

A PRESENÇA DO ADVOGADO NO CONSELHO DE DISCIPLINA: Obrigatoriedade ou Faculdade?ⁱ(1)

Nelson Burilleⁱⁱ(2)

[...] o direito não pode ser visto como puro fato, nem como pura forma, nem como norma entendida em sentido formal, nem como puro valor ideal, nem como puro conteúdo intencional, mas sim como *objetivação normativa da justiça*.ⁱⁱⁱ(3)

1 INTRODUÇÃO

Tem o presente ensaio o escopo de perscrutar sobre a necessidade da presença do causídico no Conselho de Disciplina, tendo em vista que a matéria examinada ainda suscita pontuais questionamentos por parte de alguns administradores militares. Em outras palavras, verificar se a ausência do advogado no desenvolvimento do referido processo disciplinar constitui ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, e, nesse passo, analisar se à luz das regras e princípios que emanam Constituição da República de 1988 é possível (e válida) a nomeação de oficial militar para proceder à defesa do acusado, *ex vi* do Art. 9º, § 4º, do Decreto nº 71.500, de 5 de dezembro de 1972.

Assim, temos a ousada pretensão de contribuir para a construção de uma correta interpretação e aplicação das normas constitucional e administrativa, por parte do administrador militar, auxiliando-o na tomada de decisões firmes e legais, sobretudo quando emanar atos normativos acerca da elaboração e funcionamento dos Conselhos de Disciplina.

Destarte, feito esse breve intróito, iniciaremos a abordagem analisando o conceito de Conselho de Disciplina, bem como suas características, objetivando situar o leitor menos familiarizado com o Direito Administrativo Militar.

2 CONSELHO DE DISCIPLINA

O Conselho de Disciplina está previsto no Decreto nº 71.500, de 5 de dezembro de 1972. Sua finalidade vem estampada no primeiro artigo, que assim dispõe:

Art. 1º. O Conselho de Disciplina é destinado a julgar da incapacidade do Guarda-Marinha, do Aspirante-a-Oficial e das demais praças das Forças Armadas com estabilidade assegurada, para permanecerem

na ativa, criando-lhes, ao mesmo tempo, condições para se defenderem.

Logo, Conselho de Disciplina é o processo administrativo disciplinar pelo qual a Administração Militar submete o acusado (praça com estabilidade) para julgar-lhe a capacidade de permanecer na condição de militar da ativa, assegurando-lhe, como todo processo disciplinar, a ampla defesa e o contraditório.

Ciente que “processo administrativo disciplinar é a sucessão ordenada de atos, destinados a averiguar a realidade de falta cometida por servidor, a ponderar as circunstâncias que nela concorreram e aplicar as sanções pertinentes^{iv}(4)”, podemos inferir que o Conselho de Disciplina é um processo administrativo disciplinar *SUI GENERIS*.

Dizemos que é *sui generis* porque: 1º) previsto unicamente na seara do Direito Administrativo Militar; 2º) aplicado apenas a determinados militares (praças e praças-especiais); 3º) destinado a julgar a capacidade (moral, ética, profissional etc.) do acusado para permanecer na ativa, a exemplo de um tribunal de honra; e 4º) constituído por três oficiais da respectiva força (Exército, Aeronáutica, Marinha, Polícia Militar^v(5)), com funções próprias, de presidente, relator-interrogante, e escrivão.

Conforme a dicção do Art. 1º do Decreto 71.500/72, somente são submetidas a Conselho de Disciplina as praças com estabilidade e as praças-especiais (Guarda-Marinha e Aspirante-a-Oficial). Essas são os alunos matriculados em cursos de formação de oficiais, aquelas são todos os demais militares estáveis, com exceção dos oficiais.

A estabilidade das praças nas Forças Armadas é adquirida após dez anos de tempo de efetivo serviço. Nas Polícias Militares, esse tempo pode variar, de Estado para Estado, conforme a legislação de cada ente.

À semelhança das comissões processantes (ou disciplinares) do processo administrativo disciplinar comum, o Conselho de Disciplina é um colegiado nomeado pela autoridade militar competente, formado por três oficiais, sendo que o presidente, oficial de maior grau hierárquico ou mais antigo, deve ser, no mínimo, um oficial intermediário (Capitão). A norma legal assim está grafada:

Art. 5º O Conselho de disciplina é composto de 3 (três) oficiais da Força Armada da praça a ser julgada.

§ 1º - O membro mais antigo do conselho de Disciplina, no mínimo um oficial intermediário, é o presidente; o que lhe segue em antigüidade é o interrogante e relator, e o mais moderno, o escrivão.

Importante ressaltar que, embora sua especialidade, o Conselho de Disciplina não perde a natureza de processo administrativo disciplinar. Para nós, processo administrativo disciplinar é uma espécie do gênero processo administrativo. Na esteira, COSTA nos ensina que processo disciplinar é aquele que “se preordena a fornecer a precondição legal para a formalização do ato punitivo interno, conforme o regime disciplinar aplicável^{vi}(6)”.

