a um preceito estabelecido em regulamento.

O objeto será o conteúdo do ato administrativo, meio pelo qual a Administração Pública Militar manifesta seu poder sancionatório, apurando a transgressão e punindo se necessário for.

4.3 Proporcionalidade e razoabilidade do ato disciplinar militar

Razoabilidade pode-se definir como a imposição de limites à discricionariedade estatal. A Administração Pública deve atuar de forma sensata e que satisfaça o interesse público.

Proporcionalidade, que para alguns doutrinadores se confunde com razoabilidade, limita os excessos praticados pelo poder público. Tem como pilar a adequação e a necessidade da prática do ato. Tanto o princípio da proporcionalidade, como da razoabilidade, na visão de Farlei Martins, representam princípios derivados do devido processo legal.

Na esfera militar, há discussões acerca da aplicação de ambos os princípios. Na visão de Jorge César de Assis (2013, p. 200):

Razoabilidade e proporcionalidade têm significados muito próximos, podendo ser entendido que o primeiro faz com que o agente público atue com bom senso, enquanto que, pelo segundo, torna-se imprescindível que a autoridade militar observe, na dosagem da sanção disciplinar, a correlação entre os meios e fins objetivados pela lei, sob pena de cometer ilegalidade.

O Regulamento Disciplinar do Exército, Decreto 4.346/02, trás em seu artigo 37 a previsão da proporcionalidade e razoabilidade.

Art. 37. A aplicação da punição disciplinar deve obedecer às seguintes normas:
 I - a punição disciplinar deve ser proporcional à gravidade da transgressão, dentro dos seguintes limites:
 a) para a transgressão leve, de advertência até dez dias de impedimento disciplinar, inclusive;
 b) para a transgressão média, de repreensão até a detenção disciplinar; e
 c) para a transgressão grave, de prisão disciplinar até o licenciamento ou exclusão a bem da disciplina;
 II - a punição disciplinar não pode atingir o limite máximo previsto nas alíneas do inciso I deste artigo, quando ocorrerem apenas circunstâncias atenuantes;

- III - quando ocorrerem circunstâncias atenuantes e agravantes, a punição disciplinar será aplicada conforme preponderem essas ou aquelas;
- IV - por uma única transgressão não deve ser aplicada mais de uma punição disciplinar;
- V - a punição disciplinar não exime o punido da responsabilidade civil;
- VI - na ocorrência de mais de uma transgressão, sem conexão entre si, a cada uma deve ser imposta a punição disciplinar correspondente; e
- VII - havendo conexão, a transgressão de menor gravidade será considerada como circunstância agravante da transgressão principal. (PLANALTO, 2018).

Como pode se observar, o RDE estipula o cumprimento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade em seu texto, devendo a autoridade militar ao aplicar uma punição por exemplo, se policiar para que tais fundamentos não sejam deixados de lado e, conseqüentemente, suas condutas possam ser consideradas arbitrárias.

No Regulamento Disciplinar do Exército, a classificação das transgressões disciplinares e a escolha da penalidade a ser aplicada, fica em posse da autoridade responsável pela apuração da falta disciplinar. Art. 21. " [...] Parágrafo único. A competência para classificar a transgressão é da autoridade a qual couber sua aplicação."

A Lei 9.784/99 também consagra ambos os princípios acima mencionados. 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."

Assim sendo, mesmo a autoridade militar tendo a discricionariedade de classificar uma transgressão em leve, média e grave, e poder aplicar a penalidade que achar mais convincente à hierarquia e disciplina, seja ela advertência, impedimento, detenção ou prisão, deve a mesma sempre prezar pela observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pois o princípio da dignidade da pessoa humana estaria sendo afetado e deve preceder à hierarquia e disciplina.

5 DECRETO 4.346/02 (REGULAMENTO DISCIPLINAR DO EXÉRCITO)

5.1 Natureza jurídica

Como pode ser observado, o Regulamento Disciplinar do Exército, aprovado no ano de 2002 pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, veio estampado na forma de decreto. Os decretos são atos normativos secundários, privativos dos chefes do Poder Executivo, quais sejam, Presidente da República, Governador e Prefeito, que no exercício do Poder Regulamentar, exercem tal competência. A critério de exemplo, pode-se destacar o art. 84, IV da CF/88, que diz que compete ao Presidente da República expedir decretos de modo a remover eventuais obstáculos à fiel execução da lei.

Para Carvalho Filho (2015, p. 136) existem duas modalidades de decretos:

decretos gerais e individuais: aqueles têm caráter normativo e traçam regras gerais; estes têm destinatários específicos, individualizados. Exemplo de um decreto geral: o decreto que regulamenta uma lei. Exemplo de um decreto individual: o decreto de nomeação de servidor público.

Assim sendo, o uso do Poder Regulamentar por parte dos chefes do Executivo, se consubstancia no princípio da separação dos poderes, pois salvo em situações excepcionais, não cabe ao Presidente, Governador ou Prefeito, expedir normas gerais criadoras de direitos e obrigações, pois além de exorbitarem o Poder Regulamentar, invadiriam as atribuições do Legislativo.

