

**O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA PUNIÇÃO
DISCIPLINAR MILITAR DA AERONÁUTICA**

André Luiz Pereira Borba Rocha*

Resumo: Os princípios da hierarquia e da disciplina, na seara militar, sempre foram tomados como absolutos e, como tal, mistificados ao ponto de promover punições disciplinares sumárias e sem qualquer cuidado com os ditames básicos de um procedimento punitivo administrativo, que deve assemelhar-se aos processos administrativos em geral, especialmente no que tange à garantia dos direitos mínimos de defesa àquele que está sendo indicado como autor do ilícito disciplinar. Com o advento da Constituição Republicana de 1988, as Forças Armadas Brasileiras viram-se compelidas a atualizar e adaptar suas doutrinas e seus procedimentos internos sempre no sentido de dar guarida aos princípios garantistas dos processos em geral, em especial, aqueles expressos no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna em vigor.

Palavras-chave: hierarquia; disciplina; punição.

1 Introdução

No “universo” jurídico, a discussão sobre a necessidade e a imperatividade da aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em todo e qualquer processo (procedimento) que, com sua solução final, venha produzir uma reprimenda, está pacificada. No entanto, na seara militar, por vezes, ainda se encontra resistência, sob a alegação da especificidade da atividade, bem como pela necessidade de imprimir um caráter soberano na manutenção da hierarquia e da disciplina.

As resistências ainda verificadas encontram-se arraigadas na cultura da hierarquia absoluta e da disciplina como decorrência dessa hierarquia soberana, no

* Especialista em Direito Aeronáutico pela Faculdade Fortium (Brasília), especialista em Direito Militar pela Universidade Cruzeiro do Sul e bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Assessor jurídico do Primeiro Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo (Cindacta I), órgão pertencente à Força Aérea Brasileira (FAB), e professor da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais do Curso de Direito da Faculdade Projeção (Fapro), em Brasília.

entanto é entendimento notório que não há, em nosso ordenamento jurídico, princípios absolutos, portanto é imperioso reconhecer que a hierarquia e a disciplina, ainda que fundamentais à seara militar, devem ser aplicadas de forma concomitante aos demais princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, em especial os princípios constitucionais.

Nesse diapasão, é importante compreender que a hierarquia e a disciplina não são apenas elementos de uma estrutura, mas, sim, ensinamentos básicos que fundamentam toda a atuação dos membros das Forças Armadas e das Forças Auxiliares.

Os princípios são normas básicas e gerais que delimitam o ponto de partida das premissas reguladoras de qualquer instituto jurídico, são verdadeiros pilares do ordenamento. Os princípios determinam as orientações e as diretrizes que devem ser seguidas pelos institutos jurídicos e, em consequência, por seus operadores.

Nesse sentido, são límpidos os ensinamentos do mestre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 428):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Assim sendo, não há dúvidas quanto ao caráter principiológico da hierarquia e da disciplina na organização e fundamentação da atividade militar.

A Constituição Federal (BRASIL, 2010c) prevê, expressamente, a hierarquia e a disciplina como princípios fundamentais da atividade militar, conforme se pode depreender dos arts. 42 e 142:

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. § 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal.

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.

§ 1º – Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

§ 2º – Não caberá “habeas corpus” em relação a punições disciplinares militares.

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

I a X – *Omissis*;

Observe-se, portanto, que o legislador constituinte foi claro e indubitável, determinando que, na organização, no preparo e na própria constituição da atividade militar, devem-se observar os princípios da hierarquia e da disciplina.

Porém, há que se reforçar o entendimento de que não se deve aplicar qualquer princípio de forma absoluta, todos são relativos e podem ser objeto de ponderação, principalmente quando apreciados ante o princípio da dignidade da pessoa humana, que é, em verdade, fundamento do Estado Democrático de Direito e da própria nação brasileira, conforme preceitua o Texto Magno¹ (BRASIL, 2010c).

A finalidade da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, é assegurar ao homem um patamar mínimo de direitos, que, obrigatoriamente, devem ser cumpridos e respeitados pela sociedade e pelo próprio poder público.