Como todo processo administrativo disciplinar, frisa-se, o Conselho de Disciplina deve propiciar ao acusado o direito à ampla defesa a ao contraditório. Assim, dispõe o Art. 9º, do Decreto nº 71.500/72, que:

Ao acusado é assegurada ampla defesa, tendo ele, após o interrogatório, prazo de 5(cinco) dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Disciplina fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham com minúcias o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados. (grifo nosso)

Entretanto, aqui se situa a celeuma, objeto deste trabalho: Pode o acusado exercer a autodefesa, ou valer-se para tal de terceira pessoa (oficial militar) que não o advogado regularmente inscrito na OAB?

Pela literalidade da lei a resposta é sim, visto que não há dispositivo determinando a presença de advogado no Conselho de Disciplina, isto é, a exigência de defesa técnica, e, não obstante isso, há referência expressa à nomeação de oficial para exercer a defesa do acusado que assim desejar, ou obrigatoriamente nos casos de revelia:

Art. 9º [...] § 4º - O processo é acompanhado por um oficial: a) indicado pelo acusado, quando este o desejar para orientação de sua defesa; ou b) designado pela autoridade que nomeou o Conselho de Disciplina, nos casos de revelia.

Porém, para uma resposta mais segura, necessário será ingressarmos, mesmo que perfunctoriamente, nos princípios da ampla defesa e do contraditório.

3 PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Os princípios da ampla defesa e do contraditório estão previstos no mesmo dispositivo constitucional (Art. 5º, LV), assim expresso: “*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*”.

No âmbito do Direito Administrativo, “estes dois princípios são aplicáveis a qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas ou jurídicas”^{vii}(7).

Também conhecido como *princípio da bilateralidade da audiência* ou, ainda, *princípio da paridade de armas*, o princípio do contraditório (assim como o princípio da ampla defesa) constitui-se verdadeiro corolário do *princípio do devido processo legal (due process of law)*^{viii}(8).

O contraditório consiste na possibilidade de contraditar argumentos e provas da parte oposta (*audiatur est altera pars*). Em outras palavras, garante a ciência bilateral de todos os atos e termos do processo, no caso, administrativo, bem como a possibilidade de manifestação a seu respeito, visando garantir o equilíbrio na relação jurídico-processual.

“Contraditório significa a exigência de se ter ciência de todos os documentos anexados aos autos pela outra parte; de apresentar prova e contraprova; de argumentar e contra-argumentar; de alegar e contra-alegar.”^{ix}(9)

Pelo princípio do contraditório, sob o ângulo da *igualdade processual*, as partes do processo possuem os mesmos direitos. Sob a óptica da *liberdade processual*, é a faculdade de as partes requererem as medidas que entendam necessárias ao seu interesse no processo, isto é, de produzirem as provas que melhor lhe convierem.

Já o princípio da ampla defesa é indissociável do contraditório, pois há profunda interação entre ambos, consistindo na possibilidade de ampla produção de provas, sejam estas previstas expressamente em lei, ou quaisquer outras consideradas lícitas ou morais.

Na obra do constitucionalista MORAES, encontramos que:

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.^x(10)

Importante a observação de CAMBI e SALOMÃO CAMBI, ao destacarem que:

A garantia da ampla defesa passa a incidir no processo administrativo disciplinar independentemente da categoria do servidor ou mesmo a categoria de sanção a ser regulada pela lei, devendo haver processo mesmo no caso em que o servidor público não esteja sujeito a perder o cargo.^{xi}(11)

Vale dizer: não importa se estável ou não estável o servidor, não interessa se a pena aplicável é a advertência ou a demissão, eis que há litígio, conflito de interesses, que pode resultar na afetação de direitos do administrado, e, portanto, independentemente da espécie de processo administrativo disciplinar aplicável, imprescindível assegurar ao acusado o direito à ampla defesa.

Do princípio da ampla defesa infere-se que o acusado deve ter total conhecimento dos fatos que lhe são imputados, bem como de todas as provas que foram produzidas e que serão objeto de análise pela autoridade administrativa. A acusação deve ser concreta, passível de resposta, e não genérica, confusa, contraditória, de modo que impossibilite o exercício da ampla defesa, sob pena de nulidade. Aliás, a ofensa a esse princípio gera nulidade absoluta do processo disciplinar, posto que se trata de princípio constitucional, verdadeira garantia individual.

De outra banda, certo é que, no processo penal, constitui desdobramento lógico e inafastável do princípio da ampla defesa a denominada *defesa técnica*, isto é, exercida por advogado. Agora, questão controversa e polêmica ocorre quando o assunto versa sobre a necessidade dessa defesa técnica no processo administrativo disciplinar. Passemos, pois, ao tema.

