

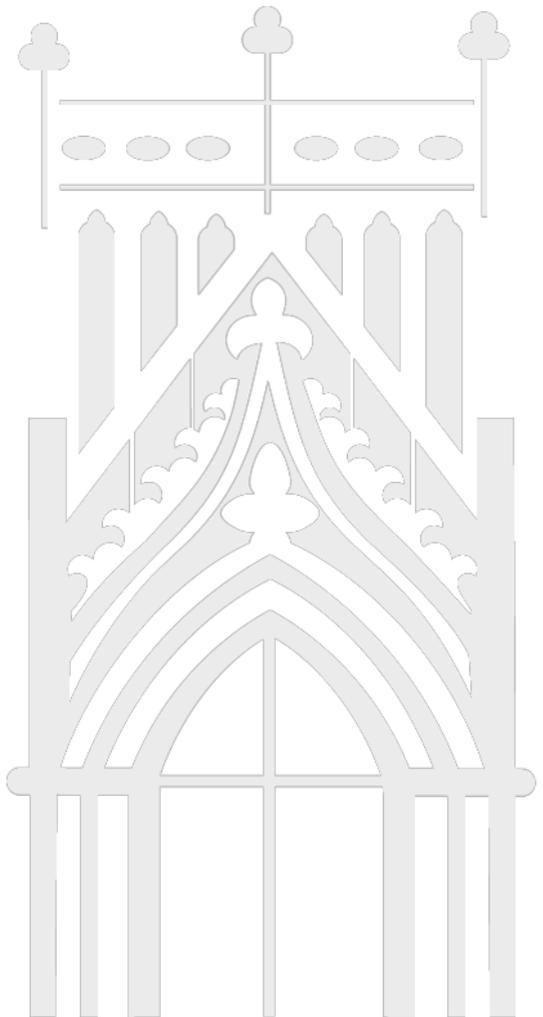


Mestrado em Gestão
Administração Pública

A Ampla Defesa nos Processos Administrativos
Disciplinares

Raimundo da Silva Barros Netto

agosto | 2017



Escola Superior
de Tecnologia
e Gestão

Instituto Politécnico da Guarda



IPG

Politécnico
|da|Guarda

Polytechnic
of Guarda

A AMPLA DEFESA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

Raimundo da Silva Barros Netto

**Projeto Aplicado para a obtenção do Grau de Mestre em Gestão,
Especialização em Administração Pública**

Agosto de 2017

Instituto Politécnico da Guarda



A AMPLA DEFESA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

Raimundo da Silva Barros Netto

**Projeto Aplicado para a obtenção do Grau de Mestre em Gestão,
Especialização em Administração Pública**

Orientador: Professor Douotr Constantino Mendes Rei

Agosto de 2017

Texto escrito em Português do Brasil

Primeiro à Deus.

Aos meus familiares, principalmente os que acompanharam de perto esta minha trajetória, em especial aos meus pais José Santana Almeida Santos e Rosimeire Barros Santos, e minhas irmãs Anna Victória Barros Santos e Nágela Karoline Barros Santos (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de toda a sabedoria, a seu Filho, Jesus Cristo, o qual doou a própria vida para salvação da humanidade, e ao Espírito Santo, o Eterno Consolador.

Ao meu pai, Santana, e à minha mãe, Rosimeire, pela constante força, incentivo aos estudos, compreensão e auxílio nos momentos mais difíceis.

As minhas irmãs Nágela Karoline (*in memorian*) e Anna Victória, pela torcida direcionada a mim.

Aos meus avós maternos, Maria Pereira Barros e Raimundo da Silva Barros (*in memorian*), e paternos, Luzia dos Santos e Eusébio Almeida Santos, pelos conselhos e incentivos.

À minha querida esposa Ramaiany Carneiro Mesquita, companheira inseparável, pela força e apoio incondicional.

Ao meu filho Ramon Carneiro Barros, combustível das lutas diárias.

Aos meus tios, primos e afilhados pela admiração.

Ao amigo Prefeito Domingos Costa Correa pela oportunidade de realizar esse estudo no ambiente de trabalho.

Ao professor Doutor Constantino Mendes Rei, ao qual, de forma atenciosa e prestativa, trouxe informações imprescindíveis a respeito do tema abordado.

Aos meus amigos que sempre apostaram no meu futuro.

A todos os que, diretamente ou indiretamente, contribuíram para a realização e conclusão deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho se ocupará de analisar a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa em sede de processo administrativo disciplinar e as implicações decorrentes da edição da Súmula Vinculante nº 5, sob os aspectos formal e material. Para que tenhamos esse objetivo alcançado, será abordado de forma ampla a doutrina processual que regula os processos em geral, em especial os processos administrativos, até chegarmos ao processo administrativo disciplinar, onde a problemática em torno da falta de obrigatoriedade de defesa técnica será analisada sob o ponto de vista formal e material. Os princípios e garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar visam garantir uma carreira sólida para os servidores em geral, sem que os mesmos passem pelo constrangimento da perda de cargo efetivo, e sem a oportunidade de se defenderem, ou demitidos ou exonerados, sem o devido processo legal, e ao sabor da vaidade dos que detém o poder. No entanto, para ser servidor público, não necessariamente, o cidadão precisa saber se defender diante de um possível processo administrativo disciplinar. Dessa forma, questiona-se: com a falta de defesa técnica de um advogado no processo administrativo disciplinar, deixa-se de aplicar os meios legais para que se promova a justiça e, passa-se a prejudicar o servidor indiciado? Diante disso o presente estudo irá contribuir ao debate junto à Administração Pública com o objetivo de melhor se compreender as técnicas de organização, atos, fatos, e procedimentos que a dão funcionalidade garantindo aos servidores públicos o devido processo legal e especificamente os princípios e garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Palavras-chave: Processo Administrativo Disciplinar - Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa – Defesa Técnica

ABSTRACT

This paper will analyze the incidence of the principles of adversarial and ample defense in disciplinary administrative proceedings and the implications of the publication of Binding Summary 5, in the formal and material aspects. In order for this objective to be achieved, the procedural doctrine that regulates the processes in general, especially the administrative processes, will be broadly addressed, until we arrive at the administrative disciplinary process, where the problems surrounding the lack of mandatory technical defense will be analyzed under The formal and material point of view. The principles and constitutional guarantees of the adversary and the ample defense in the administrative disciplinary process aim at guaranteeing a solid career for the servants in general, without them being constrained by the loss of effective position, and without the opportunity to defend themselves, or dismissed or Exonerated, without due process of law, and to the taste of the vanity of those who hold power. However, to be a public servant, not necessarily, the citizen must know how to defend himself before a possible administrative disciplinary process. Thus, it is questioned: with the lack of technical defense of a lawyer in the administrative disciplinary process, it is no longer possible to apply the legal means to promote justice and then to harm the server indicted? Therefore, the present study will contribute to the debate with the Public Administration in order to better understand the techniques of organization, acts, facts, and procedures that give it functionality, guaranteeing public servants due process of law and specifically constitutional principles and guarantees The wide defense and the contradictory.

Key words: Administrative Disciplinary Process - Principle of Contradictory and Broad Defense - Technical Defense

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	PROCESSO ADMINISTRATIVO	12
2.1	Finalidade do Processo Administrativo	17
2.2	Classificação	20
2.3	Princípios Aplicáveis ao Processo Administrativo	26
	2.3.1 Princípio da Oficialidade (Impulso Oficial)	26
	2.3.2 Princípio do Devido Processo Legal	30
	2.3.3 Princípio da Publicidade	32
	2.3.4 Princípio da Obediência à Forma e aos Procedimentos	34
	2.3.5 Princípio da Verdade Material	36
	2.3.6 Princípio da Gratuidade	39
	2.3.7 Princípio da Legalidade	40
	2.3.8 Princípio da Motivação	41
	2.3.9 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade	43
	2.3.10 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa	44
3	PODER DISCIPLINAR	52
3.1	Considerações Iniciais	52
3.2	Uso e Abuso de Poder	53
3.3	Discrecionariade e Vinculação	55
3.4	Poder Disciplinar	57
4	PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	63
4.1	Noções de Direito Administrativo Disciplinar	63
4.2	Conceito e Finalidade	63
4.3	Fundamento Legal	66

4.4 Princípios Aplicáveis ao Processo Administrativo Disciplinar.....	68
4.4.1 Princípio do Devido Processo Legal	68
4.4.2 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório	70
4.4.3 Princípio da Verdade Real	71
4.4.4 Princípio da Presunção de Inocência ou de não culpabilidade	72
4.4.5 Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade	73
4.5 Objeto	75
4.6 Espécies de Procedimentos Disciplinares.....	76
4.6.1 Sindicância	76
4.6.2 Processo Administrativo Disciplinar Propriamente Dito.....	85
5 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	96
5.1 A Defesa Técnica no Processo Administrativo Disciplinar e o Direito Fundamental à Ampla Defesa	98
5.2 O Estudo da Súmula Vinculante nº 05.....	102
5.2.1 Vícios Formais de Inconstitucionalidade.....	105
5.2.2 Inconstitucionalidade Material dos Fundamentos Utilizados para a Edição da Súmula Vinculante nº 5.....	108
6 CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118

1 INTRODUÇÃO

O processo administrativo disciplinar é um tema de interesse básico dos profissionais que atuam na esfera do Poder Administrativo e nos órgãos da administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Em cada esfera existe uma lei que disciplina a atuação dos servidores que possuem direitos e deveres nos órgãos onde estão lotados.

A presente dissertação se propõe a estudar a ampla defesa no Processo Administrativo Disciplinar e está condicionada a diversos assuntos que tenham como relevância esta garantia constitucional.

O primeiro momento deste trabalho se ocupa de propor uma visão geral do processo administrativo, analisando como se estabelece a relação processual em que a administração atua como parte interessada, e órgão julgador, analisando os princípios constitucionais e dos princípios inerentes ao Direito Administrativo, o estudo em tela versará sucintamente sobre as fases de um processo e mais criteriosamente na falta da ampla defesa e do contraditório, no mérito administrativo e nas causas de nulidade do processo, se ocupando ainda de estabelecer as principais diferenças entre processo e procedimento.

Em seguida o trabalho analisa o poder disciplinar e suas implicações no processo administrativo disciplinar, onde analisa-se as hipóteses de abuso de poder e estabelece as diferenças entre atos discricionários e vinculados, haja vista que se faz necessária a real compreensão deste instituto para que se entenda o desenvolvimento do processo administrativo disciplinar.

Seguindo o desenvolvimento do trabalho, passa-se a analisar o processo administrativo disciplinar, partindo de sua conceituação até o cabimento da abertura do processo de acordo com a Lei 8.112/90, fechando com a conclusão a respeito das garantias, deveres e direitos dos servidores públicos em relação ao órgão ao qual militam.

O artigo 148 do Estatuto Federal dos Servidores assim estabelece:

O processo administrativo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido. (CARVALHO FILHO, 2013 p. 864).

Os Princípios e Garantias Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Administrativo Disciplinar visam garantir uma carreira sólida

para os Servidores em geral, sem que os mesmos passem pelo constrangimento da perda de cargo efetivo, e sem a oportunidade de se defenderem, ou demitidos ou exonerados, sem o devido processo legal, e ao sabor da vaidade dos que detém o poder. Para se chegar a estas garantias dentro do Processo, faz-se necessária uma abordagem histórica do Processo Administrativo Disciplinar, dentro da realidade brasileira, sua abrangência, bem como aos atos vinculados e discricionários da Administração acerca deste. Nesse contexto e com maior exame, as nulidades, inexistência e anulabilidade do Processo atentando-se sempre pela ampla defesa e o devido processo legal.

Para o ingresso (posse) em qualquer repartição pública, se faz necessário o entendimento e conhecimento da lei que rege os servidores públicos, sua estabilidade e as garantias que os protegem da perseguição política ou do protecionismo que abarcam seus partidários. Nesse entendimento a intenção deste trabalho é demonstrar os aspectos relevantes da garantia constitucional da ampla defesa dentro de um estrito processo legal, declinar a respeito das garantias constitucionais aplicadas ao Processo Administrativo Disciplinar, e, verificar todo o procedimento a fim de garantir para ambas as partes, ou seja, indiciado e a administração Pública, os meios legais para que se promova a justiça e não se prejudique, sobretudo, o hipossuficiente nesta relação jurídica.

Ao final pretende-se o presente estudo contribuir ao debate junto à Administração Pública com o objetivo de melhor se compreender as técnicas de organização, atos, fatos, e procedimentos que a dão funcionalidade garantindo aos servidores públicos o devido processo legal e especificamente os Princípios e Garantias Constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Mesmo diante das dificuldades e das inúmeras novidades encontradas durante este curto espaço de tempo, a pesquisa encontrou substanciais fundamentos para o uso distinto da ampla defesa na limitação do processo administrativo disciplinar, alcançando o objetivo preliminar. A grande maioria dos autores tem a mesma interpretação dos aludidos temas não se debatendo em pequenas controvérsias.

Assim, com total amparo hermenêutico constitucional, com os diversos julgados e com as insistentes reintegrações dos servidores exonerados ou demitidos, torna-se necessário a busca de um procedimento sólido com o escopo de se fazer justiça.

A metodologia utilizada para se alcançar estes objetivos se fundou no método dedutivo, uma vez que, o estudo partiu de uma formulação geral para buscar as partes do fenômeno estudado, com o fim de sustentar e confirmar esta formulação.

Durante a elaboração do trabalho, houve diferentes métodos de procedimentos, que foram escolhidos de acordo com cada etapa da pesquisa, para que assim se possa obter um resultado mais claro e que mostre a realidade brasileira.

Normalmente se utilizam os métodos: histórico, comparativo, sistêmico, e o tipológico. O método mais utilizado para este trabalho foi o método comparativo, que nada mais é que a comparação, a fim de verificar as semelhanças e diferenças. Podendo ser observados no tempo, presente e passado, relacionando as sociedades de níveis iguais e até mesmo níveis de desenvolvimentos diferentes.

Os métodos utilizados foram à pesquisa bibliográfica e documental, tendo em vista que foram consultados livros, artigos publicados em periódicos e documentos eletrônicos pertinentes ao tema, bem como a legislação vigente que dispõe sobre matéria em estudo.

2 PROCESSO ADMINISTRATIVO

A origem do vocábulo “processo” está ligada à noção de um atividade que segue para a frente, relacionando-se com a noção de progresso, desenvolvimento, avanço, uma atividade que caminha rumo a um determinado objetivo. No sentido jurídico da expressão, refere-se a uma categoria jurídica que é caracterizada pelo fato de que o fim alvitrado resulta da relação jurídica existente entre os integrantes do processo (CARVALHO FILHO, 2015, p. 982). Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 694), “o processo é sempre forma, instrumento, modo de proceder”.

Desta forma, entendida noção de processo como um instrumento realizado a concretização de determinado fim, onde para tanto se estabelece um modo de procedimento, podemos identificar a ocorrência de processos na seara dos três Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário, para que atinjam seus objetivos previamente estabelecidos.

Cada esfera desempenhando um papel diverso, faz uso de seus próprios métodos de procedimento, porém, ambos apresentam uma fonte jurídica comum, a Constituição Federal, de onde emanam as regras que determinam os critérios de validade destes procedimentos, definindo a competência, atribuições, prerrogativas e a imposição de obrigações, com o claro objetivo de assegurar a independência e o equilíbrio necessários para que se atinja o bem comum, objetivo precípua da Administração Pública, e ainda, que sejam respeitados os direitos e garantias individuais, assegurados pelo Texto Constitucional (DI PIETRO, 2015, p. 694)

José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 982-983), costuma definir processo como “a relação jurídica integrada por algumas pessoas, que nela exercem várias atividades direcionadas para determinado fim”. Estando pois a noção de processo relacionada diretamente a sua função dinâmica, de modo que os atores principais da relação processual atuem de forma sequencial e ordenada, teleologicamente, perquirindo o objeto principal do processo, seja ele qual for.

O processo é amplamente relacionado diretamente com a função jurisdicional, ou ainda como uma boa parcela da doutrina costuma definir, instrumento de jurisdição. É através do processo que, a título de exemplo, o juiz exerce seu poder jurisdicional e soluciona o litígio entre as partes. Contudo, a noção de processo como mero instrumento da atividade jurisdicional é limitada.

Muito embora na prática seja mais fácil a idealização de processo relacionando-o de modo direto à atividade jurisdicional, haja vista esta ser a forma mais notória de processo, não se configura como a única modalidade de processo. Assim, a definição doutrinária de processo como instrumento da jurisdição, muito embora não esteja incorreta, mostra-se incompleta e limitada, haja vista que a utilização do processo como instrumento de jurisdição, não implica em dizer que esta seja a única modalidade de processo.

Considerando que os três Poderes fazem uso do instrumento jurídico processo para a satisfação de seus objetivos, este processo costuma diversas vezes ser subcategorizado ainda em decorrência da função estatal que faz uso deste instrumento. Assim, se estamos tratando de um processo cujo fim principal esteja diretamente relacionado com a função legiferante, estaremos pois diante de um processo legislativo, onde haverá pois uma relação jurídica da qual fazem parte diversos agentes e órgãos, que atuam de modo conjunto a atingir uma finalidade comum, que seja, a elaboração de uma lei, da mesma forma que a sentença é o objetivo final de um processo judicial. Tratando-se de função administrativa, a relação jurídica que se estabelece será traduzida em um processo administrativo, e assim, como nos processos em geral, serão inafastáveis as características gerais do processo, quer seja a relação jurídica entre dois lados, ligados por um objeto final a que se destina a consecução do processo. Assim, podemos falar em processos estatais distintos entre si, mas com fundamentos comuns, como bem preceitua Di Pietro, *in verbis*.