Considerando e constatando que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República e, portanto, um princípio fundamental, que alicerça todo o ordenamento jurídico pátrio, não há como mitigá-lo ou relativizá-lo, sob pena de gerar instabilidade ao regime. Vejam-se, para tanto, os comentários de Flávia Piovesan (2000b, p. 98):

A dignidade da pessoa humana [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.

Assim, quando se consideram os princípios da hierarquia e da disciplina ante o princípio da dignidade da pessoa humana, já se encontraria um primeiro momento de mitigação, retirando o caráter absoluto desses princípios atinentes à caserna.

Essa mesma linha de entendimento é verificada quando, em um processo administrativo, com premissa punitiva, verifica-se a imperatividade de aplicação do contraditório e da ampla defesa, que são princípios processuais erguidos à categoria constitucional e, portanto, aplicáveis em sua plenitude.

¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2010c).

Ao se apreciar a jurisprudência do Pretório Excelso, não se vislumbra outra corrente:

O entendimento da Corte é no sentido de que, embora a Administração esteja autorizada a anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais (Súmula 473 do STF), não prescinde do processo administrativo, com obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (AI 710.085-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 3-2-09, 1ª Turma, DJE de 6-3-09) – Militar. Processo administrativo disciplinar. Licenciamento. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A jurisprudência desta Corte tem se fixado no sentido de que a ausência de processo administrativo ou a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa tornam nulo o ato de demissão de servidor público, seja ele civil ou militar, estável ou não (RE 513.585, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 17-6-08, 2ª Turma, DJE de 1º-8-08).

Dessa feita, ao se engendrar um processo administrativo militar, em que, ao final, será aplicada uma punição, seja essa de caráter exclusório ou não, verifica-se que não se pode olvidar da premente necessidade constitucional de aplicação do contraditório e da ampla defesa, ainda que, no caso concreto, alguns possam visualizar uma agressão à hierarquia e à disciplina.

2 Contraditório

Etimologicamente, o adjetivo contraditório significa aquilo que implica contradição, opinião contraditória, e possui como sinônimos genéricos aquilo que é absurdo, paradoxal. Assim, pode-se, em termos gramaticais, afirmar que contraditar é o ato de contestar, refutar.

O presente conceito já promove uma ideia firme de que o contraditório é afeto àquele que está sendo imputado de alguma ação ou omissão.

Juridicamente, há que se observar que o contraditório é bem mais amplo que apenas “refutar”, mas se constitui em verdadeiro corolário das partes, sendo a possibilidade de não somente contestar o que lhe está sendo imputado, mas, igualmente, participar de todos os atos probatórios e de ter efetiva participação no desenvolvimento da lide, com possibilidade de plena igualdade na influência de todos os elementos – factuais, probatórios e legais (de direito).

Na essência, o contraditório é componente de um preceito maior, qual seja o devido processo legal (*Due process of law*) que é princípio fundamental do direito processual moderno, manifestando-se, imperativamente, tanto nos processos judiciais quanto nos processos administrativos.

O devido processo legal, conforme entende boa parte da doutrina, surgiu com a Magna Carta de João sem Terra, em 1215, mais comumente conhecida como Magna Charta Libertatum, que, em seu art. 39, se referiu à lei da terra (*Law of the land*), lei que, em linhas genéricas, refere-se ao devido processo legal e às suas

respectivas nuances, entre essas o contraditório. O devido processo legal foi positivado em 1354, com o Estatuto de Westminster das liberdades de Londres, passando, posteriormente, a constar das Declarações de Direitos Norte-Americanas (Statute of Westminster of the liberties of London), antes mesmo de aparecer na Constituição Federal de 1787.

Nos dias atuais, a grande maioria das constituições ocidentais consagra o devido processo legal, não diferente na Carta Cidadão de 1988, que, expressamente, no Título II, Capítulo I – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” –, *in verbis* (BRASIL, 2010c):

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:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...].

O contraditório é, definitivamente, um dos corolários do devido processo legal, ou seja, inserido em qualquer processo de apuração de ilicitude, seja penal ou administrativa, há que se seguir o devido processo legal e, em consequência, consagrar-se o princípio do contraditório. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 29) outro entendimento não pode haver:

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a ideia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária. Já se disse: a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*.

