

# DEFENSOR DATIVO, AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO, QUANTO AO PROCESSO DISCIPLINAR MILITAR NO CONTEXTO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Jean Klebber Britto da Silva<sup>1</sup>

## RESUMO

Estudo em relação ao perfil do processo administrativo disciplinar militar contemporâneo, em consonância com a Constituição Federal, pretendeu-se focar sobre a constitucionalidade do defensor dativo no citado processo, quais os parâmetros intrínsecos à matéria, o que afirma a doutrina a respeito, bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores. O presente trabalho dedicou-se ao estudo do devido processo disciplinar em âmbito militar, referindo-se à abordagem constitucional sobre defensor dativo em PADM, tratando sobre como se apresenta a figura do defensor dativo. Circunscreveu objetivo geral de analisar as teorias jurídicas e posições jurisprudenciais correspondentes ao tema, com foco na Constituição Federal. Utilizou-se a metodologia científica fundamentada no método hipotético-dedutivo, positivista, em ênfase descritiva/explicativa, cuja pesquisa se direciona à base teórica e bibliográfica, sendo confrontado o arcabouço doutrinário e legal diante dos princípios constitucionais incidentes ao processo administrativo disciplinar.

**Palavras-chaves:** *Processo administrativo – Princípios constitucionais – Defensor dativo.*

## ABSTRACT

Study in relation to the contemporary military administrative disciplinary process, in line with the Federal Constitution profile, we sought to focus on the constitutionality of the dative defender in that case, what intrinsic to matter, which affirms the doctrine regarding parameters and the jurisprudence of the Superior Courts. The present work is devoted to the study of disciplinary due process in military field, referring to the constitutional approach to dative defender in PADM, dealing as it appears on the figure of the dative defender. Circumscribed overall objective of analyzing the legal theories and jurisprudential positions corresponding to the subject, focusing on the Federal Constitution. We used a scientific methodology based on the hypothetical-deductive method, positivist, descriptive / explanatory emphasis, whose research is directed to the theoretical and bibliographic database, and confronted the doctrinal and legal framework before the constitutional principles incidents to administrative disciplinary proceedings.

**Keywords:** *administrative process - constitutional principles - dative defender.*

---

<sup>1</sup> Oficial da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso, bacharel em Direito (UNIC), especialista em Gestão de Segurança Pública (UNEMAT).

## INTRODUÇÃO

Observando as peculiaridades afetas à administração militar, mormente no que se refere à contínua manutenção da disciplina e hierarquia de seus integrantes, incumbência esta própria do sentimento de dever miliciano, congruente apresentar as características de forma hodierna do que constitui o estabelecimento da regularidade administrativa, em um contexto de garantias constitucionais líquidas, neste propósito relevante trazer às “rudimentares” vias de controle de conduta utilizadas pela administração miliciano, visto nascer à centenas de anos a correspondente estrutura político-militar, a qual se digna ao controle imediato de seus componentes, de forma esmera e viril, com a veemência de sanções disciplinares imediatas ao faltoso militar, de modo a suplantar qualquer movimento semelhante e simpático às articulações revoltosas, sendo que tais “técnicas de controle interno” necessariamente se contemporizavam com as circunstâncias vividas no ensejo, várias guerras, incorporação de exércitos sucumbidos, animosidade a flor da pele, líderes autocráticos e ditatoriais.

Com o nascer da Democracia participativa, onde o povo se identifica como o centro do poder, visto deste emanar e ser voltado tal beldade, e neste prognóstico admitindo fazer parte deste povo os servidores e agentes públicos, trabalhadores a quem é destinado o laboro público, fins o atendimento das necessidades essenciais da coletividade, faz-se imperioso curvar os processos e procedimentos administrativos disciplinares aos princípios constitucionais de proteção aos envolvidos em “demandas” processuais administrativas, observando de forma mais incidente ainda, os servidores militares, nesta específica seara, os estaduais, que fazendo parte deste conjunto de servidores públicos, são regidos por normas seculares diferenciadas, devido a sui gêneris condição pública funcional que se encontram, a de policial militar, arraigado ainda às vetustas normatizações milicianas federais, porém com objetivo funcional constitucional diversos daquele órgão das forças armadas, com muito mais sintonia, sincronismo, com a sociedade, devido a precípua missão que exerce de polícia ostensiva com a devida preservação

da ordem pública, art 144 CF, neste particular envolvendo-se diretamente com a sociedade e seus mais nevrálgicos pontos.