4 A DEFESA TÉCNICA NO CONSELHO DE DISCIPLINA

A defesa técnica é a expressão utilizada pela doutrina para traduzir a defesa realizada por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Importa-nos saber se a defesa técnica, assim conceituada, é obrigatória para o regular desenvolvimento do Conselho de Disciplina. Se, mesmo na omissão do acusado, deve o presidente do Conselho de Disciplina oficial à Defensoria Pública solicitando defensor para representar o administrado.

ROSA sustenta que: “A CF igualou o processo judicial e o administrativo, e assegurou as mesmas garantias processuais e constitucionais aos litigantes em questões administrativas (civis ou militares)”^{xii}(12).

Para o referido autor, embora os regulamentos militares possibilitem que o acusado possa ser defendido por um oficial, “o militar somente poderá ser bem assistido por meio de um advogado, que não esteja sujeito à hierarquia e disciplina militares ou ao temor reverencial”^{xiii}(13). Destarte, faz a seguinte crítica:

[...] a presença do advogado nos processos administrativos (civil ou militar) é essencial, e deve ser interpretada em decorrência dos demais princípios constitucionais assegurados no art. 5º, da CF, que levam à conclusão de que a defesa técnica somente pode ser exercida por profissional habilitado, e regularmente inscrito nos quadros da OAB.^{xiv}(14)

MARTINS, nesse sentido, argumenta que:

[...], não bastasse a insuficiência técnica do defensor leigo, agrega-se ainda ao fenômeno aqui considerado as limitações hierárquicas deste defensor que submetido à autoridade disciplinar, tal qual o acusado, não pode agir com a independência e energia necessárias a uma defesa eficiente no plano disciplinar.^{xv}(15)

À vista disso, segundo os autores supracitados, dois são os motivos relevantes para afastar a aplicação do § 4º do Art. 9º do Decreto nº 71.500/72: 1º) insuficiência técnica do oficial militar para o exercício da defesa do acusado; e 2º) falta de independência do oficial militar para atuar nesse mister, tendo em vista sua subordinação à autoridade militar nomeante.

Esse seguimento doutrinário também invoca as disposições do Art. 133 da CF (*o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão no exercício da lei*) e da Lei nº 8.906/94^{xvi}(16) para concluir que a defesa do acusado não poderá ser realizada por oficial, mesmo que este seja bacharel, visto que tal mister é privativo do advogado regularmente inscrito na OAB.

Outrossim, salienta-se que alguns mestres preferem restringir a obrigatoriedade da defesa técnica aos processos administrativos disciplinares que possam resultar penas mais graves (como é o caso do Conselho de

Disciplina), aplicando aos demais processos a regra da possibilidade, faculdade, de sua utilização^{xvii}(17). Como exemplo, citamos CAMBI e SALOMÃO CAMBI, que recomendam que,

nos processos disciplinares de servidores, que possam resultar em penas graves, a defesa técnica deve ser considerada uma exigência obrigatória. [...] Por outro lado, nas hipóteses em que a sanção a que o servidor está sujeito não é grave, a defesa técnica deve ser sempre facultada^{xviii}(18).

Assim, a gravidade da sanção a ser aplicada seria o “divisor de águas” entre a exigência e a faculdade da defesa técnica.

5 FACULDADE DA DEFESA TÉCNICA NO CONSELHO DE DISCIPLINA

A norma legal do Conselho de Disciplina prescreve que o processo será acompanhado por oficial escolhido pelo próprio acusado, no exercício do seu direito à ampla defesa e ao contraditório. A lei não proíbe a defesa técnica, mas também, não a exige, e isso não se discute. Entretanto, na omissão do acusado ou havendo revelia, a autoridade militar nomeante é quem designará o oficial para a defesa do administrado.

Norma vigente desde o ano de 1972, cabe-nos, pois, verificar se compatível com a Carta Magna, isto é, se há ou não ofensa que determine a sua não recepção.

O Art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, estabelece 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*”.

Como já exposto, o princípio do contraditório significa paridade de armas, igualdade e liberdade processual; faculdade de contra-argumentar, contestar, recorrer, etc. De outra banda, ampla defesa corresponde à possibilidade de defender-se de fatos imputados, de produzir provas, de desdizer o que foi dito, de ciência da acusação; representa a faculdade de utilização de todos os meios lícitos e morais para provar a inveracidade de acusações que são dirigidas aos acusados em geral. Enfim, são princípios que se complementam e se entrelaçam.

Acontece que, no processo administrativo disciplinar, a presença de advogado (obrigatório no processo penal) não é condição para a existência da ampla defesa e do contraditório. Nesse passo, STOCO nos ensina que,

no âmbito do direito administrativo, para se assegurar a ampla defesa não se exige que o indiciado ou sindicado esteja representado por advogado inscrito na Ordem dos Advogados. Em nenhum de seus preceitos a Constituição da República conduz a essa afirmação^{xix}(19).

O princípio do contraditório exige que a Administração possibilite ao acusado a oportunidade de acompanhar a instrução do processo administrativo

disciplinar, com ou sem defensor, bem como apresentar razões escritas, pessoalmente ou por advogado da sua escolha^{xx}(20).