Há que se deixar claro, no entanto, que a Constituição expressamente determinou a aplicação do princípio do contraditório, quando presente processo com premissa punitiva, seja esse judicial ou administrativo – “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” (BRASIL, 2010c) – isto é, não cabe falar-se de contraditório quando em fase de inquérito policial (IP), inquérito policial militar (IPM), sindicância apurativa, entre outros. Todos esses são meros procedimentos administrativos que visam à apuração da verdade dos fatos, buscando a autoria e a materialidade do ilícito, sem, no entanto, qualquer premissa ou possibilidade de punição do suposto agente delituoso.

Nesse mister, é igualmente claro o ensinamento do mestre processualista Tourinho Filho (2009, p. 29):

E no inquérito haverá contraditório?

Não obstante a Magna Carta disponha no art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e

ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, o certo é que a expressão “processo administrativo” não se refere à fase do inquérito policial, e sim ao processo instaurado pela Administração Pública para a apuração de ilícitos administrativos ou quando se tratar de procedimentos administrativos fiscais, mesmo porque, nesses casos, haverá a possibilidade da aplicação de uma sanção: punição administrativa, decretação de perdimento de bens, multas por infração de trânsito, p. ex. Em face da possibilidade da infligência de uma “pena”, é natural deva haver o contraditório e a ampla defesa, porquanto não seria justo a punição de alguém sem o direito de defesa.

Com esse entendimento, verifica-se que não se pode dispor da aplicação do princípio do contraditório quando do processo disciplinar militar para apuração de transgressão disciplinar, no âmbito do Comando da Aeronáutica (Comaer), nomeado de Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar (FATD), uma vez que este se destina não somente a “apurar” a transgressão, mas, igualmente, a aplicar a reprimenda disciplinar ao militar considerado “culpado”.

A presente circunstância é facilmente verificável pela Portaria nº 782/GC³² que regulamenta o FATD, uma vez que o diploma normativo expressamente prevê, em seu art. 3º, a aplicabilidade do princípio do contraditório: “No cumprimento da presente regulamentação, deverá ser possibilitado o exercício do contraditório e da ampla defesa [...]”.

Assim sendo, verifica-se, indubitavelmente, que, no âmbito da Força Aérea Brasileira, não somente por força constitucional ou de interpretação jurídica, mas por própria regulamentação interna, não poderá o militar ser punido administrativamente, seja qual for a modalidade (espécie) de punição, sem que lhe seja concedida a ampla possibilidade de contraditar e contrapor todos os termos da acusação que lhe foi imputada.

3 Ampla defesa

A ampla defesa, também princípio constitucional, inserido no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, transparece *pari passu* ao princípio do contraditório. A ampla defesa se traduz na liberdade do indivíduo, inserido em um contexto de Estado Democrático, de, em defesa de seus interesses, alegar fatos, propor e apresentar provas de toda sorte.

Nesse ínterim, é evidente a relação entre o princípio da ampla defesa e o princípio do contraditório (amplo debate). Em verdade, não é razoável ou mesmo concebível visualizar a presença de um sem pressupor a existência do outro, daí se extrai, portanto, a integração constitucional em prever, no mesmo contexto positivo do (LV, do art. 5º), o agrupamento de ambos os dispositivos.

² Portaria nº 782/GC3, de 10 de novembro de 2010, que aprova a regulamentação da sistemática de apuração de transgressão disciplinar e da aplicação da punição disciplinar.

Ainda que os princípios em comento (contraditório e ampla defesa) estejam intimamente ligados e visceralmente vinculados ao devido processo legal, a ampla defesa com esses não se confunde.

Enquanto o contraditório pressupõe oportunidade para “falar” e contrapor as ideias até então lançadas, a ampla defesa delimita-se na utilização de todos os meios legalmente disponíveis para apresentação de fatos ou provas, isto é, a utilização de todo e qualquer meio necessário para assegurar o acesso aos autos, e a consequente apresentação de razões, documentos, para produzir provas de toda espécie (testemunhais, documentais ou periciais), e que essas razões e provas sejam, efetivamente, apreciadas quando dos fundamentos da decisão proferida. Veja-se para tanto o firme entendimento do professor Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 72):

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes as quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.