Cada um dos processos estatais está sujeito a determinados princípios próprios, específicos, adequados para a função que lhes incumbe. Não podem ser iguais o processo legislativo e o processo judicial, e um e outro não podem ser iguais ao processo administrativo. Porém todos eles obedecem, pelo menos, aos princípios da competência, da formalidade, da predominância do interesse público sobre o particular, o que permite falar na existência de uma teoria geral do processo (PIETRO, 2015, p. 694).

Interessante se faz anotar que, embora no âmbito do processo administrativo não tenhamos o desempenho total de funções jurisdicionais, poderia, de forma equivocada, supor que a denominação processo administrativo não se mostraria de pronto, como correta, porém, deve se ter em mente que, tanto o processo judicial, como o processo administrativo, possuem objetivos definidos, que no caso do processo administrativo, seria pois um ato administrativo final. Além do mais, trata-se pois de uma expressão já consolidada, não havendo pois qualquer

motivo para uma eventual alteração, sendo pois esta expressão utilizada inclusive pela própria Constituição Federal, como se depreende da leitura dos dispositivos constantes nos arts. 5º, LV; 5º, LXXII, "b"; 37, XXI; 41, § 1º, 11, da Constituição Federal (CARVALHO FILHO, 2015, p. 983).

As principais distinções entre o processo na esfera judicial, e na esfera administrativa residem, essencialmente, no fato de que em se tratando de processo judicial, haverá pois o encerramento da função jurisdicional e sempre haverá a existência de um conflito de interesses, porém, de outrabanda, o processo administrativo é marcado pelo desempenho de atividade administrativa, onde, nem sempre haverá conflito de interesses. Outra diferença reside no fato de que no processo administrativo, teremos uma relação bilateral, haja vista que, diante da existência de conflito, a relação terá de um lado, o particular, e do outro, a Administração, que figura na relação como parte e como juiz, enquanto no processo judicial, a relação desenvolvida é trilateral, pois temos a figura do Estado-juiz além das partes, que figuram como autora e ré, e ainda, uma das diferenças essenciais entre o processo judicial e o processo administrativo é que a decisão que culmina de um processo administrativo é definitiva e imodificável, ao passo que a decisão prolatada em sede de processo judicial ainda pode vir a ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário (CARVALHO FILHO, 2015, p. 983-984).

Outra diferenciação apresentada por Maria Sylvia Di Pietro (2015, p. 695), reside no fato de que, o processo judicial sempre surgirá da provocação de uma das partes, ao passo que o processo administrativo pode ser instaurado por iniciativa da própria Administração. Nesse sentido, a referida autora preceitua:

O processo judicial se instaura sempre mediante provocação de uma das partes (o autor) que, por ser titular de um interesse conflitante com o de outra parte (o réu), necessita da intervenção de terceira pessoa (o juiz), o qual, atuando com imparcialidade, aplica a lei ao caso concreto, compondo a lide: a relação jurídica é trilateral: as partes (autor e réu) e o juiz.

O processo administrativo, que pode ser instaurado mediante provocação do interessado ou por iniciativa da própria Administração, estabelece uma relação bilateral, "inter partes", ou seja, de um lado, o administrado, que deduz uma pretensão e, de outro, a Administração que, quando decide, não age como terceiro, estranho à controvérsia, mas como parte que atua no próprio interesse e nos limites que lhe são impostos por lei. Provocada ou não pelo particular, a Administração atua no interesse da própria Administração e para atender a fins que lhe são específicos. Justamente por isso alguns autores preferem falar em "interessados" e não em "partes"; no entanto, partindo-se do conceito de "parte" como aquele que propõe ou contra quem se propõe uma pretensão, é possível falar em "parte" nos processos administrativos em que se estabelecem controvérsias entre Administração e administrado (PIETRO, 2015, p. 695).

Daí decorre a gratuidade como característica do processo administrativo, quando a Administração surge como parte interessada, diferente do processo judicial, que em regra, é marcado pela onerosidade, haja vista que, neste, o Estado surge atua não como parte interessada, mas como um terceiro acionado para que atue de modo a resolver o conflito de interesse entre as partes interessadas. Assim, não cabe no processo administrativo, aplicar o princípio da Sucumbência.

Entendida a diferença entre processo judicial e processo administrativo, cabe ainda nessa conceituação introdutória, a diferenciação entre processo e procedimento administrativo, haja vista a considerável distinção entre estes dois institutos.

Calmon de Passos apud Carvalho Filho (2015, p. 984), define procedimento como “o processo em sua dinâmica, é o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva de um processo”. Esta conceituação se mostra bastante precisa, pois relaciona o conceito de procedimento como o instrumento mecânico do processo, ou em outras palavras, como se sucedem os atos sequenciais do processo. Assim, considerando o conceito de processo, como uma série de atos que se destinam à consecução de um fim previamente estabelecido, a noção de procedimento surge como o instrumento que confere a esses atos que compõem o processo, a dinâmica necessária para a sua movimentação, para que, aí, se alcance o objeto do processo. Assim, nas palavras de Matheus Carvalho (2015, p. 1113), o processo administrativo “se traduz na forma pela qual os atos do processo se desenvolvem. O procedimento é o rito respeitado pela Administração para se alcançar a finalidade do processo”.

Como bem preceitua Di Pietro, *in verbis*:

Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tornar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração. O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo. Nem sempre a lei estabelece procedimentos a serem observados necessariamente pela Administração; nesse caso, ela é livre na escolha da forma de atingir os seus objetivos, o que normalmente ocorre quando se trata de fase interna de desenvolvimento do processo, não atingindo direitos dos administrados. Em outras hipóteses, a lei estabelece uma sucessão de

atos preparatórios que devem obrigatoriamente preceder a prática do ato final; nesse caso, existe o procedimento, cuja inobservância gera a ilegalidade do ato da Administração. Em regra, o procedimento é imposto com maior rigidez quando esteja envolvido não só o interesse público, mas também os direitos dos administrados, como ocorre na licitação, nos concursos públicos, nos processos disciplinares. (PIETRO, 2015, p. 696).

Ainda acerca da diferenciação entre processo e procedimento, é interessante observar que, embora não tenhamos processo sem procedimento, os procedimentos administrativos existem independentes de processo. Como bem preceitua Helly Lopes Meirelles (2016, p. 818): “O que caracteriza o processo é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia; o que tipifica o procedimento de um processo é o modo específico do ordenamento desses atos”.

O referido autor ainda cita diversos exemplos, onde se faz importante essa diferenciação, *in verbis*:

“Todavia, a distinção é relevante, pois no processo administrativo deve-se assegurar a garantia e a observância de princípios constitucionais (p. ex., devido processo legal, ampla defesa e contraditório). Igualmente no exame da tipicidade penal, em especial a do crime de falso testemunho ou falsa perícia, previsto pelo art. 342 do CP, na redação dada pela Lei 10.268/2001. Por isso, no nosso entender, a testemunha, o perito, o tradutor ou o intérprete que atuar no processo administrativo deve ser advertido a respeito, por quem o presidir, por escrito ou verbalmente, conforme o caso (MEIRELLES, 2016, p. 819).

Alguns estudiosos, como Celso Antônio Bandeira de Mello entendem processo administrativo e procedimento administrativo como expressões sinônimas, entendendo os dois conceitos como uma sequência de atos voltados para a obtenção de um determinado fim. Esta corrente doutrinária entende que os conceitos são iguais, por que, diante da relação que se manifesta entre os atos para a obtenção do fim pré estabelecido, estaríamos pois diante de uma autonomia relativa. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello disserta:

“Procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento ou processo cumpre que haja uma seqüência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como “autonomia relativa”. Por conseguinte, cada ato cumpre uma função especificamente sua, em despeito de que todos co-participam do rumo tendencial que os encadeia: destinarem-se a compor o desenlace, em um ato final, pois estão ordenados a propiciar uma expressão decisiva a respeito de dado assunto, em tomo do qual todos se polarizam (MELLO, 2010, p. 487).

Entendemos, com a devida vênia, que se trata de uma confusão de conceitos inadequada, pois entendemos que os conceitos de processo e de procedimento administrativo como institutos claramente diversos. Ora, entender a noção de processo administrativo como a mesma coisa que procedimento seria pois considerar tão somente, o aspecto dinâmico do processo, sem considerar pois a relação jurídica que decorre do processo, assim, deve ser entendido não como conceitos conflitantes, mas, embora distintos, não são figuras antagônicas, de modo que ambas estão intrinsecamente ligadas.

2.1 Finalidade do Processo Administrativo

Deve se ter em mente que a atuação da Administração pública deve estar voltada para que se busque o interesse coletivo dos administrados, assim, a função administrativa basilar tem como regra, a consecução do interesse do povo por parte do administrador público, assim, diante desta regra, podemos entender quatro finalidades essenciais do processo administrativo destacadas pela doutrina. São elas: o controle da atuação estatal, a busca da democracia, a redução dos encargos atinentes ao Poder Público, e ainda, a garantia de uma atuação mais eficaz.

Iniciando a análise do processo como um instrumento de controle da atuação estatal, pode se partir da noção de que, a partir da instauração de um processo administrativo, o poder será dividido entre diversos agentes públicos, de modo busca evitar que tenha uma decisão tomada com base em tão somente um único agente, ocorrendo pois, uma espécie de dissolução da competência administrativa a partir dos diversos atos que compõem o processo administrativo, e por conseguinte, por diversos agentes (CARVALHO, 2015, p. 1115).

Outra manifestação do controle se dá em função da aplicação do princípio da publicidade que confere a transparência exigida aos atos administrativos, possibilitando assim que o particular que tenha interesse venha a ter acesso aos motivos da prática de determinado ato, bem como o trâmite pelo qual passou durante a elaboração (CARVALHO, 2015, p. 1115).

Como bem preceitua Fernanda Marinella:

O processo também representa instrumento para a transparência na ação estatal. São providências públicas que dão clarividência às decisões tomadas pelo Administrador, permitindo ao titular do direito conhecer as reais razões das medidas exercidas para protegê-lo. Com isso, além de dar conhecimento ao titular do direito, também viabiliza a fiscalização da

atividade, portanto o processo também é mecanismo de controle. É no processo que o Administrador vai explicar e fundamentar a realização do ato, demonstrando a conveniência e oportunidade, a urgência, a gravidade da medida necessária ao caso concreto, o excepcional interesse público, além de outras razões, o que o torna também instrumento de fundamentação da conduta, de legitimação da atividade administrativa (MARINELA, 2015, p. 1433).

Assim, se permite um controle e uma fiscalização de todos os atos praticados durante todo o trâmite processual, exercidos pela autoridade competente, sendo possível ainda que esta autoridade competente venha a reconsiderar a prática de determinado ato, seja este provocado, ou ainda, praticado de ofício.

Outra finalidade do processo administrativo se refere à exigência deste processo como um instrumento garantidor da democracia, de modo que o processo administrativo visa, dentre outros, impedir que o Administrador Público atue de modo arbitrário, haja vista que os direitos dos administrados não podem ser violados pela atuação da Administração Pública, mas deve pautar sua atuação como uma busca de defender os interesses dos particulares e o patrimônio público.

Nas palavras de Matheus Carvalho:

[...] o processo administrativo funciona como consagração do princípio da moralidade, enquanto probidade e honestidade no exercício das atividades estatais, tornando-se um mecanismo de defesa posto ao particular em face da atuação dos agentes públicos (CARVALHO, 2015, p. 1115).

Assim, podemos entender que o processo administrativo surge como um instrumento de efetividade do Estado Democrático de Direito, de modo que o agente público, na prática de determinada conduta, tem a obrigação de justificar a prática da referida conduta, de modo a evitar a atuação arbitrária por este agente público.

Nesse sentido, disserta Fernanda Marinela:

Com todos esses cuidados, quando o Administrador tem a obrigação de escrever suas razões, reduzir a termo, guardar a história para sempre, o processo também passa a servir como instrumento para inibir as condutas arbitrárias. Descrever o abuso é sempre mais difícil, não que isso não aconteça, mas, com certeza, representa um elemento a mais na construção de uma Administração responsável e legal (MARINELA, 2015, p. 1433).

Outra finalidade do processo administrativo destacada pela doutrina refere-se à diminuição dos encargos do Poder Judiciário, de modo que a existência do Processo Administrativo acaba por reduzir a litigiosidade, de modo que retira da esfera judicial uma gama de processos, haja vista que é atribuído ao processo administrativo as garantias da ampla defesa e da ampla produção de provas, objetivando assim alcançar um resultado justo, e ainda, mediante processo administrativo também se apura a ocorrência de vícios que ensejam a anulação do

ato, sem que seja preciso que se recorra ao Poder Judiciário para que se pleiteie a anulação do ato (CARVALHO, 2015, p. 1115).

Isso não significa que a instauração de processo administrativo se constitui em um óbice ao acesso deste interessado ao Poder Judiciário, não implicando em substituição ou impedimento, contudo, não se pode negar que a solução de eventual lide em sede administrativa constitui um instrumento eficaz no desafogamento do Poder Judiciário.

E destaca-se ainda como finalidade do processo administrativo, o aperfeiçoamento da atuação do Estado, como um instrumento de alcance da eficiência. Assim, o processo administrativo confere à atuação estatal uma eficiência considerável pois esta se manifesta de modo que visa proteger os interesses dos particulares bem como assegurar a estes, o direito fundamental de uma boa administração pública (CARVALHO, 2015, p. 1115).

Uma orientação mais recente da doutrina do Direito Administrativo entende ainda o processo administrativo, como uma condição de formalização dos atos administrativos, entendendo assim o processo administrativo como um elemento indispensável para a formalização dos atos administrativos. Essa indispensabilidade se manifesta pelo afastamento do elemento surpresa, e assim, evitar que a atuação do Administrador Público não seja entendida como um marco de tensão social.

Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao dispor que a regra é a adoção do processo como uma medida indispensável para a atuação da Administração, e ainda como uma forma de compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. A discussão acerca da obrigatoriedade não alcança a esfera de direitos dos administrados, em especial em sede de processo disciplinar ou restritivo de direitos (MARINELA, 2015, p. 1434). Esta matéria foi objeto de repercussão geral, sendo tratada em um Recurso Especial cujo julgamento data de setembro de 2011, como se observa da Ementa abaixo citada:

[...] 1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. (...) (RE 594.296, STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento 21.09.2011, Repercussão Geral – Mérito Acórdão Eletrônico, 13.02.2012).

O que se almeja é atribuir a mesma noção de justiça atribuída ao Processo Judicial, ao Processo Administrativo de modo que se atribui ao processo administrativo características semelhantes aos processos nas esferas cíveis e criminal, e atribuindo também os limites da atuação estatal característica dos processos judiciais, aos processos administrativos, onde a atuação do Estado também encontra certos limites.

Assim discorre o professor Matheus Carvalho:

A doutrina moderna enxerga o processo administrativo prévio como condição para edição de atos administrativos, mas não se confunde com o ato propriamente dito que surgirá após a realização do procedimento. De fato, não somente a doutrina, mas a jurisprudência dos tribunais superiores está orientada no sentido de que a validade dos atos administrativos que podem repercutir na esfera jurídica dos particulares está condicionada à prévia realização de processo regular, em que se respeite o contraditório e ampla defesa. Por óbvio, existem situações, consoante se demonstrará doravante, em que o contraditório poderá ser postergado, como forma de evitar um prejuízo ao interesse coletivo, em situações emergenciais. Ressalte-se que o processo é mecanismo da função administrativa e não do Estado somente, do que decorre o entendimento de que a realização do procedimento é indispensável para atuação de autarquias e empresas estatais, quando exercendo função pública, seja na prestação de serviços, seja no exercício das atividades de polícia (essas somente admitidas às pessoas jurídicas de direito público). Isso porque, consoante explicitado, o processo configura um requisito para formação regular dos atos, além de representar uma garantia aos cidadãos e uma limitação à atividade estatal, evitando ou, ao menos, obstaculizando a prática de atos arbitrários e carentes de justificativa plausível embasada no interesse público (CARVALHO, 2015, p. 1116).

Nesse sentido, é que se entende o processo como um direito fundamental individual, não sendo este processo, desenvolvido de qualquer forma, mas sim, regulado pelas garantias constitucionais que atribuem a eficácia necessária ao processo judicial, sendo essencial, para a eficácia da sentença proferida pelo Juiz, sendo pois, o princípio e a inafastabilidade das garantias, condição de validade do ato administrativo.

2.2 Classificação

Várias são as classificações apresentadas pela doutrina para o processo administrativo, que se justifica em razão da amplitude do instituto. Dentre as diversas classificações, iniciaremos a discussão a partir da classificação apresentada por José dos Santos Carvalho Filho, que divide os processos

administrativos em dois grandes grupos: Os processos não litigiosos e os processos litigiosos.

Carvalho Filho entende os processos não litigiosos, como aqueles aos quais não há qualquer conflito de interesses entre a Administração Pública e um particular, se manifestando aí, como já citado, uma das grandes diferenças entre o processo administrativo e o processo judicial, haja vista que neste, não há a exigência de que haja um conflito de interesses, ao passo que no processo judicial, este conflito se mostra impreterível (CARVALHO FILHO, 2014, p. 986).

Os processos administrativos não litigiosos constituem a maioria dos processos administrativos. É através deles que a Administração Pública concretiza a sua função administrativa nos diversos moldes, sendo manifestado em sua grande maioria, pelo formalismo administrativo, considerando a exigência da formalização dos atos administrativos, visando controle desses atos.

Como grandes exemplos desta modalidade de processos administrativos, Carvalho Filho cita o inquérito policial, o inquérito civil e a sindicância administrativa, como processos em que o objeto final é a consecução de determinado ato administrativo com o escopo de tão somente apurar, inquirir, onde há incidência do princípio do contraditório, haja vista não haver litígio no sentido formal da palavra. Resta assegurado o acesso ao advogado previamente constituído pela parte interessada, mas não há que se falar em autoridade administrativa para assegurar o acesso livre a terceiros (CARVALHO FILHO, 2014, p. 986).