Esse, aliás, é o entendimento pacífico do colendo Supremo Tribunal Federal, conforme se pode extrair, entre outras, da seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. DESNECESSIDADE DA PRESENÇA DE ADVOGADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. REEXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. **O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada de que não há ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável a presença, no processo administrativo, de advogado**, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória. (Precedentes: AGRRE n. 244.027-2/SP, relatora Ministra Ellen Gracie; RE n. 282.176-4/RJ, relator Ministro Moreira Alves; AGRAG n. 207.197, relator Ministro Otávio Galloti). No caso, não houve qualquer prejuízo para a ampla defesa do apelante, pois ele foi defendido de forma técnica, efetiva, profissional e competente pelo Oficial Militar designado para o caso, que possui conhecimento altamente especializado para os casos submetidos ao Conselho Disciplinar. Apurada em processo administrativo disciplinar a prática de falta grave e submetido o policial militar a Conselho de Disciplina, em que se observou o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, reveste-se de legalidade o ato administrativo que excluiu o faltoso dos quadros da Corporação^{xxi}(21). (grifo nosso)

É preciso ressaltar que, no processo penal, a necessidade do réu estar representado por advogado decorre, sobretudo, da regra da paridade de armas. Se o órgão acusador é o Ministério Público (nas ações penais públicas), na figura do promotor de justiça, bacharel em Direito, o defensor não pode ser outro que não uma pessoa com a mesma formação jurídica daquele, ou seja, um advogado. Ambos bacharéis, um acusa, enquanto o outro defende, ambos em igualdade de armas.

Por outro lado, no processo administrativo disciplinar, em especial no Conselho de Disciplina, quem acusa é a autoridade nomeante e quem defende é o oficial designado. Ambos são oficiais com a mesma formação básica, qual seja, o Curso de Formação de Oficiais da respectiva Força Armada ou Polícia Militar. Logo, objetivamente, estão em paridade de armas. Contudo, se o acusado, por deliberação própria, quiser se fazer representar por advogado, nada o impede, desde que o faça às suas custas. Vale dizer, se o acusado, por qualquer motivo, não constituir advogado, a autoridade administrativa não precisa (não é sua obrigação) nomear um dativo àquele.

Sobre o tema, vejamos a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG):

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - INEXISTÊNCIA DE VÍCIO QUANTO AOS ELEMENTOS ESSENCIAIS - VALIDADE-DEFESA TÉCNICA - DESNECESSIDADE. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.793542-8/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE -

APELANTE(S): SAMIR MUCCI ALCICI - APELADO(S): ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. AUDEBERT DELAGE. ACÓRDÃO. Vistos etc., acorda, em Turma, a QUARTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO. Belo Horizonte, 22 de abril de 2004. Rel Des. AUDEBERT DELAGE^{xxii}(22)

Com igual interpretação e aplicação do Direito, outro julgado do TJMG:

MILITAR - EXCLUSÃO DISCIPLINAR - PROCESSO ADMINISTRATIVO - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. A nomeação de um defensor, embora militar, é suficiente para que se possa considerar atendido o princípio da ampla defesa, mesmo porque **não se veda a presença de advogado contratado para auxiliar o acusado que, todavia, assume o ônus da contratação.** (AP 204.312-3, REL. Des. Bady Curi, DJ 28/11/2001).^{xxiii}(23) (grifo nosso)

Na doutrina, pela clareza e objetividade da lição de ASSIS, NEVES e CUNHA, suas linhas merecem inteira transcrição:

Dessa forma, a conclusão que se impõe é a seguinte: o militar submetido a processo administrativo terá direito, sempre à mais ampla defesa. Esta ampla defesa é direito do transgressor (não é ônus da Comissão Processante, do Conselho de Disciplina etc.), e deve ser por ele exercido. Se, ao ser citado, contratar um advogado, é óbvio que o profissional do Direito irá fazer a sua defesa técnica, não podendo ocorrer cerceamento de forma alguma. Agora, **se, ao revés, o acusado em processo administrativo não apresentar advogado constituído, simplesmente alegando impossibilidade de fazê-lo, ou por tentar procrastinar os trabalhos do processo administrativo, é perfeitamente possível à Comissão Processante designar um militar do Estado**, preferencialmente bacharel em Direito, **como defensor**, o que, aliás, já está previsto nas legislações atinentes à espécie. Isso entretanto, só deve ocorrer pela inércia do acusado^{xxiv}(24). (grifos nossos)

Evidente, portanto, que ao acusado é assegurado a ampla defesa e o contraditório, mas isso não implica, todavia, afirmar que a falta de defesa técnica no acompanhamento do processo administrativo gera a sua nulidade por ofensa aos citados princípios. A autoridade militar, por óbvio, não pode negar a possibilidade do acusado constituir advogado, sob pena, aí sim, de ataque à ampla defesa. Entretanto, ressalta-se, não se trata de exigência legal, como se verifica em outro julgado:

Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, **descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado**, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória. (STF – RE-AgR 244027 – SP – 1ª T. – Relª Min. Ellen Gracie – DJU 28.05.2002 – p. 123)^{xxv}(25). (grifo nosso)

MOREIRA NETO, ao discorrer sobre o Arts. 5º, LV, e 41, § 1º, II, ambos da Constituição Federal, assevera que

esses dispositivos constitucionais facultam a *ampla defesa*, o que significa que o servidor deverá ter pleno *conhecimento* dos fatos transgressivos que lhe são imputados, das provas colhidas e das alegações aduzidas, **podendo apresentar a refutação escrita por si ou por advogado**, produzir provas, bem como usar de recursos^{xxvi}(26). (grifo em negrito nosso).

Analisemos outro dispositivo constitucional: *Art 133. “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão no exercício da lei”*.

A interpretação que a doutrina^{xxvii}(27) e a jurisprudência^{xxviii}(28) dominante têm dado a essa norma constitucional é no sentido de que a indispensabilidade do advogado não é absoluta. O Art. 133 é regra meramente programática^{xxix}(29).

Ademais, o Art. 133 da Constituição é de clareza solar ao estabelecer a indispensabilidade do advogado na administração da *justiça*, que é administrada, *exclusivamente*, pelo Poder Judiciário. Logo, como as deliberações do Conselho de Disciplina, assim como de outros processos administrativos disciplinares, não são atos de jurisdição, senão atos administrativos, a presença do advogado não é condição obrigatória, mas sim mera faculdade do acusado no exercício de seu direito à ampla defesa.

E como se trata de regra relativa, a própria lei pode prever exceções, deferindo o *ius postulandi* a outras pessoas que não o advogado regularmente inscrito na OAB. Destarte, *verbi gratia*, temos: o *habeas corpus* (Art. 5º, LXVIII, CF), que pode ser interposto por qualquer pessoa; a revisão criminal (prevista no Art. 623, CPP), que pode ser pedida pelo próprio réu ou, sendo falecido, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão; a reclamação trabalhista (decorrente do Art. 791, CLT), onde tanto o empregado, como o empregador, poderá apresentá-la pessoalmente perante a Justiça do Trabalho.^{xxx}(30)

Desse modo, verificado que a exigência do advogado não é regra absoluta nem em demanda judicial, isto é, perante os órgãos do Poder Judiciário, como obrigar a sua presença nos processos administrativos disciplinares, onde, via de regra, a demanda é menos complexa e não tão formal⁽³¹⁾^{xxxi}? Mormente no Conselho de Disciplina, vez que a norma legal é clara no sentido contrário, posto que possibilita a outro servidor, no caso um oficial, proceder à defesa do acusado.

Vejamos, mais uma vez, o posicionamento do guardião da Carta Política:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DIREITO À AMPLA DEFESA. PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. Ainda recentemente, esta Primeira Turma, ao julgar o AGRAG 207.197, de que foi relator o eminente Ministro Octávio Gallotti, decidiu que **"a extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do**

advogado". - É de notar-se, ainda, que, no caso, tanto não houve qualquer prejuízo para a ampla defesa, como salientou o acórdão recorrido, que os patronos do recorrente, em suas alegações finais, não arguíram qualquer vício quanto ao seu exercício. Recurso extraordinário não conhecido. RE 282176 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 20/11/2001. Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ DATA-08-02-2002.^{xxxii}(32) (grifo nosso)

Ademais, *data maxima venia*, entender pela necessidade da defesa técnica no Conselho de Disciplina é ignorar o *princípio da inafastabilidade do controle judicial dos atos administrativos*^{xxxiii}(33), adotado pelo direito brasileiro, notadamente no Art. 5º, XXXV, CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direto”. A Carta Magna estabeleceu o sistema de jurisdição una (ou unicidade de jurisdição). Vale dizer, o constituinte pátrio não adotou o chamado *contencioso administrativo*(34)^{xxxiv}, como ocorre, *verbi gratia*, em França e em Portugal, onde a Administração Pública possui foro próprio para resolução dos litígios administrativos, com autonomia independente do Poder Judiciário, inclusive para exercer seu poder de revisão e produzir coisa julgada, existindo, pois, verdadeira dualidade de jurisdição(35)^{xxxv}. COSTA cita o sistema tedesco de contencioso administrativo, onde “as decisões em processo disciplinar são definitivas e, desde que transcorram os prazos dos recursos, constituem coisa julgada (*res judicata*)”^{xxxvi}(36).

Já o ato disciplinar decorrente do Conselho de Disciplina não tem definitividade jurídica. Não produz, em princípio, a *res judicata*, ficando, portanto, sujeito ao controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário.