Nesse mesmo sentido, encontramos as palavras de Marcelo Gatto Spinardi (2008, p. 48):

A ampla defesa busca garantir que o acusado possa valer-se de todos os meios legais e moralmente admitidos para fazer valer suas razões, o alcance do plano vertical da aplicação da ampla defesa no sistema jurídico pátrio é verificado tendo em vista como regra o caráter de disponibilidade do bem jurídico tutelado, e manifesta-se por meio da lei e da interpretação da Corte Superior sobre sua aplicação.

Além disso, o processo administrativo disciplinar deve ser visto à luz do Sistema de Jurisdição Única que norteia o processo administrativo no ordenamento jurídico pátrio, de forma que o agente conta como o direito fundamental no art.5.º, XXXV da Constituição Federal que traz expresso o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, de maneira que poderá o servidor caso se sinta prejudicado exercer seu direito de ação em juízo, concretizando seu direito a defesa técnica no âmbito jurisdicional, frisando-se que a Lei confere a possibilidade em caráter dispositivo ao agente público de ser representado por advogado durante o PAD, assim concretizando desde o processo administrativo seu direito a ampla defesa.

Nota-se, indubitavelmente, que a aplicação do princípio constitucional da ampla defesa no processo administrativo punitivo é cogente, não podendo os administradores militares ou aqueles que apuram a suposta transgressão disciplinar militar afastarem-se desses ditames.

A ampla defesa possui duplo caráter: a utilização de todo e qualquer meio de prova disponível, conforme já visto, e a efetiva apreciação das razões aventadas pela defesa, quando da decisão final.

No que tange à apresentação de razões pela defesa do militar arrolado, resalta-se que a defesa pode ou não ser técnica, o próprio militar arrolado pode apresentar sua defesa, quando não dispor ou não desejar defesa técnica formulado por advogado constituído, uma vez que esta não se faz obrigatória³, ainda que desejável, principalmente, quando se tratar de suposta transgressão disciplinar militar, que possa redundar em punição de caráter exclusório.

A ampla defesa, vista por ser caráter apreciativo das razões da defesa, se materializa tão importante quanto a disponibilidade em apresentar os fatos ou as provas, uma vez que, de nada adianta ao imputado (réu) apresentar suas razões se estas não forem ouvidas e apreciadas (valoradas), quando do momento decisório.

Essa corrente pode ser, facilmente, verificada quando da análise da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal (STF):

A garantia do direito de defesa contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos (RE 426.147-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-3-06, 2ª Turma, DJ de 5-5-06).

Policia militar: processo administrativo disciplinar: validade: ampla defesa assegurada. No caso, o Defensor dativo – malgrado sem contestar a materialidade do ilícito disciplinar –, extrai dos testemunhos acerca das qualidades pessoais do acusado a base de sustentação do pedido de que lhe fosse imposta pena menos severa que a exclusão. Ante a evidência da responsabilidade do acusado, a postulação no vazio da absolvição pode configurar temeridade tática da defesa, da qual será lícito ao defensor furtar-se, de modo a resguardar a credibilidade da pretensão de uma penalidade menos rigorosa. Essa opção tática do defensor não ultrapassa os limites de sua discricionariedade no exercício do mister e não basta à caracterização de ausência de defesa, de modo a viciar de nulidade o processo (RE 205.260, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 23-11-04, 1ª Turma, DJ de 4-2-05).

A garantia constitucional da ampla defesa tem, por força direta da Constituição, um conteúdo mínimo, que independe da interpretação da lei ordinária que a discipline (RE 255.397, 1ª T., Pertence, DJ 7-5-04). [...] Não há afronta à garantia da ampla defesa no indeferimento de prova desnecessária ou irrelevante (RE 345.580, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 17-8-04, 1ª Turma, DJ de 10-9-04).

4 Processo de apuração de transgressão disciplinar na Aeronáutica

As transgressões disciplinares apuradas no âmbito do Comaer eram, até 16 de novembro de 2010, reguladas pela Portaria nº 967/GC3, de 9 de outubro de 2009, tornada pública no *Boletim do Comando da Aeronáutica* (BCA), nº 193, de 15 de outubro de 2009.