Conforme ensinamento de Bandeira de Mello (1999, p. 307), " Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional."

5.2 A inconstitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército

De acordo com Bandeira de Mello, um decreto não pode criar direitos e obrigações estranhos à lei a qual regulamenta. O Decreto 4.346/02, veio para regulamentar a Lei 6.880/80, conforme dispõe em seu artigo 47.

Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

Assim sendo, sabe-se que o princípio da legalidade é um dos pilares da Administração Pública, na qual os servidores públicos só podem fazer o que a lei determina. Quando o RDE, em seu artigo 24, II, IV e V, prevê punições de caráter privativo de liberdade aos militares, quais sejam: impedimento, detenção e prisão respectivamente, viola o artigo 5º, LXI da CRFB/88, afrontando assim, o princípio da legalidade.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar** ou crime propriamente militar, **definidos em lei**; (Grifo nosso)

Os decretos, como visto no título anterior, não são leis em sentido estrito, pois não passam por um processo legislativo, mas sim, por única e exclusiva vontade dos chefes do Executivo, sendo atos normativos secundários que não podem inovar. Desse modo, não podem invadir competências específicas de lei em sentido estrito.

O TRF da 5ª e da 4ª Região respectivamente, já se posicionaram sobre o tema.

Processual civil, constitucional e administrativo. remessa oficial tida por manejada e apelação. desnecessidade de remessa dos autos à DPU. prisão disciplinar por transgressão militar. Decreto nº 4.346/2002 (regulamento disciplinar do exército). Art. 47 da lei nº 6.880/1980. Considerações acerca da inconstitucionalidade da regulamentação em face do art. 5º, lxi, da constituição federal de 1988. Cláusula de reserva de plenário. motivação adicional suficiente à manutenção da sentença de invalidação do ato administrativo de aprisionamento disciplinar e de condenação do ente público em indenização por danos morais. Desprovisionamento. (trf-5 - apelação cível : ac 00005924920134058201 al)

Em data de 27.09.2006, a 8ª Turma do TRF/4, por unanimidade, não conheceu do recurso da União Federal e deu parcial provimento à remessa ex officio, nos termos do voto do Relator, afastando a inconstitucionalidade do Decreto 4.346/02,

reconhecendo, contudo a não recepção pela Magna Carta do art. 47 da Lei 6.880/80, declarando inválida a pena de prisão aplicada ao militar. (Recurso em sentido estrito 2004.71.02.005966-6/RS - Rel. Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro - DJU 04.10.2006) .

No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Especial de Nº 600885, interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sobre a inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei 6.880/80, que admitia a fixação de idade máxima para ingresso na carreira militar no âmbito das Forças Armadas, por parte dos regulamentos do Exército, Marinha e Aeronáutica.

Art. 10. O ingresso nas Forças Armadas é facultado, mediante incorporação, matrícula ou nomeação, a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e **nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.** (Grifo nosso)

De acordo com a CRFB/88, em seu art. 142, parágrafo 3º, X:

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

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

X - **a lei disporá** sobre o ingresso nas Forças Armadas, os **limites de idade**, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Grifo nosso)

Conforme decisão unânime da Suprema Corte, foi decidido a exigência de uma lei que fixasse limite de idade para ingresso nas Forças Armadas, tendo em vista a competência estipulada no art. 142, § 3º, X da Constituição Federal. Desse modo, pode-se observar a preocupação trazida pela Carta Maior em relação a competência legislativa de alguns assuntos, nesse caso em específico, sobre penas privativas de liberdade e fixação de idade para ingresso nas carreiras militares federais.

Com base nas jurisprudências supracitada , é possível concluir que o Regulamento Disciplinar do Exército, por invadir a esfera de competência de lei em sentido estrito e inovar no ordenamento jurídico ao estipular penas administrativas privativas de liberdade, viola a

Constituição Federal de 1988, tornando-se assim, inconstitucional, de acordo com Paulo Tadeu Rodrigues Rosa (2009, p.78)

Portanto, como fundamento no disposto no art. 5º, LXI, da CF, pode-se afirmar que os novos regulamentos editados por meio de decretos estaduais ou federais, expedidos pelos chefes do Poder Executivo, e os regulamentos que foram alterados por meio de decretos, violam flagrantemente o disposto na CF, sendo normas inconstitucionais, que devem ser retiradas do ordenamento jurídico na forma prevista para esse procedimento.

5.3 A transgressão disciplinar militar

Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão por parte do militar, que não seja enquadrada como crime militar ou contravenção penal, que afete o pundonor militar, a hierarquia, a disciplina, a ética militar e o decoro da classe. O RDE traz essa conceituação em seu art. 14.

Art. 14. 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 da classe.

As transgressões são classificadas em grave, média e leve, ficando a critério da autoridade competente para julgar classificá-las no caso concreto, conforme art. 21, parágrafo único do RDE.