Com efeito, exigir a presença do advogado no Conselho de Disciplina representa jurisdicionalizar o processo administrativo disciplinar. Fato esse que a Constituição da República, promulgada em 1988, em nenhum artigo determinou. Significa adotar todas as garantias existentes em um processo penal, *verbi gratia*, no processo administrativo disciplinar, como se o sistema adotado fosse o do contencioso administrativo. Todavia, “no direito brasileiro, falar em processo administrativo significa falar em processo gracioso”^{xxxvii}(37). Aqui, no processo gracioso, a própria Administração atua como parte e decide os litígios administrativos. Como essa decisão não tem força de coisa julgada, em havendo ilegalidade, o ato poderá ser revisto pelo Poder Judiciário. Essa é a regra adotada em nosso ordenamento.

Aliás, também não tem sentido admitir essa “jurisdicionalização” apenas para os processos disciplinares que importem pena mais grave. Ou seja, se se entende obrigatória a defesa técnica no processo administrativo disciplinar, sob pena de ofensa ao princípio da ampla defesa, não se pode dizer que, em alguns processos disciplinares, onde a pena a ser aplicada é mais branda, dispensa-se tal obrigatoriedade, por este ou aquele motivo.

De outro lado, também nos parece equivocado dizer que a nomeação de um defensor militar, bacharel ou não, causa ofensa à ampla defesa, porque o oficial nomeado atuará sob “temor reverencial”, posto que está subordinado à autoridade nomeante.

Tal argumento, *data venia*, não prospera. Primeiro, porque o oficial nomeado tem plena liberdade para atuar no patrocínio da defesa do acusado. Segundo, porque dispõe de um conhecimento técnico e profissional bastante aprofundado, pela simples razão de exercer o mesmo mister do acusado, conhecendo, portanto, as peculiaridades, as dificuldades, as mazelas etc., da profissão, e poderá, tranqüilamente utilizar tais detalhes na defesa do acusado. Terceiro, é próprio do ser humano o gosto pela vitória, o prazer das conquistas, vencer os adversários, seja no trabalho, seja no lazer, logo, o defensor nomeado para o acompanhamento do processo, não sendo diferente, envidará todos os esforços, lícitos e morais, na busca pela absolvição do acusado que acompanha. Por último, cabe lembrar que a lei fala em oficial. Esse, por sua vez, tem vitaliciedade assegurada na Carta Magna, já que o seu Art. 142, VI, determina que “o oficial só perderá o posto e a patente [...] por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra”. Vê-se, pois, que falar em “temor reverencial” é exagero. Lógico que a atuação efetiva do oficial nomeado, que importe na absolvição do acusado, pode, eventualmente, gerar certo descontentamento da autoridade nomeante, que entendia pela culpabilidade do acusado. Mas é só isso. Assim, a nomeação de um defensor, embora militar, não implica dizer que houve ofensa ao princípio da ampla defesa.

Aliado ao que já foi dito, *ad argumentandum tantum*, também se questiona: Efetivamente, a defesa técnica no Conselho de Disciplina não seria melhor conceituada como aquela desempenhada por um oficial militar? Não é este quem detém maior conhecimento técnico-profissional necessário à defesa do acusado, considerando-se que no referido processo analisar-se-á aspectos éticos, morais e profissionais da conduta do militar? Entendemos que sim^{xxxviii}(38). Aqui, defesa técnica, assim considerada, é aquela exercida pelo oficial da respectiva força militar. Nota-se, o conhecimento jurídico do causídico, por si só, não é apto para convencer a autoridade militar que o acusado é capaz de permanecer nas fileiras da respectiva corporação, visto que o Conselho de Disciplina, bem verdade, pode ser definido como um verdadeiro “tribunal de honra”.

6 CONCLUSÃO

Ipsa facto, com base na doutrina e na jurisprudência citadas, sustenta-se que a defesa técnica não é condição obrigatória para o regular desenvolvimento do Conselho de Disciplina, visto que a ausência do causídico não eiva o processo de nulidade, desde que assegurado ao acusado o direito à ampla defesa, o qual será exercido da maneira que esse julgar proveitoso, ou seja, a constituição de advogado para a defesa em Conselho de Disciplina é ato deliberativo do acusado, não obrigação da Administração.

No processo administrativo disciplinar não se exige o mesmo rigorismo formal, *verbi gratia*, de um processo penal. Então, ocorrendo omissão do acusado ou revelia, deve a autoridade militar *ex vi legis* nomear oficial para proceder a sua defesa, tendo em vista que a nomeação de oficial militar é

suficiente para que se possa considerar atendido o princípio da ampla defesa e do contraditório. Como já se disse, não se veda a presença de advogado contratado para a defesa em Conselho de Disciplina, todavia, é do acusado o encargo da contratação do patrono.

Para nós, esta é a melhor interpretação e aplicação do Direito para a matéria em análise.

7 REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de Assis; NEVES, Cícero Robson Coimbra; e CUNHA, Fernando Luiz. **Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas**. 6 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de Processo Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAMBI, Eduardo, CAMBI, Gustavo Salomão. **Juris Síntese** nº 42 – jul/ago. Processo Administrativo (Disciplinar) e Princípio da Ampla Defesa na Constituição Federal de 1988. São Paulo, Síntese Publicações, 2003.