³ STF Súmula Vinculante nº 5 – Sessão Plenária de 7.5.2008 – DJe nº 88/2008, p. 1, em 16.5.2008 – DO de 16.5.2008, p. 1: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição".

Essa portaria aprovou a regulamentação da sistemática de apuração de transgressão disciplinar e da aplicação de punição disciplinar militar, no âmbito de toda a Força Aérea Brasileira, e vigeu até novembro de 2010.

Tal diploma regulador, apesar de posterior à Constituição Federal de 1988, em nenhum momento, previu ao militar acusado de praticar transgressão disciplinar a possibilidade de produção de provas e outros meios de defesa atinentes a qualquer processo administrativo punitivo. A presente premissa pode ser comprovada pelos próprios termos dos arts. 1º e 2º da portaria supracitada:

Art. 1º Aprovar a regulamentação da sistemática de apuração de transgressão disciplinar e de aplicação de punição disciplinar militar, disposta no art. 34 do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER) – Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975. § 1º O cumprimento da regulamentação em apreço é de caráter obrigatório, devendo ser observado o que preceitua o RDAER para aplicação de punição disciplinar militar. § 2º Para cumprir a regulamentação prevista nesta Portaria, o Comandante, Chefe, Diretor ou Secretário de Organização Militar (OM) poderá designar a autoridade competente para apurar, aplicar ou propor aplicação de punição disciplinar militar no âmbito de sua área de atuação, por meio de ato administrativo apropriado, publicado em Boletim Interno da OM.

Art. 2º A sistemática de apuração e de aplicação de punição disciplinar militar engloba duas situações distintas para as quais devem ser observados os seguintes procedimentos:

I – situação ordinária – transgressão militar que não constitua crime previsto no Código Penal Militar (CPM), decorrente de solução de sindicância ou de comunicação por escrito, devendo a autoridade competente da OM para apurar, aplicar ou propor a aplicação de punição disciplinar militar:

- a) ao receber a comunicação oficial, convocar o militar transgressor para audiência;
- b) notificá-lo sobre o conteúdo da comunicação, que deverá conter relato da transgressão disciplinar cometida, podendo, caso julgado conveniente, convocar duas testemunhas, preferencialmente sendo observada a ascendência hierárquica em relação ao transgressor;
- c) no ato, após terem sido verificadas todas as circunstâncias relativas ao fato, entregar ao transgressor o Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar (FATD), previsto no Anexo A a esta Portaria, concedendo-lhe um prazo de dois dias úteis para a devolução do formulário devidamente preenchido, com as justificativas julgadas cabíveis;
- d) poderá ser prorrogado o prazo previsto na alínea “c” supracitada, desde que demonstrada a insuficiência do mesmo para que o transgressor possa justificar os fatos a ele imputados;
- e) caso o FATD seja preenchido adequadamente e devolvido no prazo, receber e dar início às averiguações de todas as circunstâncias pertinentes ao fato sob exame, tendo o prazo de até dois dias úteis para solucionar o caso;

f) caso o FATD não seja devolvido, ou o seja fora do prazo ou sem estar devidamente preenchido, convocar duas testemunhas, preferencialmente sendo observada a ascendência hierárquica em relação ao transgressor, e, na presença desse, registrar o fato. Após, dar início às averiguações de todas as circunstâncias pertinentes ao fato em apreço, tendo o prazo de até dois dias úteis para solucionar o caso;

g) poderá ser prorrogado o prazo previsto nas alíneas “e” e “f” supracitadas, desde que justificada a insuficiência do mesmo para averiguar todas as circunstâncias pertinentes ao fato, necessárias à solução do caso;

h) convocar o transgressor e, quando for o caso, duas testemunhas, preferencialmente sendo observada a ascendência hierárquica em relação ao transgressor, para comunicar a solução do processo. No caso de punição disciplinar, apresentar a Nota de Punição Disciplinar Militar (NPDM), prevista no Anexo B a esta Portaria, para conhecimento da punição disciplinar militar que lhe está sendo aplicada e aposição de sua assinatura;

i) caso o transgressor se recuse a assinar a NPDM, registrar o fato na referida Nota, que será assinada pelas testemunhas; e

j) adotar as medidas necessárias para a publicação em Boletim Interno da OM.