Inúmeras são as teorias ao longo do tempo que procuram explicar a existência do Estado e sua importância para a humanidade. Max Weber, citado por Maurício Tragtenberg <sup>2</sup>, por exemplo, define o Estado como “uma comunidade humana que pretende o monopólio do uso **legítimo** da força física dentro de determinado território” (grifamos). É fato, porém, que o Estado, em suas várias formas de expressão do poder, nem sempre atuou no interesse da comunidade que o instituiu, manifestando-se em larga medida como um instrumento de manipulação e perpetuação dos interesses de poucos. Na busca da legitimidade da força estatal como meio necessário e útil à consecução do bem comum, muito sangue foi derramado, muitas vidas foram ceifadas para que, hoje, tivéssemos inscrita na Constituição da República Federativa do Brasil uma Carta de Direitos, limitativa dos poderes estatais em face dos direitos dos administrados e impeditiva do arbítrio. Lembremos que até pouco tempo atrás vivíamos em uma ditadura, um Estado despótico pouco afeto às liberdades públicas. Tem-se, portanto, que o poder estatal, só será legítimo se representar o interesse público que, por sua vez, é juridicamente estabelecido na Constituição e nas leis com ela compatíveis.

O Brasil é, de acordo com o disposto no art. 1º da Lei Magna, um “Estado Democrático de Direitos” onde “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. A definição de um Estado como de Direito, apenas, só garante que tal Estado é, em tese, cumpridor das leis que ele próprio instituiu. Um Estado Ditatorial, portanto, será de Direito se obedecer às suas próprias leis, ainda que menoscabe direitos e liberdades fundamentais. Há, portanto, “que se qualificar o Direito a que se submete o Estado”<sup>3</sup>. Assim fez o constituinte brasileiro, instituindo o regime democrático de governo, fundando-o na soberania popular:

<sup>2</sup> TRAGTENBERG, M. Max Weber, série “Os economistas”. São Paulo: Nova Cultural, 1997

<sup>3</sup> SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000, pág.125

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei como o que imperou no estado de Direito Clássico; precisa influir na realidade social, impondo mudanças sociais democráticas. Como um dos objetivos fundamentais de tal Estado Democrático de Direito, estatui-se, no artigo 3º, I, da Constituição, “construir uma sociedade livre, **justa** e solidária” (grifo nosso).

## 2. PROCESSO DISCIPLINAR COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DO PODER ESTATAL

Como já fora exordialmente consignado em capítulos anteriores, o papel do processo administrativo, em peculiar observação o processo administrativo disciplinar, a partir de conjuntura social e jurídica adequadas ao Estado Democrático de Direito, transpassa o óbvio objetivo que cunhou a atividade administrativa ao longo dos tempos, qual seja, a simples organização da máquina pública em benefício da coletividade, passando a implementar característica que sublima uma atuação justa, comedida e pontual, imprescindivelmente necessária, acarretando consequentemente a exteriorização da legitimidade estatal vistas as necessárias intervenções na vida do administrado ou do servidor.

A doutrina hodierna considera como fundamental essa nova vertente administrativa, o que culmina, inclusive, em distinto enfrentamento a questões que antigamente eram pacificamente entendidas por albergadas pelo interesse público na atuação discricionária e superior da Administração frente ao servidor, cujo respaldo, agora, também transpassa pela necessidade, proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, ampla defesa, contraditório e devido processo legal, todos princípios constitucionais, pelo que apresentam categoricamente a face da legitimação do poder estatal.

Tragamos a baila algumas considerações doutrinárias (SUNDFELD, 1997, p. 161) sobre o assunto:

Porém, não é qualquer processo que serve à produção dos atos estatais, mas unicamente o que se convencionou chamar devido processo legal, dotado de um complexo de características fundamentais. Ada Grinover, embora se referindo ao princípio exclusivamente em sua projeção no direito processual ( ou direito judiciário), demonstra adequadamente que o devido processo é que legitima a atividade estatal: ' A expressão devido processo legal, oriunda da Magna Carta de 1215, indica o conjunto de garantias processuais a serem asseguradas à parte, para tutela das situações que acabam legitimando o próprio processo. Do ponto de vista do autor, que pede, e do réu que se defende, o devido processo legal tutela a posição dos litigantes perante os órgãos jurisdicionais. Mas do ponto de vista do Estado, obrigado à prestação jurisdicional e sujeito passivo do direito de ação, esse mesmo conjunto de garantias vai legitimar toda a atividade jurisdicional' (O processo em sua unidade. II, p. 60). O devido processo é garantia dos particulares frente ao Estado. Garantia ao mesmo tempo passiva, isto é, dirigida à pessoa enquanto sofre o poder estatal, e ativa, destinada a propiciar o acionamento da máquina estatal pelos membros da sociedade e a obtenção de decisões.