CORRÊA, Getúlio. Organizador. **Direito Militar: história e doutrina / artigos inéditos**. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002.

COSTA, José Armando da Costa. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do Processo Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

DUARTE, Antônio Pereira. **Direito Administrativo Militar**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ESMP-SP. **Caderno Jurídico: Direito Penal Militar e Processual Penal Militar**. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico: Século XXI. Versão 3.0**. São Paulo: Lexikon Informática, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Segurança Jurídica e Certeza do Direito em Matéria Disciplinar: aspectos atuais**. Sítio: <http://www.pereiramartinsadvogados.com.br>. Acessado em 12.02.2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MIGUEL, Cláudio Amin; e COLDIBELLI, Nelson. **Elementos de Direito Processual Penal Militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

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

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. rev. e aum. - São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar**: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Processo Administrativo Disciplinar**: espécies e aspectos constitucionais. Disponível em: <http://www.militar.com.br>. Acessado em 12.02.2006.

NELSON BURILLE – Cap QOEM

- ⁱ1. Resumo do Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito Militar (PUCRS/FIJO).
- ⁱⁱ2. Capitão do Quadro de Oficiais de Estado-Maior da Brigada Militar, Bacharel em Direito pela UNIRITTER, Especialista em Direito Militar pela PUCRS/FIJO, pós-graduando em Ciências Criminais pela Universidade do Amazonas / Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes.
- ⁱⁱⁱ3. BAGOLINI, "Descrittiva pura del dato giuridico – Neopositivismo e fenomenologia", *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1955, *apud* REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. rev. e aum. – São Paulo: Saraiva, 1994. p. 31.
- ^{iv}4. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 359.
- ^v5. Em que pese o Decreto nº 71.500/72 ter como destinatários originários os militares federais das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), eventualmente, também poderá ser aplicado o referido diploma legal aos militares estaduais (bombeiros e policiais militares dos Estados da Federação), quando ainda não houver legislação própria a respeito, ou seja, lei estadual prevendo o Conselho de Disciplina para os militares do respectivo Estado. Isso ocorre, *verbi gratia*, no Estado do Rio Grande do Sul, onde a Lei Complementar 10.990/97 – Estatuto dos Servidores Militares da Brigada Militar –, estabelece no seu Art. 156 que se aplicam à Brigada Militar as disposições do Decreto Nº 71.500/72. Desse modo, o Conselho de Disciplina do referido decreto também é aplicado às praças da milícia gaúcha.
- ^{vi}6. COSTA, José Armando da Costa. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. p. 134.
- ^{vii}7. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 538.
- ^{viii}8. *Vide* a seguinte ementa: PRAÇA – EXCLUSÃO – DISCIPLINA – Decorrendo a exclusão da praça de ato tido como indisciplinar, indispensável é a observância do devido processo legal, atentando-se para o contraditório e a oportunidade de apresentação de defesa – inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. Precedente: Mandado de Segurança nº 21.721, Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 10 de junho de 1994. (STF – RE 241899 – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 24.11.2000 – p. 00105). **Júris Síntese Millennium**. nº 46. São Paulo: Síntese Publicações 2004. CD-ROM.
- ^{ix}9. MIGUEL, Cláudio Amin; e COLDIBELLI, Nelson. **Elementos de Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004. p. 61.
- ^x10. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 124.
- ^{xi}11. CAMBI, Eduardo, CAMBI, Gustavo Salomão. **Juris Síntese** nº 42 – jul/ago. Processo Administrativo (Disciplinar) e Princípio da Ampla Defesa na Constituição Federal de 1988.
- ^{xii}12. ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar: teoria e prática**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 6.
- ^{xiii}13. ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Op cit.* p. 34.
- ^{xiv}14. ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar: teoria e prática**. p. 40.
- ^{xv}15. MARTINS, Eliezer Pereira. **Segurança Jurídica E Certeza Do Direito Em Matéria Disciplinar: Aspectos Atuais**. Sítio <http://www.pereiramartinsadvogados.com.br>. Acessado em 12.02.06.
- ^{xvi}16. Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. “Art.2º O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] “Art.3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.”
- ^{xvii}17. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. p. 197.
- ^{xviii}18. CAMBI, Eduardo, CAMBI, Gustavo Salomão. **Juris Síntese** nº 42 – jul/ago. Processo Administrativo (Disciplinar) e Princípio da Ampla Defesa na Constituição Federal de 1988. São Paulo, Síntese Publicações, 2003.
- ^{xix}19. STOCO, Rui. *Apud* ASSIS, Jorge César de Assis; NEVES, Cícero Robson Coimbra; e CUNHA, Fernando Luiz. **Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas**. 6 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 115.
- ^{xx}20. Nesse sentido, *vide* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 544.
- ^{xxi}21. Disponível no sítio www.stf.gov.br, acessado em 12.03.06.
- ^{xxii}22. Disponível no sítio www.tjmg.gov.br, acessado em 13.03.06.
- ^{xxiii}23. Disponível no sítio www.tjmg.gov.br, acessado em 13.03.06.
- ^{xxiv}24. ASSIS, Jorge César de Assis; NEVES, Cícero Robson Coimbra; e CUNHA, Fernando Luiz. **Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas**. 6 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 115
- ^{xxv}25. **Júris Síntese Millennium**. nº 46. São Paulo: Síntese Publicações, 2004. CD-ROM.