II – situação sumária – para o caso em que a transgressão se caracterizar por grave ofensa à hierarquia e à disciplina, por palavras ou atitudes, na presença de superiores, de subordinados ou de civis, sem ser caracterizada como crime previsto no CPM, conforme abaixo:

a) se a transgressão grave ocorrer na presença de oficial, este deverá providenciar o recolhimento do transgressor para o local previamente definido pelo Comandante, Chefe, Diretor ou Secretário da OM e comunicar o fato imediatamente à autoridade competente da OM para apurar, aplicar ou propor a aplicação de punição disciplinar militar;

b) se a transgressão grave ocorrer na presença de graduados, o mais antigo deverá conduzir o transgressor à autoridade competente da OM para apurar, aplicar ou propor a aplicação de punição disciplinar militar;

c) caso o transgressor se recuse a ser conduzido pelo graduado, este deverá convocar duas testemunhas e levar o fato ao conhecimento da autoridade competente da OM para apurar, aplicar ou propor a aplicação de punição disciplinar militar; e

d) a autoridade competente da OM para apurar, aplicar ou propor a aplicação de punição disciplinar militar, ao tomar conhecimento da transgressão, deverá decidir se o transgressor deve permanecer recolhido ou não e proceder conforme previsto nas alíneas “a” a “j” do inciso I deste parágrafo, no que for aplicável.

Como se pode depreender pela simples leitura desse texto normativo infralegal, não há qualquer premissa de prevalência dos princípios do contraditório e da ampla defesa. O simples ato de justificar a conduta não pode ser considerado contraditório ou amplamente defender-se, pois ambos pressupõem não somente debate, mas, igualmente, apresentação de todo e qualquer meio probante a favor da versão apresentada e a análise de provas e versões quando da decisão da autoridade competente, conforme já explanado.

A não existência dos pressupostos defensivos era fonte de grande preocupação tanto para os administradores militares quanto para os militares, que se viam na eminência de responder a um processo administrativo disciplinar em que não havia ampla possibilidade de defesa.

Em verdade, sob a égide dessa portaria, o que se verificou foi uma evolução na apuração e na sistemática de punição disciplinar, pois, anteriormente, o que prevalecia no Comaer era a punição disciplinar pela verdade sabida, ou seja, um verdadeiro procedimento de imposição instantânea da penalidade administrativa. Quando o militar era surpreendido praticando uma transgressão disciplinar, não havia, propriamente, um procedimento (processo) a ser formulado, uma vez que cada organização militar (OM) adotava seus critérios no cumprimento dos ditames do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER).

Verifica-se, portanto, que a Portaria nº 967, ainda que não atendesse aos ditames constitucionais, foi verdadeira evolução, uma vez que criou um verdadeiro processo administrativo de apuração e punição de transgressões disciplinares.

No entanto, a ausência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa em muito contribuiu para inúmeros questionamentos judiciais acerca da legalidade e validade das punições empreendidas sob a égide da Portaria nº 967/GC3, de 9 de outubro de 2009.

Verificando a necessidade de adequação das normas internas, especialmente no que se refere às punições disciplinares, à Carta Magna vigente, o Comaer aprofundou estudos e publicou, em 16 de novembro de 2010, a Portaria nº 782/GC3, que aprovou a nova regulamentação da sistemática de apuração de transgressão disciplinar e da aplicação da punição disciplinar.

A nova portaria consagrou, expressamente, os princípios constitucionais defendidos, *in verbis*:

Art. 1º Aprovar a regulamentação da sistemática de apuração de transgressão disciplinar e de aplicação de punição disciplinar, disposta no art. 34 do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER), aprovado pelo Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975.

§ 1º O cumprimento da presente regulamentação é de caráter obrigatório, devendo ser observado o que preceitua o RDAER para aplicação de punição disciplinar.

§ 2º Para cumprir a presente regulamentação, o Comandante da Organização Militar (OM) poderá, por meio de ato administrativo apropriado, publicado em Boletim Interno da OM, designar:

- I – autoridade(s) para apurar transgressão disciplinar; e
- II – autoridade(s) para aplicar punição disciplinar.