Os processos litigiosos por sua vez, constituem os processos em que há um manifesto conflito de interesses entre o Estado e o administrado interessado, sendo este conflito, o mesmo que pode vir a ser objeto de processo judicial, diferindo assim uma categoria da outra, pelo fato de que, como já falado anteriormente, o processo judicial tem como finalidade uma decisão judicial que pode vir a se tornar imutável, considerando a incidência do instituto da coisa julgada, o que não ocorre com o objeto final dos processos administrativos.

Considerando a semelhança entre os processos judiciais e os processos administrativos litigiosos, são constantemente denominados de processos judicialiformes, que define os processos administrativos que possuem a forma de processos judiciais (CARVALHO FILHO, 2014, p. 986).

Esses processos, embora marcados por um litígio entre Estado e administrado, é julgado pelo próprio Estado que figura como parte e como julgador,

porém, suas decisões podem vir a ser objeto de impugnação pela via judicial, onde o Estado-juiz deve atuar de forma equidistante e imparcial do Estado-Administração.

Em sede de exemplo, temos os processos administrativos de natureza tributária e previdenciária, onde estes processos percorrem diversos órgãos, setores, departamentos, incumbidos de averiguar a divergência em questão, tendo pois o seu trâmite, que obedecer a regulação de lei, e ainda, nesses casos, deve se destacar a observância de princípios do processo em geral, como o contraditório, ampla defesa, e etc.

Celso Antônio Bandeira de Mello, com a devida vênua de seu entendimento de tratar processo e procedimento como expressões sinônimas, em seu Curso de Direito Administrativo, classifica ainda, no capítulo definido de Espécies de Procedimento, o que a nosso ver corresponde ao conceito de processo administrativo, segundo alguns critérios que merecem ser abordados (MELLO, 2010, pp. 498-499).

O primeiro critério apresentado pelo excelso doutrinador, refere-se à classificação em processos internos e processos externos, nos quais a primeira categoria corresponderia àqueles que se desenvolvem no interior da Administração, ao passo que a segunda categoria corresponderia aos processos em que os administrados figurariam como interessados, como exemplo, o referido autor destaca os procedimentos recursais ou revisionais, onde se resguardam interesses de terceiros em consideração à atividade administrativa (MELLO, 2010, p. 499).

Outro critério apresentado pelo doutrinador classifica ainda os processos administrativos em “restritivos ou ablatórios”, classificação esta que será marcada pelo caráter sancionatório por parte da Administração Pública, e ainda, os processos “ampliativos”, entendidos como os que concedem registros de marcas e patentes. A título de exemplo da primeira categoria, temos as interdições de direitos ou de funcionamento de determinado estabelecimento, onde o caráter sancionatório resta claramente manifesto. A respeito da segunda categoria, temos como exemplos, as concessões, permissões e licenças.

O referido doutrinador diferencia estas categorias de processos da seguinte maneira:

Entendemos que, em relação a eles, a distinção realmente importante é a que os divide em (I) ampliativos ou (II) restritivos, a qual deve servir como o grande divisor de águas em cujo interior se alocam ulteriores subdivisões. Sua importância advém de que muitos dos princípios retores do procedimento administrativo foram concebidos em vista dos procedimentos

restritivos e — particularmente — dos sancionadores. Daí que parte dos cânones básicos do procedimento diz respeito tão-só a esta espécie, como ao diante se verá. Os procedimentos ampliativos podem ser subdivididos em função de diferentes critérios. Registraremos os que nos parecem de maior relevo. Assim, quanto ao sujeito que os suscita, ora serão (a) de iniciativa do próprio interessado, como um pedido de permissão de uso de bem público, qual, *exempli gratia*, o de instalação de quiosques ou bancas de jornais em esquina ou praça, ou (b) de iniciativa da Administração, como uma licitação para aquisição de bens, obras ou serviços. Quanto à existência ou não de caráter competitivo, serão (a) concorrenciais, como um concurso público para ingressar como servidor da Administração direta, indireta ou fundacional ou uma licitação, ou (b) simples ou não-concorrenciais, como um pedido de licença para edificar. Os procedimentos restritivos podem ser subdivididos em (a) meramente restritivos ou ablativos, como as revogações em geral, e (b) sancionadores, que se preordenam à aplicação de uma sanção, como o chamado “processo administrativo” contra o funcionário inculcado de presumível falta ou o “procedimento administrativo tributário”. É nestes que, por tradição e semelhança reconhecida com os trâmites do procedimento judicial, mais se acentua o cará ter “contraditório”. (MELLO, 2010, pp. 499-500)

Observa-se que, como citado anteriormente, o referido autor usa da terminologia de processo e procedimento para definir o mesmo instituto, diferenciando-se da terminologia utilizada nesta dissertação, e utilizada pela ampla maioria da doutrina.

Ainda em sede de classificação dos processos administrativos, interessante se faz observar a classificação em processo contencioso e processo gracioso. Esta classificação é possível em países que adotam a dualidade de jurisdição, de modo que estes países adotam um contencioso administrativo paralelo ao contencioso comum.

O processo gracioso seria, pois, o processo em que os próprios órgãos da Administração seriam incumbidos de promover a atuação concreta da lei, observando o fim almejado pela Administração. Neste processo, serão praticados uma série de atos guiados pela oportunidade e pela conveniência, que irão constituir o processo, culminando em um ato administrativo, sendo esta a noção do processo administrativo prevista no ordenamento jurídico nacional (PIETRO, 2015, pp. 697-698).

O processo administrativo contencioso seria um processo a ser desenvolvido perante um órgão dotado de garantias visando assegurar sua independência e imparcialidade para julgar as lides surgidas entre o Estado Administrador e o indivíduo administrado. Essa espécie de processo administrativo apenas se desenvolve em países que tem a previsão do contencioso administrativo, nos demais casos, esta lide entre Administração e Administrado somente seria

apreciada pelo Poder Judiciário, haja vista que, somente este, teria o poder de proferir decisão com força de coisa julgada (PIETRO, 2015, p. 698). Ora, a Administração, enquanto parte interessada no processo não poderia proferir decisões com força de coisa julgada, haja vista que estaria, pois a figurar no processo como parte e como juiz, afrontando assim manifestadamente, o Estado Democrático de Direito.

No Direito Administrativo Brasileiro, já houve a previsão legal do contencioso administrativo, quando a Constituição Brasileira de 1967, por meio da redação conferida pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, trouxe a previsão legal do contencioso para dirimir litígios provenientes de relações trabalhistas dos servidores da União, autarquias e empresas públicas federais, e ainda, referentes às questões que diziam respeito à previdência, como as questões pertinentes ao acidente de trabalho. Contudo, embora houvesse a previsão, este contencioso não veio a ser instituído, haja vista que como bem previa o artigo 203 do aludido Texto Constitucional, suas decisões eram incompatíveis com o instituto da coisa julgada, haja vista a manifesta incompatibilidade com o princípio da unidade da jurisdição. Acerca desse contencioso, Di Pietro disserta: “A sua instituição apenas teria significado a instituição do princípio da exaustão das vias administrativas para ingresso em juízo, conforme constava expressamente do último dispositivo citado” (PIETRO, 2015, p. 698).

Não há previsão legal do contencioso administrativo na Constituição Federal de 1988, que prevê a jurisdição una por força do artigo 5º, inciso XXXV, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 1988). Assim, no Brasil, ao se tratar de processo administrativo, trata-se, pois, do processo gracioso.

Pode se ainda, falar acerca de duas categorias de processo administrativo conforme classificação apresentada por Guimarães Menegale. Trata-se do processo administrativo técnico e o processo administrativo jurídico.

Esta classificação tem como fundamento, a noção de que, nos processos que são invocados pela Administração, há a exigência de duas fases, em regra: A fase decisória, onde se escolhem os meios utilizados no desenvolvimento do processo, sendo pois uma fase técnica, e a fase executória, que é quando se coloca a Administração diante dos seus administrados, onde estaríamos pois diante de uma

fase judicial, haja vista que, ao colocar a Administração diante dos administrados, estaríamos pois diante de uma necessidade de adaptação dos interesses da Administração diante dos interesses dos administrados, levando pois ao surgimento de relações jurídicas e a adoção dos meios a serem adotados em conformidade com a lei (MENECALE, 1957, p. 473).

Assim, a fase técnica seria uma fase interna, onde se prevalece tão somente o interesse público, ao passo que na fase judicial, teríamos pois o interesse particular sendo atingido diretamente pela execução do ato administrativo.

Há ainda na doutrina clássica uma linha de pensamento que atua no sentido de restringir o conceito de processo administrativo para alcançar tão somente aqueles em que existem interesses de particulares, levando a um conflito de interesses entre administrado e Administração. Nesse sentido, Hely Lopes Meireles apenas considera processo administrativo como “aqueles que encerram um litígio entre a Administração e o administrado ou o servidor” (MEIRELLES, 2016, p. 657), assim, as demais categorias, este autor denomina de processos de expediente, aos quais define como os “que tramitam pelos órgãos administrativos, sem qualquer controvérsia entre os interessados” (MEIRELLES, 2016, p. 657).

Contudo, com a devida vênia ao excelso doutrinador, e partindo da ideia de processo como um instrumento indispensável para o pleno exercício da função administrativa, não nos parece correto a exclusão dos chamados “processos de expediente”, como processo administrativo propriamente dito. O conceito de processo administrativo não deve estar limitado à existência de conflito de interesses entre particular e Administração, haja vista ser este um dos elementos de distinção entre o processo administrativo e o processo judicial.

A regulação atual do processo administrativo é disciplinada pela Lei nº 9.784 de 1999, que veio a ser alterada pelas Leis nº 11.917 de 2006 e pela Lei nº 12.008 de 2009.

O referido diploma legal determina as bases do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal Direta e Indireta, que tem como objetivo principal a “proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”. A Administração Pública Estadual e Municipal que queiram dispor a seu modo acerca do processo administrativo, devem pois promulgar seus próprios dispositivos legais.

O conteúdo disciplinado pela Lei nº 9.784 de 1999 alcança os processos administrativos tramitantes pela Administração Pública Federal, direta ou indireta, alcançando os atos do Poder Executivo, seus órgãos administrativos e os demais poderes, conforme determinação do artigo 1º, §1º. Contudo, deve ser observado o devido respeito ao trâmite de processos específicos, aos quais, havendo regulação própria, a lei geral será aplicada apenas de forma subsidiária, como bem preceitua o artigo 69 da referida lei.

A Lei nº 9.784 de 1999 traz a previsão legal acerca dos princípios aplicados ao processo administrativo, direitos e deveres do administrado, bem como direitos e deveres do administrador, competência, impedimento e suspeição, forma, tempo e lugar dos atos do processo, comunicação, instrução, decisão, motivação, anulação, revogação e convalidação, recursos administrativos e prazos.

2.3 Princípios Aplicáveis ao Processo Administrativo

A partir de agora analisaremos os princípios aplicáveis ao processo administrativo. Temos aí os princípios que são comuns e aplicáveis aos processos administrativos e judiciais, sendo pois, objetos de estudo da teoria geral do processo, tais como o princípio do contraditório e da ampla defesa, do impulso oficial, obediência à forma, contudo, existem também, aqueles que são específicos do direito administrativo, tais como o princípio da oficialidade, gratuidade e atipicidade.

O instrumento normativo que regula o processo administrativo, a lei nº 9.784 de 1999 traz no caput do artigo 2º, um rol de princípios a serem observados no trâmite do processo administrativo, são eles: os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Contudo, o que se propõe no referido capítulo é uma análise mais específica acerca dos princípios que regulam a doutrina processual, estando pois de forma explícita ou implícita na Constituição Federal e na Legislação Infraconstitucional.

2.3.1 Princípio da Oficialidade (Impulso Oficial)

O princípio da oficialidade determina que cabe à Administração, a iniciativa de instauração e do desenvolvimento do processo administrativo. Partindo desta premissa, observa-se uma considerável distinção entre a aplicação deste princípio no processo judicial e no processo administrativo.

Enquanto que, no processo judicial, temos a iniciativa do processo por uma das partes, por força da máxima *ne procedat iudex ex officio*, como bem determina do artigo 2º do Código de Processo Civil, no processo administrativo, o princípio da oficialidade se mostra em um caminho contrário, de modo que traz à Administração Pública, a possibilidade de instauração de um processo administrativo, sem que haja a necessidade da provocação de algum administrado, havendo ainda a possibilidade de a própria administração impulsionar o processo através da adoção de medidas que sejam necessárias e adequadas, para o bom desenvolvimento do processo.

Nesse sentido, disserta pois Carvalho Filho (2014, p. 989):

O princípio da oficialidade é diametralmente diverso. A Administração pode instaurar e impulsionar, de ofício, o processo e não depende da vontade do interessado. Trata-se de responsabilidade administrativa, pela qual aos administradores cabe atuar e decidir por si mesmos, não se adstringindo, inclusive, às alegações das partes suscitadas no curso do processo. Ainda que a lei não o estabeleça nesse sentido, o dever da Administração é inerente à função de concluir os processos para a verificação da conduta a ser adotada, satisfazendo, assim, o interesse da coletividade.

O fundamento dessa executoriedade dos atos necessários ao processo administrativo não se encontra somente na letra da lei, mas na verdade, é inerente à própria Administração, haja vista que o Estado Administrador está obrigado à assegurar a satisfação do interesse público através do cumprimento da lei, assim, não pode pois ficar sujeito à iniciativa dos particulares para que atinja sua finalidade precípua (PIETRO, 2015, p. 701).

Este princípio encontra-se previsto no inciso XII do artigo 2º da Lei nº 9.784 de 1999, ao dispor que "impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados", encontra-se previsão legal ainda no artigo 5º, ao dispor que o processo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado, e ainda , no corpo do artigo 29, ao dispor que as atividades de instrução destinadas a a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

Nesse sentido, trazemos a baile, a precisa lição apresentada por Augustín

A. Gordillho citado por Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

El principio de la oficialidad, derivada del principio de la legalidad objetiva, tiene como primera hipótesis la impulsión de oficio del procedimiento. En efecto, si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, la impulsión de éste corresponde en todos los casos a la Administración. Ello es así porque en la actuación de los órganos administrativos no debe satisfacerse simplemente un interés individual sino también un interés colectivo, y el propio interés administrativo: de allí que la inacción del administrado no pueda determinar en ningún caso la paralización del procedimiento. Por ello nos parece desaconsejable proyectar la creación legislativa de un tal caducidad o perención de instancia, pues es muy difícil que la paralización de un procedimiento pueda ser debida a actos del particular ya que, normalmente, su continuación no depende de la voluntad del particular. Y, por supuesto, es erróneo pretender aplicar por analogía, en ausencia de normas expresas, la institución procesal de la perención de instancia; si la ley expresamente no lo determina, la institución procesal mencionada es inaplicable, pues, como decimos, el principio imperante en el procedimiento administrativo no es la impulsión de las partes, sino la impulsión de oficio, principio éste a nuestro juicio incompatible con el de perención o caducidad de instancia (GORDILLO, 1971, pp. 59-60 apud MEIRELLES, 2016, pp. 822-823).

Assim, por meio deste princípio, é permitido aos agentes administrativos encarregados do processo, diversas formas de atuação *ex officio*, de modo que é permitido desde a tomada de depoimentos, à adoção de diligências, desde que necessárias para o bom desenvolvimento do processo administrativo.

Essa oficialidade também se manifesta em processos administrativos que resultem sanções que sejam objeto de revisão, sendo esta revisão processada a pedido, ou de ofício, nas hipóteses em que surjam novos fatos ou circunstâncias relevantes que justifiquem a inadequação da sanção aplicada de modo que reste expressamente vedado o agravamento da sanção (PIETRO, 2015, pp. 701-702).

Interessante observar ainda que, embora tenha feito a menção de revisão aos processos que resultem em sanção, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a revisão é aplicável a qualquer ato da Administração, bastando tão somente que reste observado a inobservância de dispositivos legais, manifestando-se sob uma forma de exercício da autotutela sobre os atos administrativos, como bem preceitua a Súmula 473 do STF, *in verbis*:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Assim, em síntese entendemos a oficialidade como a possibilidade de a Administração pública requerer diligências, ou ainda, atuar na investigação de fatos relevantes que venha a tomar conhecimento no curso do processo, ou ainda praticar quaisquer atos necessários ao bom desenvolvimento do processo, desde que haja previsão legal expressa para isso, e ainda, rever os seus próprios atos, para que assim, atinja a satisfação do interesse público.

Ainda acerca da autotutela da Administração, interessante observar que o conteúdo da Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.” A doutrina determina a existência de quatro limitações ao poder de autotutela, senão vejamos.

A primeira limitação à autotutela da Administração implica e, afirmar que, embora os processos administrativos venha a resultar em uma aplicação de sanções que podem ser revistas a qualquer tempo a pedido ou de ofício, é necessário para isso que venha a surgir m fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada, como já citado anteriormente, e como bem preceitua o artigo 65, parágrafo único da Lei nº 9.784 de 1999.

A segunda limitação encontra previsão no artigo 54 da aludida lei, ao dispor que “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. O legislador entendeu que, após esse prazo decadencial de cinco anos o interesse público na consolidação das situações jurídicas se sobrepõe à ilicitude do ato nulo (ALEXANDRE & DEUS, 2015, p. 728).

A terceira limitação à autotutela da Administração encontra previsão legal no artigo 63, §2º da Lei nº 9.784 de 1999, ao dispor que “a Administração somente poderá rever de ofício o ato ilegal quando não houver ocorrido a preclusão administrativa”. Nesse caso, observa-se a incidência do instituto da preclusão da doutrina processual cível no direito administrativo, onde se manifesta como uma perda de oportunidade processual. Observemos que houve uma incessante discussão na doutrina acerca da possibilidade de incidência da preclusão administrativa somente ao administrado, nunca contra os atos praticados pela Administração, sendo este o entendimento defendido pela doutrina majoritária, sob o argumento de que prevalece sempre o interesse público ante o interesse privado (ALEXANDRE & DEUS, 2015, p. 728).