Ainda considera Dinamarco (1994, p. 30-31) sobre o assunto:

É natural que, como instrumento, o sistema processual guarde perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sobre o pátio constitucional. Os sistemas políticos se refletem na norma constitucional e tem um efeito direto sobre as base do direito processual. Compreende-se pois que o processo do estado liberal não possa sobreviver nos regimes socialistas, nem esteja mais presente no estado ocidental contemporâneo, de cunho social. O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar. Os princípios que ela inclui não podem ter, no presente, a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal. O que há de perene nos princípios é a idéia-mestra que cada um contém; e eles são sujeitos e variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço, no tocante à sua extensão e interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional. A instabilidade histórica das estruturas e instituições sociais atinge também os princípios constitucionais do processo, que assim não podem ser rigorosamente *sub specie aeternitatis*.

Destarte, a legitimação do poder atualmente nasce com propósito angular pré-existente, qual seja, o respeito a dignidade da pessoa humana, posto que a lei

serve ao homem e não a um conjunto de idéias dissociadas ao bem estar do indivíduo.

Logo a atividade administrativa, dentre ela a instauração e instrução do processo disciplinar militar antes de focar extremos distantes, atingir fins excludentes, ou saciar os anseios múltiplos pelos quais, não esporadicamente, fomentam o deflagrar de tais ações, devem colimar a dignidade do servidor, em real consonância com os propósitos operacionais da atividade pública, dentro da ideia de eficiência, moralidade e legalidade, sem, no entanto, fulminar com as garantias, não menos importantes, daqueles que agem em nome do estado, e que circunstancialmente figuram como acusados em processo disciplinar, o que parece translúcido no atual entendimento doutrinário (ARENHART, 2000, p. 83), senão vejamos:

É evidente que a condução da dignidade da pessoa humana ao status de fundamento do Estado Brasileiro faz com que esse princípio torne-se um verdadeiro vetor para o exame de todo e qualquer outro texto legal (constitucional ou infraconstitucional), orientando a interpretação de todas as demais garantias

Pontua ainda Roza (2008, p.107) o seguinte:

Mesmo quando exerce o dever-poder de forma privilegiada sobre o particular, tendo em vista o interesse público, a Administração, e por conseqüência os administradores, esta adstrita aos meios previstos legalmente, sem olvidar o respeito a dignidade da pessoa com quem se confronta, comportamento que deve ter mesmo quando, em processo disciplinar, mede forças com seu próprio servidor. Na relação processual que se estabelece, deve haver igualdade entre as partes. O destino do processo não pode estar antecipadamente definido, embora os passos a serem seguidos de todos devem ser conhecidos antecipadamente e exercidos com igual oportunidade.

Ao considerarmos tais estudos, tem-se que a dignidade da pessoa humana é elemento crucial da legitimação do poder estatal que se instrumentaliza também pelo exercício pleno de devido processo legal, sendo coerente entender que o mesmo processo, desvinculado dos fins democráticos, seria potencial arma ao fulminar da democracia, o que nos remete a uma balizada reflexão do assunto, como bem anuncia a festejada Carmem Lúcia “*in verbis*”:

Como instrumento para a realização de um fim que lhe é extremo, o processo nem sempre foi - ou tem sido - utilizado democraticamente. Às vezes ele foi mesmo utilizado para impedir o exercício livre de direitos, para permitir que o direito não se realizasse. O processo pode instrumentalizar a antidemocracia. Já não se tem crença vã ou a convicção ingênua de ser ele um instrumento abúlico política e juridicamente. Pior: ele pode ser a certeza do governante antidemocrático da insegurança constituída sob formas que deveriam conduzir ao contrário, qual seja, a segurança que somente o direito democrático pode oferecer. ( apud HARGER, 2008, p. 187)

Neste sentido, prestigiando em sobrelevado relevo a garantia constitucional do devido processo legal, bem como a ampla defesa, bastante robusto os ensinamentos de Bockmann (2000, p. 243), que assim leciona:

Assim deve ser compreendida a ampla defesa: garantia de poder defender-se e articular suas razões, garantia de um processo legítimo, e garantia do respeito a um Estado Democrático de Direito. O princípio representa o topo dessa escala ascendente de direitos do particular em face da Administração Pública.

Nestes termos, colimando o estudo mais incidente sobre a figura da revelia no âmbito processual disciplinar administrativo militar, uma das circunstâncias processuais ensejadoras da possível nomeação de defensor dativo, cabe o estudo de tal fenômeno, no propósito de indicar quais seriam as medidas responsáveis pela ausência de significativa incidência do aspecto revel na processualística disciplinar militar, ou ainda as medidas processuais amenizadoras, capazes a propiciar o direito de defesa do servidor mesmo em condição tão desfavorável, sem que a disposição do correspondente direito constitucional em comento nasça com o singelo objetivo de simplesmente cumprir um rito procedimental que lhe propicia a submissão do subordinado à sanção disciplinar, não se importando com a finalidade da forma e sim apenas com o resultado que esta anuncia, desprezando a real natureza do processo, que nas palavras de Carlos Ari ( 1997, p. 91), insere a seguinte conotação:

O processo é, então - em perfeita coerência com a ideia central de direito público, de realizar o equilíbrio entre liberdade e autoridade - a contrapartida assegurada aos particulares pelo fato de serem atingidos por atos estatais e unilaterais. Sem que a decisão do Estado ( a lei, a sentença, o ato administrativo) deixe de ser ato de autoridade, protege-se o indivíduo a ser afetado: condicionando a produção do ato a um processo do qual ele possa participar. Sob esse ângulo, o processo cumpre o papel eminentemente ligado à tutela dos interesses e direito dos particulares.

Eis mais uma vez a substancial indagação, palco de reflexão deste artigo, que se maximiza pela seguinte expressão: é possível que princípios extraídos da mesma constituição federal, entretanto que focam situações aparentemente antagônicas, posicionando-se como instrumento garantidor de distinto valor, que coexistam ou necessariamente um deve anular o outro, posto haver de prevalecer determinada categoria em detrimento de outra oriunda da mesma Carta Magna?

O Direito Público tem um eterno dilema que consiste em fazer prevalecer o interesse da coletividade sem aniquilar os direitos e garantias individuais.

Os institutos de Direito Público, de um modo geral, refletem essa tensão. O Estado impõe limitações administrativas, mas estas devem obedecer a critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

O principal elemento garantidor desse equilíbrio é a noção de legalidade, que é da essência de um Estado de Direito. A opção pela legalidade, contudo, não soluciona o problema por completo.

É que algumas vezes a posição entre autoridade e liberdade surge do conflito entre o princípio da legalidade e outros princípios constitucionais, como por exemplo ampla defesa, contraditório e devido processo legal. (HARGER, 2008, p. 163)

Agustin Gordilho (1977, p. 94) traz necessária referência sobre essa difícil tarefa, nos seguintes termos:

A história registra primeiro o despotismo estatal sobre os indivíduos; a seguir e como reação, a acerbação do indivíduo diante da sociedade; por fim e como ideal, o equilíbrio racional dos dois elementos essenciais do mundo livre e contemporâneo; indivíduo e sociedade, indivíduo e Estado.

Mas esse equilíbrio que se almeja e busca é muito escorregadio e impreciso: o que para uns representa a cômoda solução da tensão – enquanto eles não estão inseridos na mesma – é para outros uma submissão ou um atropelo; na verdade, parecia que essa incerteza tem uma propensão a resolver-se novamente em um autoritarismo revivido. É necessário, portanto, buscar o equilíbrio do próprio critério com base no qual se analisarão as tensões e contraposições do indivíduo e do Estado.

E este equilíbrio primário é equilíbrio espiritual e político, é sensibilidade jurídica e humana, é preocupação constante para preencher não só formal mas também substancialmente as solicitações da justiça.

Indagações como estas merecem investigação na doutrina jurídica vigente, anunciando a importância do princípio no ordenamento jurídico, seu conceito, sua finalidade, bem como a correlação entre seus conflitos aparentes. Desta feita, observemos diferentes posições doutrinárias sobre o assunto:



Descumprir princípios, como normas de primeira grandeza que são, é mais grave do que infringir os demais preceitos infraconstitucionais. As regras jurídicas tem por fundamento de validade a norma constitucional que, estabelecida com caráter de rigidez, lhes é superior. Os princípios representam o fundamento, a estrutura e a seiva que vitalizam o ordenamento jurídico.

[...]

O princípio vincula o agir estatal em função da garantia dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais orbitam em torno da pessoa, cuja dignidade é destacada como fundamento do Estado Democrático de Direito e, dentre eles, cumpre papel determinante, o da ampla defesa. ( ROZA, 2008, p. 98-100)

Ensina ainda Medauar (2004, p. 140):

O ordenamento pátrio confere relevo aos princípios gerais de direito. A Constituição de 1988, no § 2º do artigo 5º, faz decorrer direitos dos princípios por ela adotados, nos seguintes termos: “ Os direitos e garantias expressos pela Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados , ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

[...]

No direito administrativo, os princípios revestem-se de grande importância. Por ser um direito de elaboração recente e não codificado os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos. Acrescente-se que, no âmbito administrativo, muitas normas são editadas em vista de circunstâncias de momento, resultando multiplicidade de textos, sem reunião sistemática. Daí a importância dos princípios, sobretudo para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres.

[...]

Os princípios revestem-se de função positiva ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; atuam assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas para que se realize a justiça e a paz social; sua função negativa significa a rejeição de valores e normas que os contrariam.