Art. 3º No cumprimento da presente regulamentação, deverá ser possibilitado o exercício do contraditório e da ampla defesa, assegurando-se ao transgressor:

- 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 pela autoridade que apura a transgressão disciplinar;
- III – produzir provas;
- IV – obter cópias de documentos necessários à defesa;
- V – ter oportunidade, no momento adequado, de se contrapor às acusações que lhe são imputadas;
- VI – utilizar-se dos recursos cabíveis, segundo a legislação;
- VII – promover outras medidas necessárias ao esclarecimento dos fatos; e
- VIII – ser informado acerca de decisão que fundamente, de forma clara e objetiva, o não-acolhimento de alegações formuladas ou de provas apresentadas.

Nota-se, claramente, que a sistemática de apuração de transgressão disciplinar foi radicalmente modificada, dando-se ao militar acusado não somente a possibilidade de apresentar suas razões (justificativa), mas, principalmente, apresentar toda sorte de provas que venham a contribuir não somente para o esclarecimento dos fatos, mas, sobretudo, para prover a competente defesa julgada necessária ao acusado e imperiosa ao “olhos” constitucionais.

Dessa feita, com essa nova sistemática, amparada pela nova portaria em comento, o Comaer incorporou ao seu processo administrativo disciplinar os princípios do contraditório e da ampla defesa, consagrando, no seio da Força Aérea Brasileira, os mais modernos preceitos processuais administrativos.

4.1 Procedimento de apuração da transgressão disciplinar

A sistemática de apuração e punição tornou-se mais clara, objetiva e profícua, diminuindo em muito os questionamentos judiciais acerca da legalidade e validade das punições, uma vez que, com o novel regulador, os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa tornaram-se cogentes, ou seja, o oficial apurador e a própria autoridade julgadora devem, peremptoriamente, permitir ao militar acusado de praticar a transgressão disciplinar todos os meios legais de defesa atinentes ao caso concreto.

Não elucidando as especificidades do caso concreto, ao tomar o conhecimento de suposta transgressão disciplinar, será designada autoridade apuradora, que deve empreender o seguinte procedimento:

- Convocar o transgressor à sua presença, para informá-lo da abertura do processo de apuração de transgressão disciplinar e que terá que apresentar, por escrito, as suas justificativas ou alegações de defesa.
- Notificar o transgressor, na presença de duas testemunhas, preferencialmente sendo observada a ascendência hierárquica, acerca da transgressão disciplinar e entregar-lhe, mediante recibo, o FATD.
- Conceder prazo de cinco dias úteis para a devolução do formulário preenchido com as justificativas ou alegações de defesa. Prazo que poderá ser prorrogado mediante pedido justificado do militar transgressor.

- Receberá o FATD e, quando julgar necessário, dará continuidade aos procedimentos de apuração, encerrando-os quando caracterizadas a autoria e a materialidade da transgressão, quando então terá o prazo de três dias úteis, contados do primeiro dia útil subsequente ao recebimento do FATD, para dar solução à apuração e encaminhar o processo à autoridade que aplicará a punição disciplinar.

Por sua vez, a autoridade competente para aplicar a punição atuará conforme o seguinte procedimento:

- A autoridade que aplica a punição disciplinar receberá os autos do FATD e terá o prazo de três dias úteis para exarar sua decisão, contados do primeiro dia útil subsequente ao recebimento do processo.
- No julgamento, deve opor análise das considerações decorrentes da apuração da transgressão disciplinar, e o mérito quanto à procedência ou não das acusações e das alegações de defesa, apontando-se a punição disciplinar imposta, se for o caso.

Verifica-se, por certo, que a Portaria nº 782/GC3 tornou o processo de apuração disciplinar mais complexo, no entanto resguardou a legalidade e a constitucionalidade do procedimento, o que, certamente, promove a transparência e a tranquilidade das relações internas.

5 Conclusão

No que tange à legalidade e à amplitude dos meios de defesa, é importante observar que, ainda que o meio probante não esteja especificado na norma, sua aceitação se faz obrigatória, desde que moralmente legítimo. Nesses termos, há que se buscar, analogicamente, a proteção do Código de Processo Civil que, em seu art. 332⁴, é lúcido ao permitir a produção de qualquer prova ainda que não positivada.