As punições disciplinares podem ser seis tipos. Quais sejam:

- I. Advertência
- II. Impedimento disciplinar
- III. Repreensão
- IV. Detenção disciplinar
- V. Prisão disciplinar
- VI. Licenciamento e exclusão a bem da disciplina

A advertência é a mais leve das penas aplicadas, feita de forma verbal ao transgressor, podendo ser reservada, somente ou ostensiva, que é à frente de seus pares e superiores. Deve todavia, ser registrada na ficha individual do militar punido.

O impedimento disciplinar é a restrição do militar se ausentar de sua unidade a qual serve, sem prejuízo de qualquer atribuição inerente a seu trabalho normal em sua unidade militar. Deve também ser registrado na ficha individual do mesmo, não podendo ser superior a 10 dias.

A repreensão é a censura enérgica feita de forma escrita ao militar.

A detenção disciplinar é o cerceamento da liberdade do militar, pelo prazo máximo de 30 dias, dentro de um ambiente estipulado pela autoridade julgadora, diferentemente de uma cela destinadas aos presos disciplinarmente. Geralmente é feito no próprio alojamento, não podendo dele se ausentar desacompanhado de um guarda.

A prisão disciplinar ocorre em casos mais graves, na qual o agente transgressor ficará recolhido a um sistema carcerário interno, por tempo não superior a 30 dias.

O licenciamento ocorrerá aos praças sem estabilidade, soldados, alunos de cursos de formação, cabos, sargentos ou tenentes temporários, após sindicância devidamente apurada, nos casos do art. 32, parágrafo 1º, I, II e III do Decreto 4.346/02 (RDE).

Art. 32. Licenciamento e exclusão a bem da disciplina consistem no afastamento, ex officio, do militar das fileiras do Exército, conforme prescrito no Estatuto dos Militares.

§ 1º O licenciamento a bem da disciplina será aplicado pelo Comandante do Exército ou comandante, chefe ou diretor de OM à praça sem estabilidade assegurada, após concluída a devida sindicância, quando:

I - a transgressão afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decore da classe e, como repressão imediata, se torne absolutamente necessário à disciplina;

II - estando a praça no comportamento "mau", se verifique a impossibilidade de melhoria de comportamento, como está prescrito neste Regulamento; e

III - houver condenação transitada em julgado por crime doloso, comum ou militar.

Por último, a exclusão a bem da disciplina ocorrerá de ofício ao aspirante a oficial e aos praças com estabilidade, sargentos e oficiais com mais de 10 anos de efetivo serviço, nos casos previstos no art. 94 da Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares).

Art. 94. A exclusão do serviço ativo das Forças Armadas e o consequente desligamento da organização a que estiver vinculado o militar decorrem dos seguintes motivos:

I - transferência para a reserva remunerada;

II - reforma;

III - demissão;

IV - perda de posto e patente;

V - licenciamento;

VI - anulação de incorporação;

VII - desincorporação;

VIII - a bem da disciplina;

IX - deserção;

X - falecimento; e

XI - extravio.

O art. 18 do RDE traz algumas condutas que são consideradas causas de justificação para prática de uma transgressão disciplinar, ou seja, excludente de punibilidades, que são legítima defesa, obediência de ordem superior, motivo de força maior, ignorância, desde que não atente contra os sentimentos normais de patriotismo, humanidade e probidade e na prática de ação meritória ou no interesse do serviço, da ordem ou do sossego público.

Já os artigos 19 e 20, trazem, respectivamente, circunstâncias que são consideradas atenuantes e agravantes na transgressão disciplinar.

Art. 19. São circunstâncias atenuantes:

I - o bom comportamento;

II - a relevância de serviços prestados;

III - ter sido a transgressão cometida para evitar mal maior;

IV - ter sido a transgressão cometida em defesa própria, de seus direitos ou de outrem, não se configurando causa de justificação; e

V - a falta de prática do serviço.

Art. 20. São circunstâncias agravantes:

I - o mau comportamento;

II - a prática simultânea ou conexão de duas ou mais transgressões;

III - a reincidência de transgressão, mesmo que a punição anterior tenha sido uma advertência;

IV - o conluio de duas ou mais pessoas;

V - ter o transgressor abusado de sua autoridade hierárquica ou funcional; e

VI - ter praticado a transgressão:

a) durante a execução de serviço;

b) em presença de subordinado;

c) com premeditação;

d) em presença de tropa; e

e) em presença de público

5.4 A avaliação da punição disciplinar pela Justiça Comum

Atualmente, a competência para julgar as ações propostas pelos militares da União em sede de recurso contra uma punição disciplinar é da Justiça Federal, conforme observa-se no julgado abaixo.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. REMESSA NECESSÁRIA. TRANSGRESSÃO MILITAR. CONSTITUCIONAL. REGULAMENTO DISCIPLINAR DO EXÉRCITO. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO SE ACOLHE. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. É cabível, em sede de habeas corpus, a análise das formalidades do procedimento administrativo-disciplinar que visa apurar transgressão militar. Precedentes. O artigo 47 do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80) prevê que as transgressões disciplinares serão especificadas e classificadas nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas. No caso do Exército Brasileiro, o Regimento Disciplinar (RDE) foi instituído pelo Decreto nº 4.346/2002. As transgressões militares estão relacionadas