Discorrida a importância dos princípios na seara processual administrativa disciplinar, busquemos acaento doutrinário quanto a exteriorização dos mesmos diante do regime jurídico administrativo pátrio, bem como a integração entre eles diante do caso concreto a serem aplicados, o que nos remete aos seguintes ensinamentos:

1) Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente a exigência ( impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida. A convivência dos princípios é conflitual; a convivência das regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas se excluem;

- 2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigência de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses ( não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois, se uma regra vale ( tem validade), deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais nem menos;
- 3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “Standards” que, em “primeira linha”(prima facie), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias;
- 4) os princípios suscitam problemas de validade e peso ( importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade ( se elas não são corretas, devem ser alteradas) ( HARGER, 2008, p. 180)

O Ministro Eros Grau, por sua vez, converge com o pensamento declinado, nos seguintes termos:

Refere-se a doutrina ainda, no entanto, antinomias jurídicas impróprias. Aqui, porém, o conflito alinhado entre normas não conduz à necessidade de uma delas ser eliminada do sistema. O conflito se manifesta – há incompatibilidade entre ambas – porém não resulta em antinomia jurídica.

Desse tipo, os conflitos entre princípios: a opção do aplicador do direito ou do intérprete por um deles – em detrimento do que a ele se opõe – não implica desobediência do outro. Repita-se: esse tipo de conflito não resulta antinomia.

Manifesta-se, aqui, precisamente a situação apontada por Dworkin: a circunstância de, em determinado caso, a adoção de um princípio, pelo aplicador do direito ou pelo intérprete, implicar o afastamento de outro, que com aquele entre em testilhas, não importa em que este seja eliminado do sistema, até porque este poderá vir a prevalecer. Robert Alexy observa que, ao passo que os conflitos em regras ocorrem na dimensão da validade, os conflitos entre princípios se verificam – visto que apenas princípios válidos podem colidir entre si – dentro da dimensão do peso.

Isso significa que, em cada caso, armam-se diversos jogos de princípios, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, umas privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando. (GRAU , 1997, p. 98-99)

Mais precisamente sobre o princípio da supremacia do interesse público, vejamos como se apresenta o entendimento doutrinário:

Como princípio implícito que é, adquire a extensão que a ordem jurídica lhe houver atribuído por intermédio de suas disposições. Vale a pena lembrar as considerações antes feitas no sentido de que os princípios jurídicos implícitos não possuem um valor à margem da ordem jurídica, mas somente à medida que esta os houver consagrado. Por isso, não se pode invocar esse princípio abstratamente e em contrariedade às leis e à Constituição.

Por outro lado essa supremacia não pode ser entendida como algo que esteja acima de qualquer interesse privado. Ela significa apenas, que o ordenamento jurídico confere prioridade ao interesse público, mas essa prioridade deve ser exercida nos estritos termos em que é conferida pela lei (HARGER, 2008, p. 86)

Colaborando com o apresentado entendimento surge a lição de Bandeira de Melo (1999, p.55-56) :

O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas extensão e compostura que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde, jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a constituição ou as leis. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado.

O princípio da eficiência, pela expoente dinamicidade formadora de sua natureza, merece assentamento doutrinário próprio, o que viabiliza as seguintes asserções:

Atente-se para o fato de que a inserção da eficiência como princípio constitucional pode causar sérias distorções, que devem ser desde logo afastadas. No setor privado “eficiência” é a relação estrita entre objetivos lucrativos ( resultados previstos) e eficácia da atividade ( excelente utilização dos recursos disponíveis). O fim dessas atividades não é a estrita obediência e respeito ao cidadão. As condutas são desenvolvidas essencialmente em favor da pessoa prestadora do serviço. Quando muito, o terceiro ( cliente, não cidadão) é atendido com maior atenção visando-se o objetivo da própria administração empresarial ( lucro). Mais do que isso, o cliente está em posição jurídica absolutamente diversa da do cidadão: este é titular dos bens públicos, outorgados a seus representantes para o exercício evolutivo dos serviços criados em seu benefício.

Ora a Administração Pública não pode ser orientada para a questão dos lucros sobre o capital - olvidando ou deixando como questão secundária as implicações sociais primárias da atividade administrativa. Seria celebração peremptória, como máxima constitucional, de interesses secundários da Administração. (MOREIRA, 2000, p. 125)

Ou ainda, segundo incisivamente assevera Harger ( 2008, p.196):

Procura-se privilegiar a “eficiência” em detrimento dos direitos e garantias individuais.

Essa situação de afronta à Constituição pretendeu ser legitimada pela inclusão no ordenamento jurídico brasileiro do princípio da eficiência. Há quem pretenda enfraquecer o conteúdo de direitos e garantias individuais, conquistados historicamente, em nome desse princípio.