A quarta limitação destacada pela doutrina se refere ao conteúdo do artigo 53, que dispõe que, o poder de a Administração revogar seus próprios atos, por motivo de conveniência ou oportunidade deverá respeitar os direitos adquiridos. Ora, na revogação, o ato atingido era perfeito e válido, passando a ser a partir daí, inconveniente ou inoportuno manter esse ato. Sendo assim, durante a sua existência, esteve apto a produzir efeitos e gerar a aquisição de direitos. Por isso, os efeitos da revogação iniciam-se a partir da edição do ato revogatório (ex nunc), respeitando-se todos os direitos adquiridos no passado (ALEXANDRE & DEUS, 2015, p. 728).

2.3.2 Princípio do Devido Processo Legal

Embora não haja previsão legal expressa na Lei nº 9.784 de 1999, a doutrina entende que o princípio do devido processo legal é aplicável ao processo judicial e ao processo administrativo. Com previsão legal no artigo 5º, inciso LIV, ao dispor que “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e considerando sua incidência no processo administrativo, entende-se que este princípio traz a imposição do dever de respeito às normas legais que regulam o processo administrativo.

Observe-se que a aplicação do devido processo legal aos processos administrativos surge a partir da promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, sendo até então, pacífico, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que este princípio apenas refletia nos processos de trâmite da esfera judicial, estando, pois os processos cuja atuação se desenvolvia internamente na Administração Pública excluídos da incidência deste princípio (CARVALHO, 2015, p. 1117)

O entendimento atual é unânime de que a norma constitucional em comento possui eficácia plena, sendo pois condição de validade de todos os procedimentos a serem realizados, alcançando também, os inerente à esfera administrativa.

Nas palavras de Slaibi Filho apud Carvalho Filho (2015, p. 989), "representou um natural desenvolvimento da sociedade que não mais se conforma com a atuação estatal sem controle e altamente cerceadora do desenvolvimento do indivíduo".

Nesse sentido, concordamos totalmente com o aludido doutrinador, pois entendemos o devido processo legal como uma obrigação do Estado, de modo que indica que é deste, o dever de observar com rigor as disposições legais criadas por ele mesmo.

Acerca da incidência do devido processo legal no processo administrativo, disserta Carvalho Filho:

Em relação ao processo administrativo, o princípio do devido processo legal tem sentido claro: em todo o processo administrativo devem ser respeitadas as normas legais que o regulam. A regra, aliás, vale para todo e qualquer tipo de processo, e no caso do processo administrativo incide sempre, seja qual for o objeto a que se destine. Embora se costume invocá-lo nos processos litigiosos, porque se assemelham aos processos judiciais, a verdade é que a exigência do postulado atinge até mesmo os processos não litigiosos, no sentido de que nestes também deve o Estado respeitar as normas que sobre eles incidam (CARVALHO FILHO, 2014, p. 989).

Assim, se manifesta como um princípio que impõe uma transparência na condução do processo, para que assim, evite abusos e arbitrariedades por parte do administrador, além da necessidade que a Administração Pública possui em seguir um padrão de conduta no desenvolvimento de seus processos, evitando que no correr do processo haja alteração ou supressão de alguma fase que tenha previsão legal e que possua importância significativa no alcance do objetivo do processo. Assim, observa-se uma ligação direta com o Estado Democrático de Direito, que assegura aos administrados, um acesso pleno às motivações para determinada conduta adotada pelo Estado.

Outro reflexo direto do devido processo legal no processo administrativo refere-se à possibilidade de o cidadão se valer do processo administrativo como instrumento para retirar o Poder Público da inércia para que tenha seus direitos assegurados. Imaginemos pois a situação em que um cidadão, movido pela sensação de insegurança proveniente da onda de violência que se faz presente no país, resolve adquirir uma arma de fogo para sua proteção pessoal. Este cidadão poderá se valer de um processo administrativo, que provocará a Administração para que esta, ou conceda ou negue o porte de arma, através de ato devidamente justificado, onde serão apreciadas no desenvolvimento deste processo, todas as circunstâncias aplicadas ao caso concreto.

E ainda, a observância do devido processo legal mostra-se indispensável ao processo administrativo diante do exercício da autotutela administrativa, considerando o disposto na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, haja vista

que é permitido à Administração Pública atuar no sentido de anular seus atos eivados de vícios, ou ainda, revogar os atos que venham a ser considerados inoportunos ou inconvenientes, porém, torna-se necessário que haja um devido processo legal para isso, principalmente quando a anulação ou revogação destes atos refletir diretamente em direitos dos administrados.

2.3.3 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade encontra previsão legal expressa no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, sendo pois aplicável ao processo administrativo. Considerando que a atividade administrativa desempenhada pelo Estado é de *múnus público*, os processos desenvolvidos por ele, devem pois serem alcançados pelo instituto da publicidade e estarem abertos a quem possa interessar. Tendo como fundamento principal, a obrigação que compete ao Estado de assegurar a maior transparência aos seus atos, sendo decorrente do dever de transparência das atividades administrativas.

O princípio da publicidade tem aplicação direta nos processos judiciais e nos processos administrativos, porém, nestes tem uma aplicação mais ampla do que nos processos judiciais, haja vista que nos processos judiciais, em regra, apenas autor e réu, através de seus procuradores podem se valer deste direito, ao passo que, no processo administrativo, considerando que este tem como partes o Estado Administrador e os administrados, qualquer pessoa passa a ser titular deste direito, exigindo-se tão somente que o administrado tenha algum interesse atingido por ato daquele processo ou ainda, que venha a atuar na defesa do interesse coletivo ou geral, no exercício do direito à informação assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição (PIETRO, 2015, p. 700).

Da análise deste princípio, podemos observar relação direta com alguns dispositivos do artigo 5º da Constituição Federal, tais como o direito à informação, assegurado pelo art. 5º, XXXIII, e ainda, o direito à obtenção de certidões para a defesa de direitos e para o esclarecimento de situações previsto expressamente no art. 5º, XXXIV; "b", o que implica em dizer que, o administrado que tenha interesse, tem o direito de ser informado dos atos processuais, tendo pois acesso aos processos que venham porventura a tramitar em vias administrativas, e ainda,

assegura o direito à obtenção de certidões, de forma implícita relacionada diretamente ao direito de acesso aos feitos administrativos.

Por óbvio que esta publicidade não assegura aos administrados abusos decorrentes da invocação do princípio da publicidade, sob pena de tumultuar o desenvolvimento saudável do processo, sendo impreterível que o administrado demonstre seu interesse individual no acesso ao processo, ou ainda, qual interesse coletivo deseja resguardar. Na hipótese de houver abuso, a Administração não será obrigada a satisfazer o pedido de quem age de maneira abusiva (CARVALHO FILHO, 2014, p. 992).

Aliás, as únicas hipóteses em que o direito de acesso poderá ser restringido, se limitam à hipótese prevista no artigo 5º, inciso, XXXIII, onde o sigilo é assegurado por razões de segurança da sociedade e do Estado, e ainda, diante da hipótese prevista no artigo 5º, LX, que prevê uma limitação à publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Interessante observar a forma que essa publicidade deve ser exercida. Parte-se da ideia de que os atos praticados pela administração devem ser corretamente divulgados, assim, conforme disposto no artigo 37 da Constituição Federal, exige-se que a publicidade seja desempenhada pela publicação nos órgãos de imprensa oficial ou ainda pela comunicação pessoal.

Nesse sentido, discorre pois o artigo 2º da Lei nº 9.784 de 1999 que prevê a exigência de "divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição", conforme preceitua o inciso V do referido diploma legal, e ainda "garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio", como bem assegura o inciso X da aludida Lei. Ainda a baile dos dispositivos da Lei nº 9.784, discorre pois, o artigo 3º, inciso II, que assegura ao administrado interessado o direito de "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas".

Ainda acerca da publicidade no âmbito do administrativo é interessante observar o disposto no artigo 93, inciso X da Constituição Federal de 1988, que previu que as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e proferidas em sessão pública.

Trata o inciso X do art. 93 do texto constitucional de que as decisões administrativas dos tribunais devem ser motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros. A motivação equivale à fundamentação das decisões judiciais, tendo uma lógica e uma base para que a mesma seja tomada. Por outro lado, quando for tomada em processo administrativo disciplinar, para assegurar a autonomia do magistrado, livre das pressões cotidianas, exige-se que haja um quórum qualificado, no caso, a maioria absoluta dos membros do tribunal.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, modificou o inciso X do art. 93 da CF, para assegurar que as decisões administrativas dos tribunais devam ser proferidas em sessão pública. Trata-se de medida importante, para ampliar a transparência nos órgãos judiciais, em matéria de natureza a atividade administrativa, matéria atípica do Poder Judiciário, onde recebe muitas críticas por má gestão, o que motivou a criação do Conselho Nacional de Justiça.

2.3.4 Princípio da Obediência à Forma e aos Procedimentos

Este princípio é aplicável tanto ao processo judicial como ao processo administrativo, porém, no processo administrativo é aplicado de forma muito menos rígida do que no processo judicial, tanto que boa parte da doutrina o define como princípio do informalismo .

Destaca-se de início que a expressão informalismo não se refere à ausência de forma legal, ora, não resta dúvida acerca do formalismo atribuído ao processo administrativo, haja vista que este deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo o que ocorre no seu desenvolvimento, a informalidade destacada pela doutrina refere-se na verdade à não sujeição do mesmo à formas rígidas, considerando que a lei não dispensa ao processo administrativo um sistema específico, havendo várias disposições legais que o disciplinam, porém, quando houver a previsão legal do rito a ser seguido, este deve ser obedecido, como uma forma de assegurar o devido processo legal.

Não são raros os casos em que a lei traz a imposição de determinadas formalidades de modo a estabelecer um procedimento rígido, de modo que preveja a nulidade no caso de não observância, visando assegurar ao interessado que a pretensão que foi confiada ao órgão responsável pelo processo administrativo seja

alcançada nos termos da lei, e ainda, a adoção de um rito para determinados procedimentos constitui-se como um instrumento adequado para uma efetivação do controle administrativo por parte do Poder Legislativo e Poder Judiciário (PIETRO, 2015, p. 702).

Assim, o princípio da informalidade informa que, no caso de ausência de lei ou de qualquer ato regulamentar acerca de determinado processo administrativo, não será exigido do administrador, um rigor excessivo no trâmite dos processos administrativos, diversamente do que ocorre nos processos da seara judicial, cabendo ao administrador a adoção do procedimento que seja adequado para o alcance do objetivo daquele processo. Assim, Carvalho Filho (2014, p. 993) disserta que “o que é importante no princípio do informalismo é que os órgãos administrativos compatibilizem os trâmites do processo administrativo com o objeto a que é destinado”.

Como bem preceitua Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

[...] o princípio do informa/ismo dispensa ritos sacramentais e formas rígidas para o processo administrativo, principalmente para os atos a cargo do particular. Bastam as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental. [...] este princípio é de ser aplicado com espírito de benignidade e sempre em benefício do administrado, para que por defeito de forma não se rejeitem atos de defesa e recursos mal qualificados.

Contudo, deve se observar que, não pode o administrador de valer do princípio do informalismo como fundamento para um desleixo, de forma que permita que o processo tramite de forma desmazelada, de modo que tenhamos processos sem a correta numeração das páginas, com rasuras, etc. haja vista que, o processo administrativo, seja ele qual for deve oferecer segurança e credibilidade aos administrados.

Segundo Odete Medauar citada por Ricardo Alexandre e João de Deus (2015, p. 729), o princípio do informalismo “se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmo, desligado das verdadeiras finalidades do processo”

Assim, entendemos que o processo administrativo deve ser desenvolvido de forma simples, sem que sejam exigido um rigor formal excessivo, de modo que a defesa fique a cargo do próprio administrado, contudo, havendo a exigência de uma forma ou de uma formalidade, a mesma deverá ser atendida, sob o risco de a inobservância deste rito estabelecido implique em uma nulidade do procedimento,

considerando que, havendo previsão legal de um rito, e este não é observado, ocorrerá pois a implicação de prejuízo às partes.

O processo administrativo deve ser permeado de formalidades básicas, tais como numeração de páginas, sob a forma escrita, com as páginas devidamente rubricadas e sem rasuras, com a correta observância dos atos processuais nos horários de funcionamento do órgão, etc.

É nesse sentido, que parte da doutrina entende que a denominação correta deste princípio seja de “princípio do formalismo necessário”, haja vista que, considerando estarmos tratando de matéria processual, serão, pois, obrigatórias formalidades que visem assegurar a segurança dos processos e a garantia dos direitos dos administrados na condução do processo por parte da Administração.

Nesse sentido pois é o conteúdo do disposto nos incisos VIII e IX do artigo 2º da Lei nº 9.784 de 1999 que passa a exigir nos processos administrativos a "observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados" (inciso VIII) e a "adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados" (inciso IX), manifestando-se como uma aplicação da razoabilidade e proporcionalidade em relação ao formalismo exigido.

2.3.5 Princípio da Verdade Material

O processo administrativo busca apurar a verdade material, ou verdade real, indo à contrapartida do processo judicial, onde prevalece a busca pela verdade formal. Assim, nos processos administrativos, temos uma busca efetiva com base nos fatos que a constituíram, e não a verdade apresentada nos autos, como se dá nos processos judiciais, como bem preceitua o velho brocardo “*quod non est in actis non est in mundo*” (o que não está nos autos não está no mundo).

A distinção entre verdade formal e verdade material surge em sede dos processos judiciais cíveis e criminais. Onde o entendimento que permeava era no sentido que o processo penal buscava a verdade real, ou seja, aquilo que realmente aconteceu, ao passo que o processo civil baseava-se na verdade apresentada nos autos, ou seja, aquela apresentada pelas partes nos autos.

Considerando a evolução que a doutrina processualista vem enfrentando, observamos que a verdade formal tende a perder seu prestígio, haja vista que uma

parte não pode sofrer prejuízo em virtude de uma verdade “melhor construída”, e ainda, deve-se ter em mente que a verdade real vem se mostrando como uma verdadeira utopia, considerando que a verdade absoluta, da forma definida pela doutrina, é praticamente impossível, seja em virtude do tempo, seja pela dificuldade em decifrar a mente humana, mostrando-se de grande dificuldade a constatação que nem uma nem outra podem resolver satisfatoriamente a questão (MARINELA, 2015, pp. 1443-1444).

A doutrina processualista atual busca na verdade um ponto de equilíbrio diante das duas propostas, onde se busca uma aproximação maior da verdade possível atendendo uma ordem de aproximação e probabilidade, denominada verossimilhança.

A doutrina clássica continua defender a busca pela verdade real ou material, embora esta seja um mito.

Este princípio na verdade determina que o próprio administrador poderia buscar as provas que considere necessária para que se chegue à conclusão do processo e que reste alcançada a verdade incontestável, e não somente a verdade apresentada formalmente nos autos de um processo. Deve se ter em mente que, as partes de um processo administrativo são distintas das partes de um processo judicial, sendo na verdade, interessados que, entre estes, está a própria Administração Pública, e o objeto do processo administrativo visa assegurar a satisfação do interesse público, que prevalece sobre o interesse particular (CARVALHO FILHO, 2014, p. 993).

No processo administrativo, considerando pois a busca pela verdade material admitem todos os meios de provas lícitas e permitem que estas sejam apresentadas a qualquer tempo no processo, mesmo que após o encerramento da fase de instrução, além de permitir à Administração Pública, a produção de provas *ex officio* pelo Estado Administrador condutor do feito, sob o fundamento de respeito à busca pelo conhecimento do fato efetivamente ocorrido, a verdade absoluta (CARVALHO, 2015, p. 1122).

Outro reflexo do princípio da verdade material observa-se a admissão em sede de recursos administrativos, a possibilidade de que a decisão proferida possa gerar um agravamento da situação, admitindo assim, em sede de processo administrativo, o chamado *reformatio in pejus*.

Nesse sentido:

Ora, se o órgão competente para julgar um recurso em que se pleiteia melhorar a situação do recorrente entende que, diante dos fatos e elementos probatórios constantes dos autos, o correto seria uma decisão ainda mais gravosa que a inicialmente proferida, é essa a decisão que mais condiz com a verdade material, devendo, portanto, prevalecer (ALEXANDRE & DEUS, 2015, p. 730).

Deve se entender que a busca pela verdade material no processo administrativo não deve se proceder de forma absoluta de modo que venha a atingir a celeridade do processo, importando assim, em limites temporais e materiais a essa busca pela verdade real, devendo pois, a busca pela verdade real se adequar aos limites estabelecidos pela estrutura administrativa e respeitar a razoável duração do processo, obedecendo o conteúdo normativo apresentado pelo artigo 5º, inciso LXXVIII que estabelece que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", constituindo-se pois em uma garantia fundamental da celeridade que deve permear a atuação administrativa.

Ainda em sede da aplicação do princípio da verdade real no processo administrativo, surge na doutrina, estudos no sentido de admitir a possibilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*), possibilitando que se possa atribuir responsabilidade para pessoas físicas que venham a se valer da personalidade jurídica para a prática de fraudes ou outros ilícitos, como se dá no caso dos chamados "laranjas", que figuram como sócios de estabelecimentos, cuja administração não existe nenhum vínculo, ou ainda, em diversos processos administrativos, como nas licitações, onde se observa a perpetração de fraudes pelo contratado ou interessado contra a Administração (CARVALHO FILHO, 2014, p. 994).