no Anexo I do referido decreto. Princípio da legalidade preservado. – O fato de a imputação principal (grilagem de terreno da União) constituir crime em tese (a ser apurado pela polícia judiciária), não impede a investigação de responsabilidades na esfera administrativa. Não há violação ao contraditório se as condutas punidas a título de transgressão disciplinar estão inseridas no contexto fático da imputação principal. Hipótese em que o acolhimento da tese defensiva afastaria qualquer punição. Competência da autoridade impetrada. Atuação no uso do poder disciplinar. Hierarquia superior ao paciente e atribuição para impor prisão disciplinar. Transgressões que se referem a atos ligados à função do paciente. Ausência de desvio de finalidade ou de motivação. Legalidade do procedimento. Remessa provida. (Tribunal Regional Federal da 2ª Região TRF-2 - RECURSO EM HABEAS CORPUS EX OFFICIO : REOHC 208 RJ 2005.51.01.505416-7)

Contudo, encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.683/14, no qual altera dispositivos da Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar da União, alterando tal competência, conforme já ocorre no âmbito estadual, à luz do art. 125, parágrafo 4º e 5º.

Art. 125 - § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as **ações judiciais contra atos disciplinares militares**, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as **ações judiciais contra atos disciplinares militares**, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. **(Grifo nosso)**

Pelo projeto de lei, o Juiz da Justiça Militar da União, atualmente conhecido com Juiz-auditor, passará a ser chamado de Juiz Federal da Justiça Militar.

Uma das principais mudanças trazidas nesse projeto de lei, é a competência do Juiz Federal da Justiça Militar, para julgamento de civis que cometem crimes militares, na qual são julgados atualmente pelos Conselhos de Justiça, órgão composto por militares (oficiais das Forças Armadas), juntamente com o Juiz-auditor, tendo em vista que os civis não se submetem a hierarquia e disciplina, princípios basilares da administração militar, não seriam mais julgados por militares que compõe o Conselho de Justiça, mas somente ao Juiz-auditor.

Os conselhos de Justiça também serão modificados pelo projeto, na qual serão presididos pelo então Juiz Federal.

Conforme o projeto, também caberá ao Juiz Federal da Justiça Militar, apreciar o Habeas Corpus, Habeas Data e o Mandado de Segurança impetrado contra autoridade militar em matéria criminal, com exceção apenas dos Oficiais Gerais, que continuam na alçada do STM.

5.5 Vícios no processo de apuração da transgressão disciplinar

Como já abordado no capítulo 2, alguns princípios norteiam os processos administrativos de acordo com a proteção trazida pela Constituição Federal aos litigantes em tais processos. Nesse capítulo será abordado alguns princípios que são violados na apuração das transgressões disciplinares militares com fulcro no Decreto 4.346/02.

5.5.1 Presunção da inocência

O princípio da presunção da inocência encontra amparo no art. 5º, LVII da CF/88 onde diz que "Art. 5º - LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Cabe ressaltar que, além da Constituição Federal, o referido princípio encontra-se também na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. XI que diz que "Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa" e no Pacto São José da Costa Rica em seu art. 8º- 2, pacto esse que o Brasil é signatário.

Artigo 8º - Garantias judiciais - 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]

Deve se atentar com uma minoria da doutrina que entende ser aplicado tal princípio somente aos processo judiciais e não aos administrativos, tendo em vista literalidade do art. 5º, LVII da CF. Todavia, conforme pode ser visto no art. 8º do Pacto São José da Costa Rica e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a presunção de inocência veio estampada de forma ampla, não havendo assim qualquer sustentação jurídica que fundamente esse entendimento restritivo.

No Exército Brasileiro, na apuração da transgressão disciplinar, tal princípio não é respeitado, uma vez que não é observado o *in dubio pro réu*, que diz que na dúvida, interpreta-se a favor do acusado, mas rege-se pelo *in dubio pro administração*, onde interpreta-se a favor da Administração Pública.

Quando um militar é acusado de cometer uma falta disciplinar, é aberto um processo administrativo, através do Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar, FATD, simplesmente com a acusação do superior, sem provas materiais, testemunhais ou outras, para que o acusado, em 3 dias, conforme determina o RDE em seu anexo IV, justifique e exerça sua defesa provando sua inocência, sendo que a CF determina que ninguém será considerado culpado até que se prove o contrário. Caso o militar não tenha meios de provar sua inocência, pois houve a inversão do *onus probandi*, ou simplesmente exerça o direito ao silêncio, será automaticamente considerado culpado e punido em sua Organização Militar.