Ocorre que as normas jurídicas não devem ser interpretadas de acordo com a vontade do legislador, mas sim em conformidade com o sistema jurídico no qual estão inseridas.

[...]

Faz-se necessário, portanto, estabelecer um conceito jurídico de eficiência. Não se postula a existência de uma Administração Pública mastodônica, mas sim uma atividade administrativa cuja celeridade de atuação não pisoteie os direitos e garantias individuais. É que a efetividade do processo não pode ser considerada um valor absoluto. Deve-se procurar equilibrar a busca pela eficiência e os direitos e garantias individuais.

Quanto ao princípio da legalidade, fundamento substancial do direito administrativo e da ação estatal como um todo, resta-nos entender que a efetivação de seus termos não encerram tão somente ao cumprimento cego à lei, e sim à consequência desencadeada do ato administrativo a partir da constatação de razoabilidade e legitimidade de seu conteúdo, como forma inclusive a tutelar a dignidade da pessoa humana, nesse caso o próprio servidor, contexto esse bem apresentado por Cármen Lúcia (1994, p. 69-70), a partir da seguinte exegese:

A preferência que se confere à expressão deste princípio da juridicidade, e não apenas ao da legalidade como antes era afirmado, é que, ainda que se entenda esta em sua generalidade (e não na especificidade da lei formal), não se tem a inteireza do Direito e a grandeza da Democracia em seu conteúdo, como se pode e se tem naquele. Se a legalidade continua a participar da juridicidade a que se vincula a Administração Pública – e é certo que assim é –, esta vai muito além da legalidade, pois afirma-se em sua autoridade pela legitimidade do seu comportamento, que não se contém apenas na formalidade das normas jurídicas, ainda que consideradas na integralidade do ordenamento de Direito. A transformação não é apenas do nome do princípio, mas do seu significado e, em especial, do seu conteúdo.

Quanto ao princípio da legalidade face ao da indisponibilidade, Harger (2008, p. 166) comenta:

Verifica-se que a indisponibilidade do interesse público vai além do princípio da legalidade. Traz consigo a noção de que o agente público tem o dever de atuar de acordo com a finalidade legal, dela não podendo abdicar ou mesmo afastar-se. Isso implica dizer que, constatada a existência de um ilícito, o agente público tem a obrigação de combatê-lo. Não pode escolher entre atuar ou quedar-se silente.

Arrebata a Ministra Cármen Lúcia ( 1995, p.390), quanto ao devido processo legal em relação ao princípio da legalidade, nos seguintes termos:

Inicialmente os processualistas entendiam como cumprido o *due process of law*, quando fosse cumprido o *due procedural process of Law*. Em outro falar, o procedimento do devido processo legal. Cumprido então o procedimento, considerava-se cumprido o *due process of law*. Modernamente, assim já não mais é, porque, conforme já dissemos, o *due process of law* passa a ter conteúdo também material, e não tão-somente formal - quer dizer, passa a ter duplo conteúdo: substancial e formal.

Quanto ao processo administrativo, o princípio de devido processo constitucionalmente assegurado significa, em primeiro lugar, o dever da administração pública de atuar material e formalmente segundo o que o direito determine, fazendo com que o desempenho dessa atividade se faça por uma relação tendo como um dos pólos o administrado, que participa da dinâmica administrativa; em segundo lugar, o direito desse administrado de que essa relação se desenrole segundo os princípios que conferem segurança jurídica a seu patrimônio. Assim, o devido processo legal administrativo concerne tanto à forma quanto ao conteúdo das decisões administrativas e por ele se garante a certeza tanto de dever público quanto de direito do particular na relação administrativa.

Sob a ótica do princípio da segurança jurídica, Harger (2008, p. 174) comenta o princípio da legalidade na seguinte medida:

O caput do artigo 5º da Constituição Federal assegura a inviolabilidade do direito à segurança. Uma das mais visíveis manifestações da segurança jurídica que é, sem dúvida alguma, um dos mais importantes princípios do direito. Márcio Cammarosano afirma a esse respeito que esse princípio constitui-se “na própria razão de ser do direito, de sorte que não raras vezes sobrepõe-se ao próprio princípio da legalidade.

Ele consiste na consagração daquele anseio por estabilidade que é inerente à própria condição do ser humano. Reflete-se mais especificamente na estabilidade das relações e situações jurídicas constituídas.

Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz afirmam que “o princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição.