^{xxvi}26. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005. p. 325.

^{xxvii}27. Nesse sentido, MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1594. Para o autor: “O princípio constitucional da indispensabilidade da intervenção do advogado, previsto no art. 133 da Carta Maior, não é absoluto. Assim, apesar de constituir-se em fator importantíssimo, a presença do advogado no processo, para garantia dos direitos e liberdades públicas previstos na Constituição Federal e em todo o ordenamento jurídico, continua existindo a possibilidade de a lei outorgar o *ius postulandi* a qualquer pessoa, como já ocorre no *habeas corpus* e na revisão criminal”.

^{xxviii}28. Cf. “O Art. 133 da Constituição Federal deve ser interpretado no sentido de que a expressão “o advogado é indispensável à administração da justiça” reserva a esses profissionais uma condição de servidor da justiça e não de monopólio, para que se tenha acesso a ela. De que decorre que o *ius postulandi* previsto no art. 839 da CLT continua em plena vigência, porque absolutamente compatível com o texto constitucional vigente”. (TST, Rel. Min. Orlando Teixeira da Costa). Extraído de: ASSIS, Jorge César de Assis; NEVES, Cícero Robson Coimbra; e CUNHA, Fernando Luiz. **Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas**. p. 115

^{xxix}29. STOCO, Rui. *Apud* ASSIS, Jorge César de Assis; NEVES, Cícero Robson Coimbra; e CUNHA, Fernando Luiz. **Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas**. p. 115.

^{xxx}30. *Vide* os julgados: “*Habeas corpus*. Revisão criminal. Pedido subscrito pelo próprio sentenciado sem assistência de advogado. Possibilidade. Lei nº 8.906/94 e art. 623 do Código de Processo Penal. O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, já proclamou que a Lei 8.906/94 não alterou o art. 623 do Código de Processo Penal, que permite que o próprio sentenciado requeira a revisão criminal” (STF – 1ª T. – HC nº 73.616-5/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 jun. 1996, p. 31.852); e “O art. 133, da nova Constituição Federal, não derogou o art. 791, da CLT, pelo que persistindo o *ius postulandi* das partes na Justiça do Trabalho, de se elidir revelia com base no fato do reclamado ter se apresentado à audiência sem advogado” (TRT – 9ª Região – RO 0446/89 – Ac. 1ª T. 0559/90 – Rel. Juiz Pedro Ribeiro Tavaves). Ambos citados por MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. p 1596 e 1597.

^{xxxi}31. *Vide* a ementa: “O processo administrativo disciplinar não se submete aos rigores do processo judicial, sendo suficiente que seja obedecido o devido processo legal, assegurada a ampla defesa e o contraditório” (STJ – 5ª T. – RMS nº 1.911-1/PR – Rel. Min. Jesus Costa Lima – Ementário STJ, nº 8/055). Citada por MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. p. 365.

^{xxxii}32. Disponível no sítio www.stf.gov.br, acessado em 12.03.06.

^{xxxiii}33. “Pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial dos atos administrativos, nenhuma decisão de qualquer órgão ou entidade administrativa será excluída de apreciação pelo Poder Judiciário – se o administrado assim desejar – cabendo sempre a ele (Judiciário) a última palavra sobre qualquer demanda instaurada.” MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 96.

^{xxxiv}34. “No direito administrativo, o chamado *contencioso administrativo* tem duas acepções bem distintas. Na concepção tipicamente processual, contencioso administrativo significa o processo envolvendo a Administração Pública e os particulares, e, no âmbito material, o órgão administrativo onde se decidem as questões administrativas litigiosas.” BARRO, Wellington Pacheco. **Curso de Processo Administrativo**. p. 27.

^{xxxv}35. Nesse sentido, *vide* BARROS, **Curso de Processo Administrativo**. p. 28.

^{xxxvi}36. COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. p. 137.

^{xxxvii}37. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 532.

^{xxxviii}38. *Vide* grifo nosso em ementa já citada nesse estudo: ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. DESNECESSIDADE DA PRESENÇA DE ADVOGADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. REEXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] No caso, **não houve qualquer prejuízo para a ampla defesa do apelante, pois ele foi defendido de forma técnica, efetiva, profissional e competente pelo Oficial Militar designado para o caso, que possui conhecimento altamente especializado para os casos submetidos ao Conselho Disciplinar.** [...]. Disponível em www.stf.gov.br, acessado em 12.03.06.