Nesse caso, pode-se observar que o Exército Brasileiro coloca a legitimidade e veracidade dos atos administrativos acima de um princípio fundamental estampado na CRFB/88, sendo inclusive, uma cláusula pétrea.

A Polícia Militar de Minas Gerais, na Instrução de Corregedoria da Polícia Militar nº 01/05, em seu art. 40, traz esse fundamento.

Art. 40 – [...]

§ 1º O princípio da presunção da inocência é inerente especificamente ao Direito Penal e Processual Penal e não ao Direito Administrativo, assim a presunção de legitimidade e veracidade prevalece sobre a presunção de inocência em prol da disciplina militar, fazendo prova dos fatos que tenham ocorrido na presença de funcionário público, nos termos do art. 364 do CPC.

§ 2º Pode e deve a autoridade competente valer-se do atributo da presunção de legitimidade e veracidade para o julgamento de transgressões disciplinares, depois de asseguradas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, cumprindo-se o devido processo legal.

Tal dispositivo, foi posteriormente alvo de demandas judiciais, onde a decisão do Juízo de 2º grau, considerou os dispositivos ilegais perante o Estado Democrático de Direito.

Pela pirâmide de Hans Kelsen, a Constituição Federal está no topo do ordenamento jurídico, não podendo qualquer norma infralegal, como os regulamentos e portarias militares, passarem por cima de sua autoridade. Quando um militar, acusado em processo disciplinar, precisa provar sua inocência com base apenas na acusação de um superior, ocorrendo a inversão do ônus da prova, pairada no instituto na verdade sabida, sem provas materiais, testemunhas ou qualquer outro meio probatório, viola completamente não só o princípio da presunção de inocência, mas o devido processo legal como um todo.

Ação Ordinária - Policial Militar - Sanção de Permanência Disciplinar - Ausência de Provas - Sanção aplicada, exclusivamente, com base nos termos da comunicação disciplinar havida - Impossibilidade - a presunção de veracidade é relativa, necessitando de um mínimo de indícios - Sentença reformada - Apelo provido.

Ementa: Ação Ordinária - Policial Militar - Sanção de Permanência Disciplinar - Ausência de Provas - Sanção aplicada, exclusivamente, com base nos termos da comunicação disciplinar havida - Impossibilidade - a presunção de veracidade é relativa, necessitando de um mínimo de indícios - Sentença reformada - Apelo provido. Decisão: "A E. PRIMEIRA CÂMARA DO TJME, À UNANIMIDADE DE VOTOS, DEU PROVIMENTO AO APELO INTERPOSTO, DE CONFORMIDADE COM O RELATÓRIO E VOTO DO E. RELATOR, QUE FICAM FAZENDO PARTE DO ACÓRDÃO". (APELACAO CÍVEL Nº 000985/06 TJM/SP)

Como pode ser observado na decisão do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, há que se ter um mínimo de lastro probatório da acusação para que haja efetivamente o devido processo legal em um processo administrativo disciplinar. Caso não seja dessa forma, será um processo arbitrário. A presunção de inocência, é um princípio constitucional que juntamente com o devido processo legal, estabelece um mecanismo contra a arbitrariedade estatal, principalmente na esfera punitiva.

5.5.2 Ampla defesa e contraditório

São princípios constitucionais amparados no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, na qual são assegurados aos litigantes em processos administrativos ou judicial. Tais princípios são primordiais quando se fala em devido processo legal, pois são através deles que pode-se obter uma total elucidação dos fatos e, conseqüentemente, uma decisão justa.

O RDE disciplina tal conteúdo em seu art. 35:

Art. 35. [...]

§ 1º 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.

§ 2º **Para fins de ampla defesa e contraditório**, são direitos do militar:

I - ter conhecimento e acompanhar todos os atos de apuração, julgamento, aplicação e cumprimento da punição disciplinar, de acordo com os procedimentos adequados para cada situação;

II - ser ouvido;

III - produzir provas;

IV - obter cópias de documentos necessários à defesa;

V - ter oportunidade, no momento adequado, de contrapor-se às acusações que lhe são imputadas;

VI - utilizar-se dos recursos cabíveis, segundo a legislação;

VII - adotar outras medidas necessárias ao esclarecimento dos fatos; e

VIII - ser informado de decisão que fundamente, de forma objetiva e direta, o eventual não - acolhimento de alegações formuladas ou de provas apresentadas.

(Grifo nosso)

Nesse sentido, observa-se que por ampla defesa e contraditório podemos destacar a oportunidade do militar contestar a acusação, produzir provas admitidas em direito, acompanhar os atos processuais e, se necessário, interpor recursos.

Com base no RDE, o militar respondendo a processo administrativo, após ser notificado via FATD, terá 3 (três) dias para expor sua defesa. Nesse prazo, ocorre muitas vezes do militar julgador, sequer ouvir a parte acusada, dando a solução do caso logo que se expira o prazo para defesa, sendo que é uma obrigatoriedade segundo o próprio RDE em seu art. 12. § 6º que diz " A autoridade, a quem a parte disciplinar é dirigida, deve dar a solução no prazo máximo de oito dias úteis, devendo, **obrigatoriamente**, ouvir as pessoas envolvidas, obedecidas as demais prescrições regulamentares." (Grifo nosso)

Desta forma, como pode-se dizer que houve contraditório e ampla defesa se não houve a oitiva da parte acusada, analisando apenas uma justificativa escrita do acusado no verso da FATD.