O princípio do informalismo, ou formalismo moderado como denominam alguns, merece conceituação doutrinária incidente, já que por conta da primeira impressão que sugere seu nome, alguns administradores entendem a supressão de direitos em favor do prestígio a tal princípio, o que parece ser atacado pela doutrina jurídica hodierna, mormente pela obra acima referenciada , em página 159, senão vejamos:

Afirmar o princípio do informalismo não significa que as formas carecem de importância para o processo administrativo. É que o informalismo somente é válido em favor do administrado. Uma afirmação dessa espécie poderia levantar alguma objeção em relação a alguma espécie de afronta à isonomia. Isso, todavia, não ocorre, à medida que se considera a máxima de que “é necessário tratar desigualmente os desiguais”. É essa a razão do informalismo em favor do administrado, esse encontra-se em um estado de sujeição ao poder administrativo. É natural que se procure assegurar o máximo de garantias diante desse poder.

A administração, por outro lado, apresenta-se como o órgão responsável pelo exercício do poder. O poder, contudo, somente pode ser exercido para o atingimento das finalidades legais, ou seja, de acordo com as formas previstas em lei.

Carvalho (2002, p. 32) ainda considera:

Em súmula estreita vale acentuar que o critério do informalismo, que permeia o procedimento administrativo, inscreve-se no plano das prerrogativas do administrado, vindo a favorecê-lo, beneficiá-lo, e criar pressupostos para que participe em igualdade de condições com o poder público no contexto procedimental. Acaso admitíssemos o informalismo em favor da Administração, entraríamos nos perigosos domínios do arbítrio e no mar revolto das soluções extralegis.

Como reiteradamente visto, não basta que o processo administrativo seja apenas procedimento narrado por escrito, para ser solucionado em até quatro dias úteis (RDPM Art 10 e seus parágrafos). É imperioso se cumprir e se respeitar senão aos princípios constitucionais fundamentais da Lex Magna, mormente aos que asseveram que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, ou ainda que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal, ou mesmo pela afirmação que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo “*exceptio feita dê*” que definidos em Lei, formal e legítima.

Importante frisar a necessidade do devido processo legal em todas as esferas do poder estatal, mormente quando a intervenção pública possa trazer prejuízos ao servidor, visto que a nossa própria Constituição Federal incorporou o princípio do devido processo legal garantido no art. XI, nº1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, “*in verbis*”:

Todo homem 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.

A sua aplicação ao processo administrativo, como já foi esposado, está hoje devidamente garantida em face do art. 5º Inciso LV, e Inciso LXI da CF, sendo um princípio absoluto. Funciona esse princípio como uma garantia que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No processo administrativo disciplinar incide o mesmo princípio, que possui uma presunção *juris tantum*, podendo ser elidida ou afastada mediante "a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa." (MORAES, 2002, p. 385) Em boa hora a era da verdade sabida foi descartada do cenário do processo administrativo, para dar lugar a verdade real, onde os fatos e as provas devem desconstituir a presunção de inocência do servidor público

Isto porque, a presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda taxativamente a condenação, inexistindo as necessárias provas.

### 3. CONCLUSÃO

Depois de considerável caminho percorrido, demonstrou-se alcançado o objetivo geral proposto neste artigo, qual seja contextualizar a dinâmica processual disciplinar no atual Estado Democrático de Direito, tendo por parâmetro os princípios e critérios constitucionais, a partir do confronto das asserções jurídicas atinentes ao contexto do devido processo legal em sede de processo disciplinar



militar, mormente quanto ao emprego de defensor dativo na dinâmica de correspondente atividade jurídica.

Há de se conhecer e reverenciar o eminente regime democrático vivido, adaptando a rigidez e virilidade da sistematização militar, indispensável ao perpetuar em garbo e prestígio avassalador que se identifica a operacionalidade militar, às sublimes e intransponíveis garantias constitucionais adquiridas com imensurável esforço, sendo estas inexoráveis e definitivamente baluartes da razão de justiça aos seres, visto que a instituição policial militar foi gerada e ainda instituída está com fins de servir, de modo eficaz e legítimo, à sociedade que lhe digna tal função, destarte, havendo desencontros entre a proposta do emprego de seu mister, em âmbito interno ou imediatamente externo, e os conceitos exaltados pela consciência e vontade social, a de se prevalecer a manifestação destas últimas características, havendo por necessário o devido ajuste institucional à vontade social que segue expressa no ordenamento jurídico maior vigente, em preliminar análise.

Como bem posto, a legitimidade da atividade administrativa se perfaz pelo atendimento aos preceitos constitucionais, ao espírito da norma fundamental, que, hodiernamente, anunciada está a partir do respeito à dignidade da pessoa humana.