Outra discussão ainda em sede do princípio da verdade real se refere à possibilidade de admissibilidade de prova ilícita no processo administrativo. A jurisprudência dos Tribunais Superiores vem afastando peremptoriamente esta hipótese, aplicando-se ainda a teoria dos frutos da árvore envenenada, para afastar as provas ainda que lícitas, mas obtidas por meio eivado de vício, contudo, a doutrina vem admitindo a possibilidade em casos excepcionais, sob o fundamento dos princípios da proporcionalidade e da moralidade e considerando a exigência de a administração pública alcançar a prevalência do interesse público. Como em destaca Carvalho Filho (2014, p. 994), "não há irrestrita aceitação, mas certa

flexibilidade em função das particularidades do caso concreto, entendimento ao qual emprestamos nosso abono”.

Ainda em sede da verdade real, deve se destacar o disposto no artigo 27 da Lei nº 9.784 de 1999, que determina a inaplicabilidade, no processo administrativo, dos efeitos da revelia, e assim, podemos afirmar que o desatendimento de intimação pelo administrado não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.

2.3.6 Princípio da Gratuidade

Entendendo que nos processos judiciais, a Administração Pública é parte do processo, não se mostra justificável ao processo administrativo, a mesma onerosidade do processo administrativo.

Este princípio é formalizado no artigo 2º, inciso XI da Lei nº 9.784 de 1999 que proíbe a "cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei". Ressalvada a hipótese de que haja lei específica que venha a exigir a cobrança de determinados atos, sendo esta cobrança estabelecida em caráter excepcional, haja vista a regra ser a gratuidade dos atos processuais.

O princípio da gratuidade tem como fundamento que a atuação administrativa tem como interesse precípuo o alcance do interesse coletivo, a ser exercida sem ônus para as partes interessadas, considerando que a Administração Pública é a maior interessada na solução do processo.

O Supremo Tribunal Federal entende o princípio da gratuidade de forma ampla, estabelecendo pois, uma correlação entre dos direitos fundamentais da ampla defesa e de petição independente de cobrança de taxas. Embora a exigência de um depósito não se constitua tecnicamente no pagamento de uma taxa, acaba por constituir-se um obstáculo que dificulte ou inviabilize o exercício daqueles direitos (ALEXANDRE & DEUS, 2015, p. 730).

Nesse sentido, temos a edição da Súmula Vinculante 21, que estabelece que seja “inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

Os entendimentos precedentes que levaram à edição da Súmula se referiam à matéria tributária, contudo, o conteúdo da Súmula não contemplou esta restrição material, passando assim a admitir a impossibilidade de exigência de

depósito recursal em qualquer espécie de processo administrativo. Nesse raciocínio, a exigência de caução como requisito para instauração de processo administrativo, conforme o disposto no §2º, artigo 56 da Lei nº 9.784 de 1999, não seria mais possível.

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em sede da edição da Súmula nº 373 que dispõe que "é ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo".

2.3.7 Princípio da Legalidade

A legalidade em sede de matéria administrativa dispõe que o agente público apenas pode atuar conforme prévia determinação legal, esta pois funcionando como uma garantia que os conflitos sejam solucionados pela lei, de forma diversa do direito privado, que estabelece como norma, a não contradição à lei, aqui, prevalece a subordinação à lei, de modo que o administrador apenas poderá atuar quando a lei autorizar essa atuação. Como bem determina Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 928): "o princípio da Legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria, por isso considerado é basilar para o Regime jurídico-administrativo".

A lei é a base dos atos administrativos, de modo que não só ampara o particular, como também serve ao interesse público na defesa da norma positiva, visando a lhe garantir um caráter imparcial. Assim, todo processo administrativo deve ser fundamentado numa norma legal específica, para lhe garantir a legalidade objetiva, sob pena de invalidade.

O princípio da legalidade significa a sujeição e a subordinação do comportamento às normas e prescrições editadas através do processo legislativo. Já o princípio da reserva legal decorre deste outro, de que a atuação das pessoas está subordinada à lei, de modo que determinadas matérias só podem ser normatizadas mediante lei formal que tramite de acordo com o processo legislativo, previsto na Constituição.

O princípio da legalidade, da forma que é disposto no artigo 5º, inciso II e no *caput* do artigo 37, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, de modo a assegurar que todos os conflitos sejam resolvidos sob a égide da lei, traduzindo aí a eficácia da atividade administrativa, que encontra-se condicionada ao conteúdo

disposto na lei, de modo que o administrador esteja sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum.

A doutrina reconhece paralelamente ao princípio da legalidade, e como requisito de atendimento do objetivo da lei, o princípio da finalidade. A doutrina entende que o Administrador deverá pautar sua atuação no sentido de atender a finalidade da norma como um dos elementos da lei, para que assim, se possa compreendê-la, importando não somente na observância do conteúdo normativo, mas sim, compreender de forma conjunta, a obediência da finalidade própria das leis, a saber, o interesse público, bem como a finalidade específica de cada lei, sob a consequência de, em caso de restar caracterizado um desvio de finalidade, implicará em uma consequente nulidade do ato.

2.3.8 Princípio da Motivação

O princípio da motivação estabelece à Administração Pública, a obrigatoriedade de indicar, na prática de determinado ato administrativo, os pressupostos fáticos e jurídicos que levaram a prática daquele ato, constituindo-se como condição de validade da atuação estatal.

Esta motivação é entendida como um princípio implícito, como bem já determinou o Superior Tribunal de Justiça em sede do julgado apresentado a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANCA. ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. 1. O motivo e requisito necessário a formação do ato administrativo e a motivação, alçada a categoria de princípio, e obrigatória ao exame da legalidade, da finalidade e da moralidade administrativa. 2. Como ato diverso e autônomo que e, o ato administrativo que torna sem efeito ato anterior, requer fundamentação própria, não havendo falar em retificação, se o ato subsequente não se limita a emendar eventual falha ou erro formal, importando na desconstituição integral do ato anterior. (...). 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no RMS 15.350/DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 8.9.2003).

Diversos são os dispositivos legais que trazem a exigência da motivação de forma implícita. Senão vejamos.

O artigo 1º, inciso II da Constituição Federal, ao reconhecer como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania, e ainda, o parágrafo único do mesmo artigo atribui ao povo a titularidade do poder, implicando na necessidade que este titular do poder venha a conhecer as razões que levaram à prática de determinados atos (MARINELA, 2015, p. 1446).

Ainda em face do exercício da titularidade do poder ao povo, a Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 5º, inciso XXXIII, alínea 'b', o direito de informação, considerando ser este, um instrumento de controle da atividade estatal. Na mesma esteira de raciocínio, temos o inciso XXXIV, alínea 'b', que estabelece ao cidadão, o direito de obter certidões em órgãos públicos para eventuais defesas de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (MARINELA, 2015, p. 1446).

Ainda citando dispositivos constitucionais, encontramos a exigência de motivação no mesmo artigo 5º, em seu inciso XXXV, da Constituição Federal que assegura a inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão, que se fará necessário o pleno conhecimento das razões do ato, para que o magistrado, no ato do julgamento proceda com a correta avaliação acerca da observância da lei e dos princípios constitucionais na prática de determinado ato (MARINELA, 2015, p. 1446).

Nesse sentido, disserta Matheus Carvalho (2015, p. 1124):

A motivação é indispensável ao controle dos atos administrativos pela sociedade, sendo inviável a qualquer cidadão controlar o ato sem ter conhecimento das razões legais e fáticas que justificaram sua prática. De fato, a Constituição Federal reconhece a cidadania como fundamento da República e atribui ao povo a titularidade de todo o poder, no Estado brasileiro, sendo, portanto, indispensável que o titular do interesse público tenha ampla ciência das razões que motivam e justificam a atuação da Administração Pública.

A motivação também encontra previsão no artigo 93, inciso X da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a obrigatoriedade de o Poder Judiciário motivar suas decisões administrativas. Daí decorre o entendimento que, o Poder Judiciário, quando este exerce função atípica, função administrativa, este deve motivar atos, que dirá o Estado Administrador, que, no exercício de sua função típica, administrar, deve se submeter a esta regra, sendo aplicada por analogia à prática de qualquer ato administrativo, de qualquer um dos Três Poderes, como reflexo do tratamento isonômico que deve ser dispensado a qualquer exercente de função administrativa.

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 9.784 de 1999, instituiu no artigo 2º, inciso VII, a obrigação de se indicar os pressupostos fáticos e jurídicos que venham a justificar a prática de determinado ato pelo administrador, ao passo que, no artigo 50 da referida lei, resta configurada a obrigatoriedade de motivação para

um vasto rol de atos administrativos, ao dispor que "Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos (...)".

Essa motivação deve se proceder de maneira explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, nesse caso, serão parte integrante do ato. Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados (BRASIL, 1999).

Esta motivação deve ser anterior ou no momento da prática do ato, e ainda, deve se mencionar que a ausência de motivação, implicará em ilegalidade do ato administrativo, e como consequência, sua nulidade e posterior retirada do ordenamento jurídico.

Interessante destacar que, motivação e motivos de atos administrativos são situações distintas, no sentido de que a motivação é entendida como a fundamentação do ato, ao passo que os motivos são entendidos como os elementos formadores da atuação.

2.3.9 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

O princípio da razoabilidade surge para exigir dos administradores públicos uma atuação de forma coerente, e é nesse sentido que se encontra a previsão do princípio da proporcionalidade, de modo que exige do Estado, um equilíbrio entre os benefícios e os prejuízos decorrentes da prática de determinado ato administrativo, e ainda, um equilíbrio entre os atos e as medidas aplicadas, exigindo uma atuação razoável.

Tais princípios encontram-se de forma implícita no texto constitucional, contudo, expressos na Lei nº 9.784 de 1999.

Estes princípios surgem como limitadores da liberdade do Administrador Público, de modo que este deve pautar sua atuação discricionária, de uma maneira razoável e proporcional, não sendo de todo, livre para atuar a seu modo. O controle destas regras limitadores da atuação do Poder Público é de caráter constitucional, implicando em um controle de legalidade em seu sentido amplo, permitindo assim, que venha a ser apreciado pelo Poder Judiciário.

2.3.10 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O princípio do contraditório encontra previsão legal no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, ao dispor que “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No inciso LV do art. 5º da CF consta a garantia de ampla defesa, entendida como a oportunidade de se contestar a acusação, produzir provas de seu direito, acompanhar os atos de instrução e utilizar os recursos cabíveis. Esse princípio encontra sua origem no *due process of law*. O direito de plena defesa não fica evidenciado pelo que ocorre durante o processo, ou no processo, devendo estar previamente estabelecido quanto ao rito e às sanções legais, sendo asseguradas as condições para que a defesa possa ser ampla e justa. Por outro lado, o administrado, ou o servidor público, tem o direito de não se auto incriminar, com base nesse princípio.

O direito de ampla defesa exige a bilateralidade, determinando a existência do contraditório. Entende-se, com propriedade, que o contraditório encontra-se inserido dentro da ampla defesa, quase que com ela se confundindo integralmente, na medida em que uma defesa não pode ser contraditória, sendo esta a exteriorização daquela. Frente a todo ato produzido, deve caber igual direito a outra parte de se opor ou dar-lhe outra versão, que não a já posta, ou, mesmo, dando outra interpretação jurídica diferente da feita pela acusação.

O direito foi estendido a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral assegurou-se o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. O direito já era reconhecido no processo judicial, mas coube também ao processo administrativo, em suas diferentes modalidades, introduzido pela Constituição de 1988. A Lei nº 9.784, de 29.01.1999, que dispôs sobre o processo administrativo federal, inseriu essa garantia no seu procedimento, representando um marco no direito administrativo.

Trata-se de princípios que já encontram-se enraizados no ordenamento jurídico, de modo que nos parece impossível pensar em algum processo judicial que tenha sido conduzido sem que se tenha dado ciência às partes, ou ainda, privado o seu direito de defesa, haja vista, implicaria de forma direta em nulidades que seriam facilmente afastadas, contudo, na via administrativa, a aplicação do contraditório e

da ampla defesa são novidades apresentadas pela Constituição Federal de 1988, de modo que a aplicação destes princípios ainda está engatinhando, eis o motivo de que a ausência deles ainda representa um grande índice de nulidades em processos administrativos. Implicando na necessidade de consolidação dos mesmos.

Especificamente no que diz respeito aos servidores públicos estáveis, como bem preceitua o artigo 41, §1º, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, condicionou a estes, a perda de cargo somente em virtude de uma sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

A Lei nº 9.784 de 1999 traz a menção expressa aos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, estando os mesmos no rol de princípios aos quais está sujeita a Administração Pública.

Interessante observar que o mandamento constitucional do contraditório e da ampla defesa, ainda que alcance processos judiciais e processos administrativos, é condicionado à existência de litígios, de modo que para que se fale em incidência de contraditório e ampla defesa, deverá haver interesses conflituosos suscetíveis de apreciação e decisão, assim, não caberia pois nos processos não litigiosos, como seriam nos casos de inquérito policial inquérito civil ou ainda, na sindicância para mera averiguação, por exemplo (CARVALHO FILHO, 2014, p. 990).

É costumeiro na doutrina tratar o contraditório e a ampla defesa de forma distinta, assim como encontra-se disposto na Constituição Federal, contudo, deve se entender que o contraditório é na verdade, um real corolário da ampla defesa, de modo que esta sim, é o princípio fundamental e inafastável, haja vista que a ampla defesa é muito mais abrangente do que o mero direito ao contraditório, de modo que abarca ainda o direito à contestação, de redarguição a acusações, de impugnação de atos e atividades.

A ampla defesa, entendida como princípio inafastável e como instrumento de efetividade do Estado Democrático de Direito, é aplicável a todos os processos que envolvam litígios, e ainda a incidência do poder de sanção do Estado sobre pessoas físicas e jurídicas (PIETRO, 2015, p. 704).

O contraditório nasce do direito de defesa, sendo esse fundamental para que se estabeleça a relação jurídica processual, tendo como base, de um lado a

condição bilateral da relação e do outro, e ainda, considerando que ninguém pode ser processado e julgado sem ter conhecimento do processo e sem ser ouvido (MARINELA, 2015, p. 1438).

No mesmo sentido, disserta Di Pietro (2015, p. 704), ao dispor:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

Assim, configuram-se como desdobramentos do direito ao contraditório, a notificação dos atos processuais à parte interessada, a possibilidade de exame das provas constantes do processo, o direito de assistir à inquirição de testemunhas e a ainda o direito de apresentar defesa escrita (PIETRO, 2015, pp. 704-705).

Nas palavras de Marinela (2015, p. 1438-1439):

Reconhece-se que o contraditório é a democracia no processo, que consiste no direito à participação, o que se opera com a realização de tal regra. Esse princípio deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder. Significa dizer que o processo exige que seus sujeitos tomem conhecimento de todos os fatos que venham a ocorrer durante seu curso, podendo ainda se manifestar sobre tais acontecimentos. Vários instrumentos são utilizados para viabilizar essa participação: a citação (garantia de informação da existência do processo), prazo para apresentar a defesa, direito de juntar documentos e manifestar-se sobre os juntados pela outra parte.

Entende-se que o contraditório é aplicado nos processos judiciais e administrativos como um binômio formado pela soma da informação e da possibilidade de manifestação. E se manifesta de duas formas distintas, a primeira, pelo aspecto formal, que refere-se à possibilidade de se manifestar no processo a partir do momento que toma ciência de determinado ato, e ainda, o aspecto substancial, que refere-se ao poder de a parte influenciar no convencimento do julgador, sendo necessário para que haja a real aplicação do princípio do contraditório no processo, que haja a possibilidade de interferência no convencimento do julgador e a paridade entre as partes, para que se evite que a igualdade de direitos se transforme em desigualdade de fato seja por causa da inferioridade de cultura ou em virtude de diferenças entre meios econômicos entre os participantes.

Nas palavras de Ricardo Alexandre e João de Deus (2015, p. 724): “O princípio do contraditório significa que, no processo judicial ou administrativo, devem

ser assegurados à parte ou interessado, cujos interesses estejam em discussão, o direito de conhecer as alegações da parte contrária e o de a elas se contrapor”.

Assim, torna-se impreterível que haja no processo, como instrumentos de efetivação do contraditório, a notificação dos atos processuais à parte interessada, bem como a possibilidade de exame das provas constantes do processo, ou ainda, o direito de participar da construção da prova, além de apresentar defesa escrita, aspectos que também estão presentes no princípio da ampla defesa, considerando que esses princípios estão sempre interligados (MARINELA, 2015, p. 1439).

São diversos os diplomas legais no conteúdo da Lei nº 9.784 de 1999 que implicam em reflexos do contraditório, como os direitos de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei (art. 3º, incisos II, III e IV), e ainda, o artigo 46 da Lei traz novamente a mesma norma quanto ao direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvando, porém, os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem (PIETRO, 2015, p. 705).

Temos ainda, como manifestações do contraditório constantes na Lei 9.784 de 1999, a intimação do interessado nos seguintes casos: para ciência de decisão ou efetivação de diligências (art. 26); para conhecimento de atos do processo que resultem em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e para os atos de outra natureza, de seu interesse (art. 28); para a prestação de informações ou a apresentação de provas (art. 39), para apresentar alegações, em caso de interposição de recurso (art. 62). A intimação deve ser feita com antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento (§ 2º do art. 26), ou para apresentação de prova ou realização de diligência (art. 41), podendo ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado (§ 3º do art. 26); no caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial (§ 4º do art. 26) (PIETRO, 2015, p. 705).

A ausência de intimação nos casos previstos em lei implica em nulidade que seria sanável em virtude do comparecimento do administrado, como preceitua o artigo 26, §5º, e ainda, em caso de conhecimento da intimação, e decorra em desatendimento, não há a incidência do instituo da revelia nos processos administrativos, não implicando pois no reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado como se depreende da leitura do artigo 27 do referido diploma legal.