Ouro fato importante é a obrigatoriedade ou não de defesa técnica nos processos disciplinares, que já foi alvo de grande discussão. Mas, o STF em sua Súmula Vinculante nº 5, esclareceu sobre o assunto, onde diz que 'A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição'.

No Exército Brasileiro, quando um militar está sendo julgado por seu superior, que muitas vezes foi o próprio órgão acusador, não se verificará um diálogo de igualdade entre as partes, de modo que pudesse realmente haver contraditório.

Desta forma, Bacellar Filho (2016, p.228):

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 processo.

O militar acusador, sendo contraditor, exige-se estar na mesma posição de igualdade do militar acusado, pois se assim não for, caso o órgão acusador aja pela Supremacia do Interesse Público, haverá chances remotas de se haver justiça.

Por fim, analisando o Anexo IV do RDE, frente os princípios da ampla defesa e contraditório, pode-se notar também algumas supressões dos referidos princípios.

ANEXO IV
INSTRUÇÕES PARA **PADRONIZAÇÃO** DO CONTRADITÓRIO E DA
AMPLA
DEFESA NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES

1. FINALIDADE:

Regular, no âmbito do Exército Brasileiro, os procedimentos para **padronizar** a concessão do contraditório e da ampla defesa nas transgressões disciplinares;

2. REFERÊNCIAS:

- a) Constituição Federal;
- b) Estatuto dos Militares;
- c) Regulamento Disciplinar do Exército;
- d) Instruções Gerais para Elaboração de Sindicância, no Âmbito do Exército - (IG 10-11);

3. OBJETIVOS:

- a) Regular as normas para padronizar a **concessão** do contraditório e da ampla defesa nas transgressões disciplinares;
- b) Auxiliar a autoridade competente na tomada de decisão referente à aplicação de punição disciplinar;

4. DO PROCEDIMENTO:

- a) Recebida e processada a parte, será entregue o *Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar* ao **militar arrolado como autor do(s) fato(s)** que aporá o seu ciente na 1ª via e permanecerá com a 2ª via, tendo, a partir de então, **três dias úteis**, para apresentar, por escrito (de próprio punho ou impresso) e assinado, suas alegações de defesa, no verso do formulário;
- b) Em caráter excepcional, **sem comprometer a eficácia e a oportunidade da ação disciplinar**, o prazo para apresentar as alegações de defesa poderá ser prorrogado, justificadamente, pelo período que se fizer necessário, **a critério da autoridade competente**, podendo ser concedido, ainda, pela mesma autoridade, prazo para que o interessado possa produzir as provas que julgar necessárias à sua defesa;
- c) Caso não deseje apresentar defesa, o militar deverá manifestar esta intenção, de próprio punho, no verso do Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar;
- d) Se o militar não apresentar, dentro do prazo, as razões de defesa e não manifestar a renúncia à apresentação da defesa, nos termos do item "c", a autoridade que estiver conduzindo a apuração do fato certificará no *Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar*, juntamente com duas testemunhas, que o prazo para apresentação de defesa foi concedido, mas o militar permaneceu inerte;
- e) Cumpridas as etapas anteriores, a autoridade competente para aplicar a punição emitirá conclusão escrita, quanto à procedência ou não das acusações e das alegações de defesa, que subsidiará a análise para o julgamento da transgressão;
- f) Finalizando, a autoridade competente para aplicar a punição emitirá a decisão, encerrando o processo de apuração;

5. DA FORMA E DA ESCRITURAÇÃO:

- a) O processo terá início com o recebimento da comunicação da ocorrência, sendo processado no âmbito do comando que tem competência para apurar a transgressão disciplinar e aplicar a punição;
- b) O preenchimento do *Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar* se dará sem emendas ou rasuras, segundo o modelo constante do Anexo V;
- c) Os documentos escritos de próprio punho deverão ser confeccionados com tinta azul ou preta e com letra legível;
- d) A identificação do militar arrolado como autor do(s) fato(s) deverá ser a mais completa possível, mencionando-se grau hierárquico, nome completo, seu número (se for o caso), identidade, subunidade ou organização em que serve, etc.;
- e) As justificativas ou razões de defesa, **de forma sucinta, objetiva e clara, sem conter comentários ou opiniões pessoais** e com menção de eventuais testemunhas serão aduzidas por escrito, de próprio punho ou impresso, no verso do *Formulário*

de *Apuração de Transgressão Disciplinar* na parte de JUSTIFICATIVAS / RAZÕES DE DEFESA, pelo militar e anexadas ao processo. Se desejar, poderá anexar documentos que comprovem suas razões de defesa e aporá sua assinatura e seus dados de identificação;

f) Após ouvir o militar e julgar suas justificativas ou razões de defesa, a autoridade competente lavrará, de próprio punho, sua decisão;

g) Ao final da apuração, será registrado no *Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar* o número do boletim interno que publicar a decisão da autoridade competente;