No exercício da função administrativa, amplamente tutelada pelo Princípio da Legalidade, é fato que algumas situações escapam à previsibilidade do legislador. Ainda, intencionalmente, prefere o legislador outorgar maior espaço de decisão e mobilidade ao administrador na tomada de decisões. Porém, atualmente, não se deve dar ao poder discricionário a amplitude que tinha quando instrumentalizava a atuação estatal ditatorial, em prejuízo dos reais interesses da população, o que foi peculiarmente estudado ao longo do trabalho, entretanto, não sobeja oportunidade em, mais uma vez, se valer dos ensinamentos do insigne Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 785), que anuncia:

Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de



cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente

Não remanesce, portanto, a assertiva clássica que associa poder disciplinar a discricionariedade. Como esclarece Odete Medauar, outra autora recorrente em citações na presente monografia, no tocante ao poder disciplinar, postulando que soa estranho atualmente associá-lo à discricionariedade, seja em virtude dos parâmetros que o norteiam, seja mesmo em função dos moldes processuais sob o qual deve desenvolver-se, justamente a fim de impedir arbítrios e subjetivismos (2000, p. 139). Assim, “o procedimento administrativo punitivo, no Estado Democrático de Direito, perfilhado como modelo pelo nosso Constituinte (art. 1º da CF), ostenta feição vinculada” (NOBRE JUNIOR, 2000, p. 151), de modo que o processo administrativo, pós 88, passou a ter todas as garantias previstas para o processo judicial, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LV da C.F.

O grande desafio fora conciliar em mesmo contexto procedimental as garantias constitucionais anunciadas, aos prementes desígnios administrativos, correspondentes substancialmente a executar as atividades funcionais com a maior eficiência possível, presteza, agilidade, precisão, e ainda garantir aos gestores da administração pública instrumentos objetivamente capazes de se atingir tais fins, sem que o norte da finalidade pública se perca diante de imbróglis constantes.

Por esse viés, congruente considerar o problema motivador da pesquisa, que se encerrava na indagação referente a doutrina jurídica que posiciona-se sobre a presença de defensor dativo em processo disciplinar militar, mormente quanto seu fundamento constitucional, sendo que as hipóteses foram confirmadas, apontando ao sentido da imprescindibilidade funcional do referido defensor em sede de processo disciplinar, bem como pela exclusão de qualquer reticência pela Corte jurídica maior da República Federativa do Brasil quanto a tal emprego, leitura sistemática da súmula vinculante número 5, oriunda do STF.

Entretanto, oportuno apenas mencionar vertente interessante olvidada pela Corte Suprema da Jurisdição brasileira, mormente com relação a redação das súmulas do STJ, 343, e do STF, súmula vinculante número 05, que apresentaram falhas congênitas a seus enunciados limitados e pouco expressivos quanto ao processo disciplinar militar, visto que não abordam sanções disciplinares que potencialmente podem patrocinar o cerceamento da liberdade do servidor, o que mereceu todo um capítulo para o devido estudo no trabalho monográfico apresentado.

O defensor dativo mostrou-se primordial para o alcance do devido processo legal em âmbito disciplinar militar, o que fora muito bem conhecido pela gestão atual da Corregedoria Geral da PMMT, quando elaborou a Portaria 128, o que merece grande festejo.

Por fim cabe ressaltar que todos os infratores devem ser punidos, sem exceção, independentemente do cargo ou posição social, em atendimento ao preceito estabelecido no art. 5º, caput, da CF. **A lei não deve permitir a impunidade em qualquer área do Direito.** As sanções, se necessário, devem ser severas, inclusive com a perda do cargo, posto, patente, graduação, vantagens, liberdade, bens, prerrogativas, o que for necessário. Mas, a punição efetiva deve ter como fundamento **o respeito aos preceitos constitucionais.**

O devido processo legal é uma garantia que fortalece o ato praticado pelo julgador, cuja decisão no âmbito da administração não faz coisa julgada, que dificilmente terá a sua decisão revista pelo Poder Judiciário, guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão conforme o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

O processo administrativo pode ser efetivo, célere, mas com a observância dos princípios constitucionais, sem que isso signifique a quebra dos poderes outorgados a administração pública, que deve punir de forma exemplar todos os infratores, inclusive com **a demissão, expulsão, perda do cargo, independentemente da sua posição funcional.** Afinal, a sociedade que de forma

democrática escolheu os seus novos mandatários não tolera mais a corrupção, que vem corroendo as divisas do país, que deve conceder a todos os brasileiros uma vida digna em atendimento aos princípios enumerados no texto constitucional ao tratar da República Federativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Vol.2. São Paulo: RT, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Processo administrativo tributário**. Revista de direito tributário n. 9, 2002.

DINAMARCO, cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GORDILLO, Agustin. **Princípios gerais do direito público**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 199(?).

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES ,Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo - princípios constitucionais e a lei 9.784/99**. São Paulo : Malheiros, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edson Pereira. **Sanções Administrativas e princípios de direito penal**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

\_\_\_\_\_. **Perspectivas de direito público.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro.** Belo Horizonte: Revista de direito administrativo, 1999.

ROZA, Claudio. **Processo administrativo disciplina & ampla defesa.** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.