O poder disciplinar da Administração Pública tem como fundamento basilar o princípio da moralidade administrativa, assim expressamente determinado pela Constituição Federal⁵. Ademais, com a Emenda Constitucional nº 19, a eficiência da administração tornou-se norte a ser buscado pelo administrador público, seja civil ou militar. A promoção de um processo disciplinar garantidor dos direitos constitucionais e eficaz na educação e punição⁶ do servidor transgressor transparece como garantidor dos princípios ora citados.

⁴ "Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".

⁵ "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 e, também, ao seguinte: [...]". (BRASIL, 2010c).

⁶ "Art. 6º A punição só se torna necessária quando dela advém benefício para o punido, pela sua reeducação, ou para a Organização Militar a que pertence, pelo fortalecimento da disciplina e da justiça" (RMA 29-1 – Regulamento Disciplinar da Aeronáutica – RDAER).

Um servidor (militar) não cumpridor de suas obrigações funcionais não pode permanecer impune, sob pena de afronta aos princípios da hierarquia, da disciplina e dos próprios princípios norteadores da Administração Pública supramencionados. É verdadeiro interesse público que sejam verificadas a lisura e a probidade das ações perpetradas pelos servidores públicos, ainda mais daqueles que têm por meta visceral a defesa da segurança pública ou a própria defesa da pátria. Porém, o poder de aplicar punições não pode ser ilimitado, desproporcional ou utilizado de forma vil. Tal poder só se realizará de forma eficaz e lícita por meio de um processo em que o administrador possa avaliar os fatos com razoabilidade e proporcionalidade, e aplicar a punição, se for o caso, efetivamente adequada ao caso concreto, garantindo todos os direitos ao acusado.

Nesses exatos termos, entende-se a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, verdadeiros corolários do devido processo legal, que visam não somente à garantia dos direitos do administrado, mas, certamente, da própria Administração Pública, seja esta militar ou não.

Por fim, entende-se que, quando se garantem os direitos constitucionais expressos, especialmente quando se tratar de processo administrativo punitivo, estará a Administração Pública fomentando e massificando o cumprimento às normas, premissa basilar do convívio social, seja este na esfera pública ou privada.

THE CONTRADICTORY AND WIDE DEFENSE AT MILITARY DISCIPLINARY PUNISHMENT IN BRASILIAN AIR FORCE

Abstract: In militarism, the principles of hierarchy and discipline were always taken as absolute and as such, mystified to the point of promoting summary punishments without any care of the basic dictates of punitive administrative proceedings, which should resemble administrative processes in general, especially regarding the guarantee of minimum defense right to those which is indicated as the author of the misconduct. With the advent of the Republican Constitution of 1988, the Brazilian Armed Forces found themselves compelled to update and adapt its doctrines and its internal procedures in order to always give shelter to the principles of processes in general, especially those expressed in art. 5º, subsection LV, Charter.

Keywords: hierarchy; discipline; punishment.

Referências

- BOLETIM DO COMANDO DA AERONÁUTICA. Portaria nº 967/GC3, de 9 de outubro de 2009. n. 193, 15 de out. 2009.
- BRASIL. *Código penal militar*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Álvaro Lazzarini. São Paulo: RT, 2010a.
- BRASIL. *Código de processo penal militar*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Álvaro Lazzarini. São Paulo: RT, 2010b.

- BRASIL. *Constituição Federal*. Legislação Penal, Processual Penal e Administrativa Militar. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Álvaro Lazzarini. São Paulo: RT, 2010c.
- BRASIL. *Estatuto dos militares*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Álvaro Lazzarini. São Paulo: RT, 2010d.
- MELLO, A. C. B. de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- NUCCI, G. de S. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000a.
- PIOVESAN, F. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 2000b.
- SPINARDI, M. G. *Considerações sobre ampla defesa no processo administrativo disciplinar*. Maio 2008. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080526105810692&mode=print>. Acesso em: 10 jul. 2011.
- TOURINHO FILHO, F. da C. *Manual de processo penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.