6. PRESCRIÇÕES DIVERSAS:

a) As razões de defesa serão apresentadas no verso do *Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar*, podendo ser acrescidas mais folhas se necessário;

b) Contra o ato da autoridade competente que aplicar a punição disciplinar, publicado em BI, podem ser impetrados os recursos regulamentares peculiares do Exército;

c) Na publicação da punição disciplinar, deverá ser acrescentado, entre parênteses e após o texto da Nota de Punição, o número e a data do respectivo processo;

d) O processo será arquivado na OM do militar arrolado;

e) Os procedimentos formais previstos nestas Instruções serão adotados, obrigatoriamente, nas apurações de transgressões disciplinares que redundarem em punições publicadas em boletim interno e transcritas nos assentamentos do militar.

(Grifo nosso)

Como é possível observar nos trechos acima destacados, o Regulamento Disciplinar do Exército, refere-se a ampla defesa como uma mera 'concessão', sendo que o texto constitucional a rotula como direito fundamental, sendo inclusive uma cláusula pétrea. Utiliza o termo 'padronizar' os institutos da ampla defesa e contraditório, sendo que em cada situação tais institutos podem variar, não havendo uma padronização. O prazo de três dias para defesa, frente a outros ramos do direito, é curto, podendo inclusive dificultar ao militar elaborar sua defesa em tão curto tempo. A eficácia da ação disciplinar, pelo RDE, prevalece sobre a defesa do militar, logo prevalece também sobre a presunção de inocência, contrariando os direitos fundamentais do cidadão. E as razões de defesa devem ser 'sucintas e sem opiniões', censurando o militar de sua ampla defesa e de se contradizer das acusações.

Assim sendo, nota-se a limitação da ampla defesa e do contraditório nos processos disciplinares em trâmite no Exército Brasileiro, de modo que a disciplina militar sempre prevaleça. Mas, como a Constituição Federal é a lei suprema que rege o Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais acima mencionados, devem sempre ser observados, de modo que não haja qualquer arbitrariedade nos processos disciplinares.

5.5.3 Imparcialidade nos julgamentos

A imparcialidade do órgão julgador é pressuposto para que o ato de punição seja válido. É de tamanha importância tal princípio dentro de uma relação processual, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, em seu art. 10, trouxe resguardado em seu texto o princípio da imparcialidade.

Artigo 10: Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

O art. 35 do RDE, também trás amparo ao princípio da imparcialidade nos julgamentos dos processos disciplinares.

Art. 35. O julgamento e a aplicação da punição disciplinar devem ser feitos com justiça, serenidade e imparcialidade, para que o punido fique consciente e convicto de que ela se inspira no cumprimento exclusivo do dever, na preservação da disciplina e que tem em vista o benefício educativo do punido e da coletividade.

Como visto acima, o princípio da imparcialidade é fundamental nos julgamentos dos processos dentro do Exército Brasileiro, principalmente porque está em jogo a liberdade do militar em alguns casos.

Todavia, em alguns casos no Exército Brasileiro, quando um superior verifica uma conduta de seu subordinado que afronta os princípios da hierarquia e disciplina, valores primordiais da vida militar, o mesmo tem o poder/dever de agir em prol da correção disciplinar do militar 'transgressor'.

Cita-se como exemplo hipotético, um soldado que tenha cometido uma transgressão de falar de maneira desrespeitosa com seu superior, que no caso é seu próprio Comandante de Companhia, geralmente um Capitão. Nesse caso, o Capitão ordena ao chefe do setor administrativo de sua Companhia, conhecido como 'Sargenteação', que é um Sargento, para que confeccione um Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar (FATD) para o soldado, afim de puni-lo disciplinarmente.

No exemplo acima, pode-se notar o órgão acusador, que é o Capitão, o acusado, que é o soldado, e até então não há o julgador da causa. Nesse momento, quando é confeccionada a FATD ao soldado, em sua descrição aparece o Sargento como acusador, o soldado como acusado, e conseqüentemente, o Capitão irá julgar a lide, tendo em vista ser o Comandante

imediatamente do militar acusado. Ora, em uma relação processual, seja administrativa ou judicial, não existe o sistema inquisitivo no ordenamento jurídico brasileiro, sistema esse que era conhecido como Santa Inquisição ou Tribunal Eclesiástico, onde o juiz reunia as funções de acusar, defender e julgar, não havendo qualquer imparcialidade em seu julgamento.

Nesse caso, como pode-se falar em imparcialidade sabendo que a pessoa que acusou, que tem relação com a causa, irá julgar a mesma. Haverá nessa situação hipotética, uma afronta a princípios fundamentais, princípios esses relacionados diretamente com a dignidade da pessoa humana.