Entendida a configuração do contraditório em sede de processo administrativo, e entendendo este como um corolário da ampla defesa, passa-se agora a discutir a incidência da ampla defesa e suas diversas manifestações no processo administrativo.

Trata-se de uma exigência indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito, entendido pois como uma decorrência do Devido Processo Legal e estando pois diretamente ligado ao direito de ação, mas com características próprias.

Para que haja a correta implicação da ampla defesa, é indispensável que se tenha o que a doutrina chama de caráter prévio da defesa, que se configura na exigência que os procedimentos e as possíveis sanções aplicáveis no caso concreto devem estar já previamente determinadas, sendo, pois, anterior ao direito de defesa, considerando, pois que, ninguém poderá se defender sem que tenha conhecimento das etapas do procedimento e as consequências possíveis.

Deve-se ainda exigir que reste observado o direito à informação geral, que decorre dos princípios do contraditório e da publicidade, sendo necessário pois que seja fundamental que se possua conhecimento acerca do processo, de todo seu arcabouço probatório e das decisões pertinentes ao processo. Tal regra é óbvia, haja vista que seria estranho imaginar a incidência da ampla defesa, sem que o interessado tenha conhecimento do processo, ou ainda que, mesmo que tenha conhecimento acerca do processo, não possua conhecimento acerca de seu conteúdo, considerando que não pode se defender de algo que não se tenha conhecimento.

Outra implicação da ampla defesa implica no chamado direito de vistas, que deve ser exercido na sede da repartição pública, acompanhado de servidor responsável, que é normalmente, um dos membros da comissão que cuida do processamento do feito. Entendendo que não temos uma legislação unânime acerca

do processamento em matéria administrativa, há casos em que se permite fazer carga dos autos, outros não, de modo que, nos processos cuja norma que regula o trâmite processual permite que se faça a carga dos autos, não poderia pois o servidor responsável violar este direito e privar a parte interessada que o faça. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu acerca da matéria:

EMENTA: Tribunal de Contas da União: direito de acesso a documentos de processo administrativo. CF, arts. 5º, XXXIII, XXXIV, “b”, e LXXII, e 37. Processo de representação instaurado para apurar eventual desvio dos recursos arrecadados com a exploração provisória do Complexo Pousada Esmeralda, situado no arquipélago de Fernando de Noronha/PE: direito da empresa-impetrante, permissionária de uso, **ter vista dos autos da representação mencionada, a fim de obter elementos que sirvam para a sua defesa em processos judiciais nos quais figura como parte.** Não incidência, no caso, de qualquer limitação às garantias constitucionais (incisos X e XXXIII, respectivamente, do art. 5º da CF). **Ressalva da conveniência de se determinar que a vista pretendida se restrinja ao local da repartição, ou, quando permitida a retirada dos autos, seja fixado prazo para tanto** (MS 25.382/DF, STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento 15.02.2006, DJ 31.03.2006) (grifos do autor).

Ainda em sede de reflexos do princípio da ampla defesa em matéria de processos administrativos, interessante destacar que é assegurado ainda o direito de cópias dos autos, que se manifesta como uma decorrência do direito de informação contudo, aqui não resta assegurada a gratuidade que é inerente aos processos administrativos, podendo neste caso, a Administração, por meio de guia de recolhimento própria, exigir uma contraprestação pecuniária para que se custeie as despesas com as cópias. No caso de a repartição não dispor de equipamentos destinados à produção de cópias, esta deverá definir um procedimento para que reste assegurado este direito a quem tenha interesse. Entende-se nos diversos órgãos públicos que advogado sem procuração não poderia requerer cópias, em especial ao que tange aos processos disciplinares, onde neste caso, a publicidade é tratada com ressalvas.

Ainda em sede de discussão acerca do princípio da ampla defesa, devemos analisar a produção de provas, que se configura como a principal manifestação da ampla defesa, de modo que é assegurado à parte, que esta produz as provas que considere necessárias para sua defesa, contudo, este princípio não se limita a autorizar a produção de provas, mas também traz a exigência que esta prova seja avaliada, que possa interferir e participar da construção do convencimento do julgador, ressalvadas, é claro, as práticas abusivas, as provas

com fins procrastinatórios ou para tumultuar o processo, além das provas obtidas por meios ilícitos (MARINELA, 2015, p. 1441).

Existe grande discussão na doutrina acerca da exigência da defesa técnica nos processos administrativos, em especial, nos processos disciplinares, onde se discute acerca da exigência da presença de advogado ou não, constituindo esta a discussão principal da presente dissertação.

Esta discussão será aprofundada em capítulo próprio, contudo, desde já se torna necessário que se adentre na discussão, ainda que de forma prévia.

No que diz respeito aos processos disciplinares no âmbito federal, conforme se depreende da leitura do artigo 156 do Estatuto dos Servidores Públicos da União, Lei nº 8.112 de 1990, a presença de advogado é facultativa. Não havendo pois a exigência de elaboração de defesa elaborada por advogado, contudo, o entendimento jurisprudencial e doutrinário surge no sentido que ao Administrador, seria vedado atuar no sentido de prejudicar a realização dessa defesa, devendo na verdade, agir de modo a viabilizar sua realização, como instrumento de justiça. Contudo, muito embora a norma contida no Estatuto reconheça como facultativa a representação por advogado, existem exceções claras, como é o exemplo do caso em que o servidor, submetido a um processo administrativo disciplinar, encontre-se em lugar incerto e não sabido, cabendo nesse caso, que o órgão determine a designação de um procurador, ou ainda, no caso em que o objeto principal de discussão no processo seja considerado muito complexo, e fugiria pois da compreensão do servido, e este não poderia se defender, hipótese em que, além de ser assegurada a participação de advogado, diante da hipótese de este servidor não possuir recursos para tal, a Administração deverá disponibilizar um defensor para atuar em prol do servidor.

Este entendimento consolidado a partir da edição da Lei nº 8.112 de 1990, e os diversos instrumentos de efetividade do Estado Democrático de Direito, que permitiram um novo olhar sob o princípio da ampla defesa, levou o Superior Tribunal de Justiça ao reconhecimento da necessidade imperiosa de defesa técnica nos processos administrativos, que entendeu que a presença do advogado colabora com a regularidade do processo, garantindo o equilíbrio entre as partes e a segurança jurídica, levando à edição de Súmula, culminando com a edição da Súmula nº 343, *in verbis*: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”

Contudo, esse entendimento perdurou até a edição da Súmula Vinculante nº 5 que entendeu que a presença de advogado em processo administrativo disciplinar seria dispensável, de modo que dispõe que “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. É aí que se encontra o objeto principal de discussão desta dissertação, que será detalhada adiante.

Continuando a discussão acerca dos reflexos do princípio da ampla defesa em matéria de processos administrativos, torna-se essencial que se observe o direito ao recurso, que assegura ao administrado a revisão de uma decisão, que venha a buscar a correção de qualquer injustiça ou abuso praticado pela autoridade julgadora. Ora, estamos diante de direito que prescinde de previsão expressa em norma legal, haja vista que a parte final do inciso LV do artigo 5º, determina que há ampla defesa com meios e recursos a ela inerentes. Assim, ainda que a interpretação do referido dispositivo seja diversa desta apresentada, há que se afirmar a possibilidade de interposição de recursos, sem que a necessidade de previsão específica em lei, sob o fundamento do direito de petição, consolidado no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988.

O recurso administrativo não pode estar condicionado a depósito prévio, como ocorre nos processos judiciais. Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como bem observa do julgado apresentado a seguir:

[...] a exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição, além de caracterizar ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. Em determinadas situações, segundo os Ministros, essa exigência pode converter-se em supressão do direito de recorrer, constituindo, assim, nítida violação do princípio da proporcionalidade. (RE 388.359/PE, STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 28.03.2007, DJ 22.06.2007, p. 17).

Atualmente tal matéria é tratada pela Súmula Vinculada nº 21 que determina que: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

O Superior Tribunal de Justiça também possui entendimento sumulado acerca dessa matéria, como se observa da leitura da Súmula nº 373, ao dispor que: “É ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo”.

3 PODER DISCIPLINAR

3.1 Considerações Iniciais

Ao se analisar o regime-jurídico-administrativo ao qual se submete a Administração Pública, deve se entender que se fazem presentes dois institutos que a caracterizam, as prerrogativas e as sujeições. O primeiro grupo abrange um conjunto de privilégios que são concedidos à Administração para que reste assegurado o exercício de suas atividades, ao passo que o segundo grupo compreende limites que se opõem à atuação administrativa em benefício dos direitos dos cidadãos.

É função precípua do Estado, servir a coletividade, através do agir de seus agentes, que são o elemento físico da Administração Pública. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 282): "existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades no interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las"

Os poderes administrativos encontram-se dispostos no grupo das prerrogativas, pois entende-se que são imprescindíveis para que a atuação do Estado esteja voltada para a persecução do interesse público. Assim, os poderes administrativos surgem no ordenamento jurídico como instrumentos através dos quais o Poder Público deve perseguir o interesse público. Assim, sendo, podemos conceitua-los como "um conjunto de prerrogativas ou de competências de direito público, conferidas à Administração, com o objetivo de permitir a aplicação da supremacia do interesse público e a realização do bem comum". (MARINELA, 2015, p. 342)

Considerando que a função precípua da Administração Pública é a satisfação do interesse público, esta é dotada de poderes administrativos, que como será estabelecido, são distintos dos poderes políticos. Estes poderes administrativos surgem como instrumentos adequados para que se realize de maneira correta e eficaz, as tarefas administrativas, daí o por que são considerados pela doutrina como poderes instrumentais, de modo diverso dos poderes políticos que são

considerados pela doutrina como poderes estruturais e orgânicos, haja vista que estes compõem a estrutura estatal e constitucional. (MEIRELLES, 2016, p. 137)

Nesse sentido, disserta Marinela (2015, p. 343):

Para evitar maiores problemas, não podem ser confundidos Poderes da Administração ou Administrativos com Poderes do Estado. Estes são elementos orgânicos ou organizacionais que exercem, cada qual, uma função precípua, conforme a tripartição constitucional já ensinada por Montesquieu, dividindo-se em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Muito diferentes daqueles, que são as prerrogativas, instrumentos, mecanismos para a realização do bem coletivo.

Esses poderes administrativos surgem junto com a Administração, e a depender do serviço público a ser desempenhado, se diversificam, de modo a respeitar o interesse da coletividade e os objetivos perseguidos pela administração. Assim, considerando essa variedade, a doutrina costuma classificar esses poderes administrativos em poder vinculado e poder discricionário, considerando a liberdade que a Administração possui para a prática de determinados, podem ser classificados ainda em poder hierárquico ou poder disciplinar, segundo visem ao ordenamento da Administração ou à punição dos que a ela se vinculam, ou ainda em poder regulamentar no caso em que se considera sua função normativa, e ainda, em poder de polícia, quando se considera seus objetivos de contenção dos direitos individuais.

Tais poderes são inerentes à todas as entidades da Administração Pública, respeitando de forma proporcional, os limites e competências de cada entidade que compõe a Administração Pública, e ainda, para a consecução de determinado ato, estes podem ser utilizados de forma isolada ou cumulativa, como é o caso, a título de exemplo com um ato de polícia administrativa, , que é normalmente precedido de uma regulamentação do Executivo (poder regulamentar), em que a autoridade escalona e distribui as funções dos agentes fiscalizadores (poder hierárquico), concedendo-lhes atribuições vinculadas (poder vinculado) ou discricionárias (poder discricionário), para a imposição de sanções aos infratores (poder de polícia) (MEIRELLES, 2016, p. 138).

3.2 Uso e Abuso de Poder

Como já explicado no item anterior, os poderes administrativos surgem como instrumentos que nascem juntamente com a Administração para que esta

venha a alcançar a satisfação do interesse público, sem os quais, se tornaria difícil à Administração, o alcance de seu objeto precípua. São pois prerrogativas conferidas à Administração Pública, que deve regular seus atos em conformidade com o disposto na lei, em busca da satisfação do interesse coletivo.

Deve se entender que esse caráter instrumental dos poderes administrativos impõe limites à atuação estatal, de modo que, em caso de a Administração Pública agir de modo a extrapolar o limite do estritamente necessário para a satisfação do interesse público, haverá pois a incidência de abuso de poder, que, como bem ensina a doutrinadora Fernanda Marinela (2015, p. 292): “É necessário grifar que o exercício dos poderes administrativos está condicionado aos limites legais, inclusive quanto às regras de competência, devendo o agente público ser responsabilizado pelos . Abusos, sejam eles decorrentes de condutas comissivas ou omissivas.”

A doutrina define como abuso de poder, as situações que a Administração Pública, por meio de seu elemento físico, os agentes públicos, pratica determinado ato de modo que venha a extrapolar o disposto na lei, ou ainda, em hipótese de praticar ato cuja finalidade se distancie da finalidade previamente estabelecida pela legislação. Interessante anotar que o abuso de poder pode vir a ocorrer por condutas comissivas, quando o agente pratica condutas fora dos limites impostos pela lei, mas também pode decorrer de condutas omissivas, quando deixa de observar um dever legal. As duas hipóteses de configuração do abuso de poder, implicam em ilicitude do ato administrativo decorrente (CARVALHO, 2015, p. 116).

A doutrina classifica o abuso de poder em duas espécies, desvio de finalidade e excesso de poder.

O excesso de poder enquadraria, pois, as situações em que a autoridade competente age de modo a atuar fora dos limites legais de modo a extrapolar a competência administrativa que lhe foi concedida, de modo a praticar atos que não estão dispostos em lei, configurando pois vício de competência, que implica na nulidade do ato praticado (CARVALHO, 2015, p. 116).

O desvio de finalidade seria pois a atuação de agente público, ainda que, dentro dos limites legais, porém, com finalidade diversa da pretendida por lei, e assim, como o excesso de poder, implica em nulidade deste ato administrativo, estando pois a atingir um dos elementos do ato administrativo, a finalidade. Contudo, trata-se de vício subjetivo do agente da mais difícil comprovação, considerando pois

que sua comprovação depende de apontar não a ilegalidade do ato, mas o vício na vontade do agente.

Em ambos os casos, implicará em nulidade do ato administrativo que será discutida por meio de impugnação do ato administrativo ou ainda mediante a provocação do Poder Judiciário, considerando que lhe é possível atuar de modo a controlar a legalidade da atuação administrativa.

3.3 Discricionariedade e Vinculação

É necessário que se entenda os conceitos de discricionariedade e vinculação para que se entenda o conteúdo do Poder Disciplinar a ser discutido em seguida. Esta classificação se baseia no grau de liberdade do modo de atuar do agente público.

Para que se entenda melhor essa diferenciação, é necessário ter em mente que a atuação da Administração Pública deve ser plenamente vinculada à lei, e é somente a lei que pode determinar o *modus operandi*, de modo que toda a atuação do agente público é totalmente submisso à lei. É a norma legal quem tem o condão determinar a vinculação ou a discricionariedade do ato administrativo, considerando que a lei poderá vir a determinar a forma de atuação deste agente, concedendo a este, ou não, uma margem de escolha, observando os limites legalmente estabelecidos, assim, temos duas situações, atos em que a lei permite ao agente um possibilidade de escolha, entendido como um ato discricionário, ou ainda, nas situações em que a lei estabelece todos os atos a serem praticados pelo agente, sem que reste atribuída a este, uma possibilidade qualquer de escolha, configurando pois uma atuação vinculada (CARVALHO, 2015, p. 117).

Helly Lopes Meirelles (2016, p. 121) define o poder vinculado como “o poder vinculado ou regrado é aquele que estabelece único comportamento possível a ser tomado pelo administrador diante de casos concretos, sem nenhuma liberdade para juízo de conveniência e oportunidade”.

Essa classificação alcança as situações em que a lei, ao criar aquele ato administrativo, tratou-se de definir todos os seus elementos de forma objetiva, sem levar em consideração a subjetividade do agente, vedando que este estabeleça uma espécie de valoração acerca da conduta exigida pela lei. A lei define pois a única conduta a ser seguida pelo agente, de modo que, considerando que todos os

requisitos legais do ato estejam previamente atingidos, caberá ao administrador tão somente, a prática de ato previamente definido pelo diploma normativo que não somente prevê como determina a atuação do agente público sempre que a previsão legal se concretizar (CARVALHO, 2015, p. 118).

Assim determina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 91):

O chamado “poder vinculado”, na realidade, não encerra “prerrogativa” do Poder Público, mas, ao contrário, dá ideia de restrição, pois, quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se significar que está sujeita à lei em praticamente todos os aspectos. O legislador, nessa hipótese, preestabelece todos os requisitos do ato, de tal forma que, estando eles presentes, não cabe à autoridade administrativa senão editá-lo, sem apreciação de aspectos concernentes à oportunidade, conveniência, interesse público, equidade. Esses aspectos foram previamente valorados pelo legislador.

Na atuação discricionária, também há a incidência da legalidade, de modo que a atuação do agente também se encontra definida pela lei, contudo, esta mesma determina situações que conferem ao agente, a possibilidade de este escolher, diante do caso concreto, a solução mais adequada, fazendo uso de um juízo de conveniência e oportunidade, respeitando, pois, as limitações legais e a busca pelo interesse público. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2015, p.192): “a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”.

A mesma doutrinadora preceitua:

[...] a discricionariedade, sim, tem inserida em seu bojo a ideia de prerrogativa, uma vez que a lei, ao atribuir determinada competência, deixa alguns aspectos do ato para serem apreciados pela Administração diante do caso concreto; ela implica liberdade a ser exercida nos limites fixados na lei. No entanto, não se pode dizer que exista como poder autônomo; o que ocorre é que as várias competências exercidas pela Administração com base nos poderes regulamentar, disciplinar, de polícia, serão vinculadas ou discricionárias, dependendo da liberdade, deixada ou não, pelo legislador à Administração Pública (PIETRO, 2015, p. 91).