É comum dentro das unidades militares, um superior, como no exemplo hipotético acima um Capitão, usando de seu poder coercitivo - hierárquico, ordenar a um subordinado direto seu, como um sargento, a assumir o papel de autoridade que tomou conhecimento do fato, no caso sendo órgão acusador, de modo a mascarar sua intenção de punir o militar, e agindo como autoridade julgadora, irá punir como se imparcial fosse.

Assim, com base nos princípios constitucionais da imparcialidade, impessoalidade, dignidade da pessoa humana, dentre outros inerentes aos litigantes em processo administrativo ou judicial, é notório a ilegalidade constantes nos atos da administração pública quando ocorre esse tipo de situação supracitada.

Nas palavras de Abreu (2010, p. 46) "Nesse sentido, constitui, inclusive, preceito da ética militar que impõe aos militares o dever de ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação do mérito de seus subordinados".

6 CONCLUSÃO

Sabe-se que mesmo no universo militar, dotado de características e regras próprias, a observância de ditames constitucionais é fundamental quando se fala em Estado Democrático de Direito. O respeito aos princípios constitucionais trazidos pela Constituição Cidadã de 1988, inerentes aos processos administrativos e judiciais, como ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, imparcialidade dos julgamentos e legalidade, devem ser estritamente cumpridos pelos agentes públicos.

Assim sendo, condutas que violem os direitos fundamentais, suprimindo assim direitos e garantias intrínsecos aos cidadãos, sejam eles militares ou não, ferem a dignidade da pessoa humana. O direito a um julgamento imparcial é fundamental para que um processo seja válido. Conforme demonstrado nos processos disciplinares elaborados no âmbito das organizações militares, em alguns casos demonstram que o próprio órgão acusador também é o mesmo que julga.

A presunção de inocência, princípio trazido também na Declaração Universal de Direitos Humanos, é basilar de qualquer pessoa que responda a um processo administrativo ou judicial. No âmbito dos princípios do direito administrativos, não diferente do direito administrativo militar, há a inversão do ônus da prova, cabendo ao acusado provar sua inocência e não a administração provar a culpabilidade.

Quando o Regulamento Disciplinar do Exército, estabelece regras de 'padronização' no que tange ao contraditório e ampla defesa, em seu anexo IV e se referindo aos mesmos como uma 'concessão', há uma nítida supressão da plenitude de tais princípios, considerados inclusive como cláusulas pétreas pela doutrina.

Outro fato importante, é a previsão de penas privativas de liberdade em uma norma sob forma de decreto, no caso o RDE. Segundo o artigo 5º, LXI da CRFB/88, só poderia haver as penalidades de prisão, detenção e impedimento, previstas no artigo 24, II, IV e V do RDE, em uma lei em sentido estrito, dessa forma, pode-se verificar a inconstitucionalidade do Decreto 4.346/02 (RDE) ao ferir o princípio da legalidade, uma vez que por ser um ato normativo secundário, não pode inovar no ordenamento jurídico, mas apenas regulamentar uma lei, que no caso em análise é a Lei 6.880/80, Estatuto dos Militares, na qual não prevê as penalidades supracitadas.

Caso algum militar não concorde com a punição aplicada ou por algum tipo de ilegalidade no processo disciplinar, poderá o mesmo recorrer ao judiciário amparado no princípio do acesso à justiça consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXV,

segundo o qual, 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito'. Cabe salientar que atualmente a competência para julgar ações referentes à recursos contra punições disciplinares no âmbito dos militares da União é da Justiça Federal, mas encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.683/14, no qual altera dispositivos da Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar da União, alterando tal competência, conforme já ocorre no âmbito estadual, à luz do art. 125, parágrafo 4º e 5º.

Diante do exposto, conclui-se que a não observância dos princípios do direito administrativo militar para a apuração da transgressão militar, previstas no Decreto 4.346/02, acarretam nulidades nos processos disciplinares. Cumpre destacar também, a necessidade de ser proposta uma iniciativa de lei, por parte do Presidente da República, à luz de sua competência privativa, estampada no artigo 61, parágrafo 1º, alínea 'f' da CF, afim de se criar um novo Regulamento Disciplinar do Exército, porém desta vez, com uma nova 'roupagem', com status de lei em sentido estrito, de modo que esteja de acordo com o artigo 5º, LXI da Carta Magna, respeitando assim, o princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo Militar**. São Paulo: Método, 2010.

ASSIS, Jorge César de. **Curso de direito disciplinar militar** : da simples transgressão ao processo administrativo. 4. ed. Curitiba : Juruá, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo : Atlas, 2015.

DA SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . **Curso de direito constitucional**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito administrativo militar: teoria e prática**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Maurício Cardoso; FERNANDES, Renato de Barros. O artigo 47 da lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares) e o dilema da sua não recepção pela Constituição Federal de 1988. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5205, 1 out. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60382>>. Acesso em: 21 out. 2018.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. São Paulo: Forense, 1967. v. II.

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