Essa discricionariedade não pode ser em nenhum momento, confundida com arbitrariedade, que é a atuação fora dos limites da lei, mas na verdade, a discricionariedade não se trata de um poder absoluto, haja vista que é limitada ao cumprimento de uma administração eficaz e transparente.

Há ainda situações em que a discricionariedade se manifesta pela possibilidade de que a possibilidade de o agente estabelecer uma valoração de conveniência e oportunidade, as possibilidades que o agente pode se valer não são

definidas expressamente em lei, mas permite ao agente, que este se valha de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, devendo este agente se valer de sua carga valorativa para que se faça o melhor juízo de conveniência. Nas palavras de Matheus Carvalho (2015, p. 119): “Na discricionariedade, primeiramente, o legislador atribui ao aplicador da lei o encargo de produzir a melhor atuação, valorando as circunstâncias fáticas. Sendo assim, compete ao agente fazer a escolha entre atuar ou não, bem como, em relação à forma de atuação”.

3.4 Poder Disciplinar

O Poder Disciplinar é entendido como a possibilidade conferida à Administração Pública de punir e atribuir sanção diante da prática de infrações funcionais tanto de servidores, bem como daqueles que se encontram sujeitos à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. Nas palavras de Di Pietro (2015, p. 95): “Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso dos estudantes de uma escola pública”.

O poder disciplinar não alcança sanções impostas aos particulares que não se encontram sujeitos ao controle interno da Administração, haja vista que, em tais casos, as medidas punitivas tem como fundamento o poder de polícia do Estado.

O vínculo que estabelece a incidência do poder disciplinar decorre tanto de natureza funcional, como é o caso dos servidores públicos, ou ainda, os de natureza contratual, que alcança aí os funcionários contratados pela administração pública.

Desta forma, entende-se que estamos diante de um poder interno, considerando que não se aplica a particulares que não possuam algum vínculo com a administração, não permanente, haja vista que somente será aplicável nas hipóteses em que o servidor vir a cometer falta funcional, e ainda, discricionário, haja vista que cabe à Administração escolher, com base nos critérios de conveniência e oportunidade, a punição a ser aplicada ao agente público (MAZZA, 2016, p. 384)

Aqui cabe uma ressalva interessante, haja vista que, uma vez apurada a infração, a Administração é obrigada a estabelecer a punição ao agente, constituindo-se em um dever vinculado, contudo, a discricionariedade se manifesta

na possibilidade de a administração escolher a punição aplicável. Assim, entendemos que o poder disciplinar seria, pois, vinculado à obrigatoriedade de punição, mas discricionário em relação à sanção aplicável no caso concreto.

Nas palavras de Di Pietro (2015, p. 96):

O poder disciplinar é discricionário, o que deve ser entendido em seus devidos termos. A Administração não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois, tendo conhecimento de falta praticada por servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível. Não o fazendo, incide em crime de condescendência criminosa, previsto no artigo 320 do Código Penal e em improbidade administrativa, conforme artigo 11, inciso II, da Lei nº 8.429, de 2-6-92.

Assim sendo, entende-se que esta discricionariedade existe de forma limitada em determinados aspectos da aplicação das sanções. Partindo-se da ideia que as normas que regulam os servidores públicos, ao definirem as infrações funcionais não estabelecem regras extremamente rígidas, como as normas estabelecidas na esfera criminal, de modo que confere ao Administrador Público, a possibilidade de este fazer um juízo de valor diante do reconhecimento de determinado ato como ilícito, onde a lei, muitas vezes faz uso de expressões imprecisas, atribuindo à Administração a possibilidade de enquadramento em uma outra infração, como podemos destacar a título de exemplo, as expressões “procedimento irregular” ou ainda “ineficiência no serviço”, que em muitos casos podem vir a ser punidos com demissão, e a expressão “falta grave”, que seria pois punível com suspensão, mas que na verdade, dependeria pois de uma valoração a ser determinada no caso concreto.

Ainda acerca dessa discricionariedade, observemos pois as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 430): “a discricionariedade existe, por definição, única e tão somente para propiciar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda”.

Assim, a discricionariedade se manifesta no enquadramento da infração, de modo que, uma vez definida determinada conduta como tal, a sanção não poderá ser escolhida, devendo pois corresponder à que esteja pois previamente determinada na lei, configurando assim pois, uma atuação vinculada do Administrador.

Nesse sentido é pois o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se observa do julgado apresentado a seguir:

[...] 1. Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, **não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção** a Servidor Público em razão do cometimento de infração disciplinar, de sorte que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais. Precedente. (...) (MS 13.083/DF, STJ – Terceira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento 13.05.2009, DJe 04.06.2009) (grifos do autor).

Assim, não se pode afirmar que o Poder Disciplinar seria de todo discricionário, haja vista que este se manifesta na liberdade de escolha quando do ato do juízo de valor do Administrador na definição da infração funcional, limitando-se pois ao conteúdo normativo decorrente desta escolha. Não cabendo ao administrador fazer juízo de valor em relação à instauração do processo e a aplicação da sanção, haja vista que o agente público não possui liberdade sobre estes atos.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2016, p. 147):

Conforme a gravidade do fato a ser punido, a autoridade escolherá, entre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais bem reprima a falta cometida. Neste campo é que entra o discricionarismo disciplinar. Isto não significa, entretanto, que o superior hierárquico possa punir arbitrariamente, ou sem se ater a critérios jurídicos. Não é este o significado da discricionariedade disciplinar. O que se quer dizer é que a Administração pode e deve, atendo-se aos princípios jurídicos, em especial os da razoabilidade e da proporcionalidade, e às normas administrativas específicas do serviço, conceituar a falta cometida, escolher e graduar a pena disciplinar, em face dos dados concretos apurados pelos meios regulares - processo administrativo ou meios sumários -, conforme a maior ou menor gravidade da falta, ou a natureza da pena a ser aplicada.

A disciplina aplicada aos servidores públicos decorre da hierarquia da Administração, daí o porquê de a doutrina entender que o poder disciplinar seria pois uma consequência do poder hierárquico. Ora, se é atribuição dos agentes superiores fiscalizar a atuação dos agentes públicos, a possibilidade de se exigir o cumprimento legal da norma, e caso não reste satisfeita esse cumprimento legal, deverá aplicar a respectiva penalidade. É por isso que se diz que para os servidores públicos, a disciplina decorre da hierarquia.

Essa incidência da disciplina nos cargos públicos incide ainda nas carreiras do Ministério Público e da Magistratura, onde, muito embora, não haja hierarquia no exercício de suas funções, a incidência do poder disciplinar existe no tocante ao aspecto funcional da relação de trabalho, ficando os seus membros sujeitos à disciplina interna da instituição.

Como bem preceitua Ricardo Alexandre e João de Deus (2015, p. 226):

Quando há vínculo funcional, o poder disciplinar é decorrência do poder hierárquico. Em virtude da existência de distribuição escalonada dos órgãos e servidores de uma mesma pessoa jurídica, compete ao superior hierárquico dar ordens e exigir do seu subordinado o cumprimento destas. Caso o subordinado não atenda às determinações do seu superior ou descumpra o dever funcional, o seu chefe poderá (poder-dever) aplicar as sanções previstas no estatuto funcional.

O poder disciplinar possui relação direta com o poder hierárquico, contudo, são institutos diversos entre si, haja vista que um não se confunde com o outro. O poder hierárquico implica na possibilidade de a Administração distribuir e escalonar funções executivas, ao passo que como atribuição do poder disciplinar estaria pois o controle do desempenho dessas funções e da conduta interna dos servidores, manifestando-se na possibilidade de responsabilização em virtude da prática de condutas definidas como faltas, surgindo assim, do interesse e da necessidade de se aperfeiçoar a atividade pública. Ora, este entendimento é claro ao se observar que a administração apenas faz uso do poder disciplinar para buscar benefícios ao serviço público, e, perseguindo esse objetivo, é o único juiz da conveniência e oportunidade da punição do servidor, dentro das normas específicas da repartição (MEIRELLES, 2016, p. 146).

Como outrora destacado, o poder disciplinar pode vir a alcançar ainda particulares que apresentam algum vínculo contratual com a Administração Pública, como seriam, pois, o caso dos funcionários contratados mediante a terceirização de serviços. Nessas hipóteses, não haveria pois a incidência do poder hierárquico, haja vista que não há que se falar em hierarquia entre o particular e a administração. Nesses casos, o fundamento basilar da incidência do poder disciplinar sobre estes particulares, seria, pois a supremacia do interesse público diante do interesse privado. É ainda sob esse fundamento, que se entende, a título de exemplo, a incidência do poder disciplinar sobre os estudantes de escolas públicas, que, em virtude de seu vínculo com a Administração Pública, encontram-se pois sujeitos ao Poder Disciplinar.

Outra distinção a ser feita diz respeito as diferenças entre o poder disciplinar, como poder punitivo funcional, e o poder sancionador que é objeto de estudo do Direito Penal, este entendido como um poder punitivo em geral que se trata de uma atribuição estatal como prerrogativa de sua relação com os indivíduos em geral, tendo como objetivo precípuo, a defesa da ordem pública, que é

completamente distinto do poder disciplinar, que necessita que haja uma relação jurídica específica entre a Administração Pública e os seus agentes.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2016, p. 146):

Não se deve confundir o poder disciplinar da Administração com o poder punitivo do Estado, realizado através da Justiça Penal. O poder disciplinar é exercido como faculdade punitiva interna da Administração e, por isso mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço; a punição criminal é aplicada com finalidade social, visando à repressão de crimes e contravenções definidas nas leis penais, e por esse motivo é realizada fora da Administração ativa, pelo Poder Judiciário. A punição disciplinar e a criminal têm fundamentos diversos, e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau; é de substância. Dessa substancial diversidade resulta a possibilidade da aplicação conjunta das duas penalidades sem que ocorra *bis in idem*. Por outras palavras, a mesma infração pode dar ensejo a punição administrativa (disciplinar) e a punição penal (criminal), porque aquela é sempre um *minus* em relação a esta. Daí resulta que toda condenação criminal por delito funcional acarreta a punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal.

Outra distinção entre os dois institutos, refere-se ao discricionarismo como característica do poder disciplinar, haja vista que o mesmo não encontra-se vinculado a uma definição prévia em lei acerca da infração funcional e da respectiva sanção. Assim, não há que se falar no poder disciplinar, a incidência do princípio da pena específica, que marca todo o Direito Penal, ao definir que não há crime sem prévia cominação legal, "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", não havendo pois incidência do mesmo, em matéria de Poder Disciplinar.

As penas disciplinares previstas no ordenamento jurídico, definidas pela Lei nº 8.112 de 1990, em seu artigo 127, são de seis espécies, enumerando-se nesta ordem crescente de gravidade: 1) advertência; 2) suspensão; 3) demissão; 4) cassação de aposentadoria ou disponibilidade; 5) destituição de cargo em comissão; 6) destituição de função comissionada. A enumeração das penas em ordem crescente de gravidade não quer dizer que o superior tenha que começar sempre pela mais branda para atingir a mais rigorosa.

É indispensável para que se estabeleça a legalidade da punição interna da administração, que se proceda com a apuração regular da falta disciplinar, como uma limitação à discricionariedade do poder disciplinar, vedando assim, que este Administrador estabeleça punição arbitrária ao subordinado, devendo inicialmente proceder com a apuração da falta através dos meios legais compatíveis com a gravidade da pena que será aplicada, oportunando ao administrado, que este faça uso de seu direito de defesa, sob a pena de que esta punição aplicada sem a observância destes elementos, venha a ser ilegítima e por conseguinte, invalidada

pelo Poder Judiciário, haja vista incorrer em inobservância do devido processo legal, cabendo a impetração de mandado de segurança para que se tenha assegurado o devido processo legal, procedendo com a anulação do processo disciplinar a partir do momento em que nasceu o vício de nulidade (MEIRELLES, 2016, pp. 147-148).

Nas palavras de Barros Júnior (1972, p. 207) apud Meirelles (2016, p. 148), “a discricionariedade da punição disciplinar se reduz também no que tange ao procedimento para aplicá-la. O processo disciplinar tende a uma jurisdicionalização acentuada, mediante adoção de um contraditório moderado no seu processamento”.

Outro elemento de validade da punição disciplinar é a motivação da aplicação daquela sanção, sendo vedada a aplicação de punição sem que se tenha uma motivação para tal, não podendo vir a ser omitida. Não se trata de uma exigência de formalidades exacerbadas, haja vista que nos processos administrativos, vigora o princípio do informalismo, nesse interim, podemos entender que a motivação pode inclusive vir a ser reduzida, mas jamais dispensada. O Administrador não encontra-se de todo sujeito às formalidades exigidas em um processo judicial, mas isso não significa que lhe é permitido deixar de fazer a indicação clara dos motivos e dos meios que fez uso para a apuração daquela falta, ainda que use de meios simples para que reste atingida a finalidade do ato administrativo.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2016, p. 148):

A motivação destina-se a evidenciar a conformação da pena com a falta e a permitir que se confirmem a todo tempo a realidade e a legitimidade dos atos ou fatos ensejadores da punição administrativa. Segundo a moderna doutrina francesa, hoje aceita pelos nossos publicistas e pela nossa jurisprudência, todo ato administrativo é inoperante quando o motivo invocado é falso ou inidôneo, vale dizer, quando ocorre inexistência material ou inexistência jurídica dos motivos.

Assim, a motivação da punição aplicada pelo administrador não implica em um afastamento da discricionariedade, mas trata-se de uma legalização desta discricionariedade, haja vista que a valoração dos motivos é matéria reservada privativamente à sua consideração, sem que outro Poder possa rever o mérito de tais motivos.

4 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

4.1 Noções de Direito Administrativo Disciplinar

O Direito Administrativo surge como uma ramificação do Direito Administrativo que se ocupa de regular a forma que a Administração se relaciona com seu elemento físico, de modo a estabelecer um conjunto normativo voltado a regular o comportamento desses agentes, instituindo direitos e deveres, além de definir condutas proibidas e as sanções aplicáveis em cada caso.

Assim, o Direito Administrativo Disciplinar se manifesta como um elemento hábil para que a Administração Pública venha a executar as atividades de sua competência, haja vista que este conjunto normativo vem com o escopo de assegurar a regularidade e o bom funcionamento do serviço público, além de disciplinar a relação de subordinação entre os agentes públicos e o Estado, bem como sua adesão às leis e regras dele decorrentes.

Este ramo do Direito Administrativo relaciona-se diretamente com outros ramos do direito, tais como o Direito Constitucional, Processual Cível, Processual Penal e Trabalhista, contudo, completamente distintos entre si. A título de exemplo, imaginemos uma conduta que seja tipificada como infração administrativa, ao mesmo tempo em que é determinada como infração penal. Nesta situação o trato da infração administrativa, pela legislação administrativa, não poderia ser igual ao trato desta infração pela norma criminal, haja vista que são esferas distintas, que visam proteger bens jurídicos distintos, de modo que de um lado temos a proteção de direitos disponíveis, e de outro, uma regulamentação de direitos indisponíveis, considerado a relevância de cada direito protegido.

4.2 Conceito e Finalidade

O processo administrativo disciplinar é entendido como um conjunto de atos que tem como finalidade principal, apurar o cometimento de ilícitos administrativos e uma consequente punição de faltas cometidas por servidores públicos.

Nas palavras de Carvalho Filho (2014, p. 999): “Processo administrativo-disciplinar é o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência

de infrações praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplica as sanções adequadas”.

Fernanda Marinela (2015, p. 1465), define como as principais finalidades do Processo Administrativo Disciplinar:

- a) apurar ação ou omissão de servidor público, desde que punível disciplinarmente;
- b) promover o deslinde de anormalidade prejudicial ao bom desempenho dos serviços públicos;
- c) evitar que autoridades, com base tão somente no poder discricionário, condenem seus administrados, afastando-os da fundamental ampla defesa;
- d) oferecer ao servidor a oportunidade de provar sua inocência, corolário do direito de ampla defesa. Que serve com mecanismo para evitar atitudes arbitrárias;
- e) funcionar como mecanismo que viabiliza o controle da atividade da Administração Pública;
- f) ser utilizado como mecanismo de legitimação e fundamentação da conduta estatal.

A doutrina indica a existência de três sistemas a partir dos quais, seria possível estabelecer a repressão disciplinar.

O primeiro deles trata-se do sistema hierárquico, a partir do qual, o poder disciplinar seria exercido como uma consequência do poder hierárquico, assim, seria pois exercido pelo superior hierárquico, responsável pela apuração da conduta faltosa e a consequente aplicação da pena (BARROS JÚNIOR apud PIETRO, 2015, p. 711).

O segundo sistema que fundamenta a aplicação de penas disciplinares seria o sistema da jurisdição completa. Segundo esse sistema, a conduta faltosa, bem como a sanção a ser aplicada serão estritamente definidos por lei, sendo que a decisão caberia a um órgão de jurisdição específico, que funcionaria segundo regras semelhantes ao tribunal de procedimentos jurisdicionais, contudo, considerando que o sistema jurídico brasileiro não prevê a existência desse órgão de jurisdição distinta, não se aplica este sistema no direito brasileiro (BARROS JÚNIOR apud PIETRO, 2015, p. 711).

O outro sistema destacado pela doutrina seria o sistema misto, ou da jurisdicionalização moderada, que determina a intervenção de certos órgãos, com

um caráter geralmente opinativo, onde a pena seria aplicada pelo superior hierárquico, onde é assegurado um grau de discricionariedade na apuração dos fatos, bem como na aplicação da sanção a ser aplicada. Este é o sistema aplicado pelo ordenamento jurídico nacional, no que diz respeito aos processos administrativos disciplinares.

Diante do cometimento de uma conduta denominada como infração que veio a ser praticada no âmbito da Administração Pública, a esta, é imposta a obrigação de apurar, surgindo assim como uma garantia, tanto para o servidor, como para a Administração, por meio de um procedimento formal, que reste assegurado ao agente investigado a observância da ampla defesa na busca para afastar a acusação a ele imposta.

O principal fundamento para a instauração de processo administrativo disciplinar é pois o sistema disciplinar que deve existir entre a Administração e seus agentes públicos, sendo competência do Estado, primar pela correção e pela legitimidade da atuação de seus agentes, de tal modo que, considerando a existência de notícia do cometimento de alguma conduta diversa do que é disposto em lei, a Administração Pública terá o poder de fazer restaurar a situação legal, e aplicar uma punição a estes agentes que atuaram em desconformidade aos preceitos legais, ou ainda, com desvio de finalidade. A hierarquia administrativa, que prevê a existência de diversas categorias funcionais, assegura que se faça esse controle de funções visando assim, manter a regularidade do exercício de função pública, existindo pois a necessidade de que se formalize a apuração dando origem assim, a um processo administrativo, permitindo assim, que a Administração conclua a apuração dentro dos padrões da maior veracidade (CARVALHO FILHO, 2014, p. 999).

Hely Lopes Meirelles (2016, pp. 830-831), define o processo administrativo como “o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração”.

Assim, conforme o que já foi explicitado, trata-se de um processo administrativo que tem fundamento na supremacia especial que a Administração Pública mantém sobre seu elemento físico, que compreende todos aqueles agentes que encontram-se vinculados a seus serviços ou atividades, seja de forma definitiva ou de forma transitória, submetida a sua disciplina.

Trata-se de um processo de caráter eminentemente punitivo, contudo, apresenta características próprias e de uma incidência comum na esfera administrativa, razão pela qual merece o destaque dado pela doutrina e jurisprudência, haja vista que sua regulamentação geralmente varia de acordo com o órgão ou a entidade interessada.

4.3 Fundamento Legal

O fundamento legal do processo administrativo disciplinar encontra-se disposto em diversos dispositivos, haja vista que, cada ente administrativo possui autonomia para legislar acerca de seu estatuto funcional e definir suas regras quanto à tramitação do processo disciplinar, à competência, aos prazos, às formalidades específicas e às possíveis sanções. Assim, de forma diversa dos processos judiciais, não temos um padrão específico na uniformização das regras, o que importa em certa dificuldade na atuação neste ramo.

A obrigatoriedade do processo administrativo disciplinar decorre do artigo 41 da Constituição Federal, que impõe a obrigatoriedade do processo administrativo disciplinar para que seja aplicada pena que implique em perda de cargo do funcionário estável. A Lei que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais, a Lei nº 8.112 de 1990 traz a exigência de realização do processo administrativo disciplinar para que seja aplicada as penas de suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, e destituição de cargo em comissão, como se depreende da leitura do artigo 146 do aludido diploma legal. Ainda em sede de diplomas legais, o Decreto-lei nº 200 de 1967, conhecido como Reforma Administrativa Federal, traz, em seu artigo 100, a exigência deste processo para que se proceda com a demissão ou dispensa do servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres (PIETRO, 2015, pp. 711-712).

Daí se verifica a variedade da base normativa do processo administrativo disciplinar, implicando assim na incidência do princípio da disciplina reguladora difusa, haja vista que suas regras de competência, tramitação, prazos, sanções, etc., encontram-se regulados nos mais diversos diplomas funcionais das pessoas da Administração Pública, em contrapartida aos processos judiciais, regulados pelo

princípio da disciplina reguladora concentrada, haja vista que todo seu trato normativo de regulação dos procedimentos a serem seguidos encontra-se em leis especiais.

Nas palavras de Carvalho Filho (2014, p. 1000):

Cada pessoa federativa tem autonomia, como já vimos, para instituir o seu estatuto funcional. A liberdade para a instituição das regras do processo disciplinar só esbarra nos mandamentos constitucionais. Fora daí, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabelecem suas próprias regras para esse tipo de processo. Por essa razão, quando se quiser verificar alguma questão sobre tramitação de processos disciplinares, necessária será a consulta ao estatuto da pessoa federativa que tenha instaurado o respectivo processo disciplinar.

Considerando a variedade de diplomas legais que tratam do processo administrativo disciplinar, é comum que se faça consulta à Lei nº 8.112 de 1990, que trata do Estatuto dos Servidores Civis da União, diploma este que se aplica aos processos administrativos disciplinares que relacionam-se aos servidores públicos federais, contudo, este diploma tem sido copiado por diversos entes públicos, servindo assim de material de consulta ao trato regulamentar do processo administrativo disciplinar.

A Lei nº 8.112 de 1990 veio regulamentar o artigo 41 da Constituição Federal, em especial os Títulos IV que trata do Regime Disciplinar, a partir do artigo 116 até o artigo 142, e ainda, o Título V, que trata especificamente do Processo Administrativo Disciplinar, conforme o disposto nos artigos 143 a 182.

Contudo, considerando determinadas lacunas existentes na Lei nº 8.112 de 1990, temos ainda outros diplomas legais a serem utilizados de forma subsidiária, como é o caso da Lei nº 9.784 de 1999, que regula os processos administrativos de forma geral no âmbito federal, sendo esta de aplicação subsidiária à Lei nº 8.112 de 1990, como bem determina o artigo 69 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

Outro diploma a ser aplicado de forma subsidiária ao processo administrativo disciplinar seria a Lei nº 8.429 de 1992, Lei de Improbidade Administrativa, que traz desde normas que visem a responsabilização de agentes públicos diante da prática de atos de improbidade administrativa, bem como traz disposições específicas ao processo administrativo disciplinar, ao definir os atos de improbidade administrativa e as penas que são aplicáveis aos agentes públicos.

Além da variedade de diplomas legais aplicáveis, tem-se ainda a incidência de um conjunto de princípios constitucionais que regulam a Administração

Pública, tais como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de princípios que regulam a norma processual, tais como os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, e a presunção de não culpabilidade. Além ainda de diversos diplomas dos Códigos de Processo Civil e Penal, em que não haja incompatibilidade com a norma especial que trate da matéria.

4.4 Princípios Aplicáveis ao Processo Administrativo Disciplinar

Considerando a ampla discussão acerca dos princípios aplicáveis ao Processo Administrativo em geral, do qual, o Processo Administrativo Disciplinar é uma espécie, a discussão acerca dos princípios aplicáveis a este, será reduzida, e terá como base a indicação de dispositivos nos diversos diplomas legais que regular o processo administrativo disciplinar que fazem menção ao princípio a ser comentado.

4.4.1 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal, cujo fundamento encontra-se no corpo do artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal é apresentado como o princípio base do processo administrativo, haja vista que é a partir dele, que os outros princípios se sustentam, vindo a surgir como um instrumento garantidor do Estado Democrático de Direito, que não haverá condenação a ninguém, sem que antes, lhes seja assegurado o direito à defesa e ao contraditório.

A garantia constitucional do devido processo legal implica dois aspectos: processual (*procedural due process*), e substantivo (*substantive due process*). Esta forma, inclusive, evoluiu para o princípio da isonomia *equal protection of the laws*, constituindo-se num instrumento para garantir as liberdades públicas, restringindo a discricionariedade administrativa e a exorbitância legislativa. O devido processo legal restringe, assim, o poder regulamentar e o de polícia, assegurando ao Poder Judiciário um instrumento eficaz de controle da legalidade e dos demais Poderes Políticos. O devido processo legal aplica-se na jurisdição penal, estando implícito no princípio da presunção de inocência. Consta também na jurisdição civil, conferindo igualdade às partes, oportunidade para a produção de provas e a garantia do

contraditório. Por outro lado, o devido processo legal também se aplica ao processo administrativo, como forma de limitar a discricionariedade estatal.

Trata-se de um princípio inarredável, como bem preceitua a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

STF. Agravo de Instrumento nº 241.201: Ementa: [...] O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos (BRASIL, 2011).

Este princípio traz a determinação legal que, nenhuma decisão gravosa a determinado agente público poderá ser imposta sem que este tenha se submetido a um processo cujo procedimento a ser seguido, tenha sido previamente estabelecido em lei, daí o por que diante de uma conduta que caracterize uma falta leve, não poderia o administrador aplicar sanção sem que reste observado o rito estabelecido na Lei nº 8.112 de 1990.

Assim discorre Alexandre de Moraes (2014, p. 124):

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto num âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Discorre o artigo 143 da Lei nº 8.112 de 1990, *in verbis*: “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”.

Partindo do mesmo raciocínio, surge o entendimento acerca de que seria vedado à Administração Pública desobedecer o ritmo processual estabelecido em lei, ainda que vise uma “celeridade”, não podendo vir a ocorrer nem mesmo que fosse feita a pedido do agente investigado, haja vista que se trata de direito indisponível.

Ainda analisando as disposições legais apresentadas pela Lei nº 8.112 de 1990, o artigo 133 traz a proibição da adoção do rito sumário para finalidade diversa da disposta no dispositivo legal, que seja apuração das faltas de acumulação ilegal de cargos, empregos e funções públicas, abandono de cargo e inassiduidade habitual, não cabendo ao gestor a apuração neste rito de outra falta disciplinar

4.4.2 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

Configuram pois o pilar do devido processo legal, com previsão legal no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988 e ainda no artigo 2º, *caput*, e parágrafo único, X, da Lei nº 9.784 de 1999 que faculta ao agente público indiciado, a sua participação durante todo o trâmite processual, permitindo a este que se utilize dos diversos meios de prova em direito admitidos, sendo necessário que a ampla defesa e contraditório se faça presente em todas as fases do processo administrativo disciplinar que traga a possibilidade de ensejar algum prejuízo à parte, dessa forma, devem estar presentes em sede de sindicância punitiva, ou no processo administrativo disciplinar propriamente dito.

Acerca do princípio do contraditório, discorre Tourinho (1987, p. 49):

De acordo com tal princípio, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, e acima delas, o Órgão Judicial, como órgão superpartes, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, dar a cada um o que é seu.

Nelson Nery Júnior (2012, p. 137), por sua vez, discorre:

Por contraditório deve-se entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Os contendores têm o direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidas paritariamente no processo em todos os seus termos.

Continua o mesmo autor, a discorrer:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório (NERY JÚNIOR, 2012, p. 135).

Nesse sentido, discorre o artigo 143 da Lei nº 8.112 de 1990: “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”.

A forma de exercício da ampla defesa é esmiuçada no artigo 156 da referida lei, ao dispor que: “É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”.

O princípio do contraditório, consoante o conteúdo das normas regulatórias do processo administrativo disciplinar, traz a disposição de que, todos os atos produzidos pelo órgão responsável pela condução do processo administrativo disciplinar fazem nascer ao agente investigado, o direito de se opor, ou apresentar a versão que lhe convenha, ou ainda, a possibilidade de apresentar interpretação normativa diversa da apresentada pelo órgão acusador.

Ainda como implicação do contraditório, surge a obrigação de que no decorrer da apuração de fatos e uma prévia notificação acerca da decisão que confere o status de acusado ao agente investigado, haja a notificação de todos os atos processuais sujeitos ao seu acompanhamento, possibilitando ao acusado contradizer a prova produzida.

4.4.3 Princípio da Verdade Real

No processo administrativo, vigora o princípio da verdade real, não se limitando à verdade constante nos autos. No processo administrativo disciplinar não seria diferente. Nesse sentido, não há que se falar em verdade sabida em sede de processo administrativo disciplinar, de modo que a Comissão Disciplinar, órgão competente pela apuração da infração e correta condução no trâmite processual, deverá, sempre que possível, averiguar a realidade dos fatos.

Daí decorre o poder-dever de a Administração se valer da produção de provas a qualquer tempo, podendo atuar mediante provocação ou de ofício, de modo que sua atuação esteja voltada para a correta apuração da verdade real.

Ainda em sede de aplicação da verdade real, como já outrora citado, não é aplicável o instituto da revelia em sede de processo administrativo quando o

agente deixa de se manifestar nos autos, ainda que ciente da decisão. No processo administrativo disciplinar, o único efeito da revelia seria pois a nomeação de defensor dativo, como se depreende da leitura do artigo 164 da Lei nº 8.112 de 1990, *in verbis*:

Art. 164. Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.

§ 1º A revelia será declarada, por termo, nos autos do processo e devolverá o prazo para a defesa.

§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

4.4.4 Princípio da Presunção de Inocência ou de não culpabilidade

Dispõe o inciso LVII do art. 5º da CF que ninguém deve ser “considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, dispositivo este introduzido de modo expresso pela Constituição de 1988. Trata-se do princípio da presunção de inocência, pelo qual, a menos que haja uma decisão judicial transitada em julgado – ou seja, que não esteja passível de recurso –, o cidadão deve ser considerado isento de culpa. Combina-se este princípio, inclusive, com o princípio do *in dubio pro reo*, de modo que só pode haver uma condenação diante de provas claras e não duvidosas.

Como consequência deste princípio, em matéria de processo administrativo disciplinar, não se pode tratar o acusado, como já condenado, de modo que de já imponha restrições descabidas ou sem qualquer previsão legal.

Contudo, é permitido ao Administrador que imponha ao acusado atos acautelatórios, como o afastamento preventivo, como se depreende da leitura do artigo 147 da Lei nº 8.112 de 1990, *in verbis*:

Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

No mesmo sentido, estão incluídas as medidas restritivas constantes no artigo 172 do aludido diploma legal, *in verbis*:

Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.

Há ainda a incidência de outros princípios aplicados ao processo administrativo disciplinar, porém, já fora objeto de discussão no capítulo 1 da presente dissertação, como é o caso dos princípios do informalismo moderado e princípio da motivação.

4.4.5 Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade

Trata-se de princípio constitucional cuja observância deve se mostrar de forma clara no processo administrativo disciplinar. O conteúdo do referido princípio nos permite a visualização de funções distintas. A primeira a ser observada refere-se ao uso deste princípio como uma espécie de instrumento de salvaguarda dos direitos individuais fundamentais diante de ações arbitrárias da Administração Pública, quando esta vem a atuar impondo limites aos direitos fundamentais individuais.

Paulo Bonavides (2013, p. 425) disserta acerca do aludido princípio:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.

Embora o mesmo não esteja expresso no texto constitucional, isso não configura nenhum óbice à sua observância, haja vista o entendimento atual de que o mesmo encontra-se implícito no texto constitucional, como bem se observa da leitura do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.”

Não obstante a existência de 78 incisos no art. 5º da Constituição de 1988, que tratam de diversos direitos e garantias fundamentais, de acordo com o § 2º desse artigo, existem outros direitos que decorrem do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Assim, apesar da exaustiva enumeração de dispositivos constitucionais, foi assegurada a existência de outros direitos, relativos à cidadania civil.

Corroborando com este entendimento, disserta Paulo Bonavides (2013, p. 436):

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivado em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Este princípio surge como um instrumento de solução de conflito entre princípios, ou ainda entre os princípios e as normas jurídicas onde predominam os valores dos bens jurídicos resguardados por essas normas, sendo usado como um instrumento de sopesamento onde o conteúdo de uma norma se sobrepõe a outra, diante do bem jurídico tutelado.

No processo administrativo disciplinar esse princípio se mostra de máxima importância, haja vista que deve ser observado no momento da aplicação da sanção disciplinar e ainda, observar se a pena aplicada se mostra suficiente para atender ao caráter repressor da sanção administrativa.

Do princípio da proporcionalidade, decorre o princípio da razoabilidade, que se relaciona de forma direta com o princípio da proporcionalidade.

Hely Lopes Meirelles (2016, p. 99) define o a razoabilidade como:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que ao serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada. Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrado queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de direito.

No Direito Administrativo Disciplinar, a razoabilidade e a proporcionalidade devem se fazer presentes durante todo o trâmite processual das diversas espécies de processo administrativo, como bem preceitua o artigo 2º da Lei nº 9.784 de 1999.

A razoabilidade deverá se fazer presente no ato da aplicação de sanções, haja vista não há a imposição de pena mínima ou pena máxima, com exceção à pena de suspensão, cujo mínimo é de um dia, e o máximo é de 90 dias, como se observa da redação do artigo 130 da Lei nº 8.112 de 1990, cuja aplicação, deve ser pautada pela proporcionalidade.

4.5 Objeto

O processo administrativo disciplinar surge da necessidade de se averiguar a ocorrência de determinadas condutas entendidas como infrações funcionais cometidas por funcionários públicos, independente do nível de gravidade desta conduta.

Helly Lopes Meirelles (2016, p. 830) define o processo administrativo disciplinar como “o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos”. Tal afirmação não nos parece a mais correta.

O processo administrativo disciplinar se ocupa da averiguar a prática de condutas afrontosas ao bom desenvolvimento da Administração Pública independente da gravidade, cabendo a instauração de processo administrativo disciplinar para averiguar infrações graves e leves, haja vista ser necessária a instauração, pois só com a devida apuração é que se concluirá acerca da maior ou menor gravidade da conduta.

Nesse sentido, entendemos que a redação do artigo 41, §1º, incisos I e II da Constituição Federal, que dispõem acerca da demissão do funcionário público, ao dispor que este só perderá o cargo em função de sentença judicial ou processo administrativo com ampla defesa refere-se ao processo administrativo como um instrumento alternativo de apuração no que concerne à sentença judicial. Devendo tal dispositivo ser interpretado em conformidade com o disposto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, que discorre acerca da ampla defesa e do contraditório, entendendo assim que não apenas a perda do cargo, mas qualquer infração e punição pressupõem a instauração de processo administrativo. Analisando por esta

linha de raciocínio, entende-se na verdade que, a menção da necessidade de processo administrativo na hipótese prevista pelo §1º do artigo 41 da Constituição Federal não se faz de todo necessária, haja vista que não há a necessidade de mencionar a exigência de processo administrativo disciplinar para apurar a hipótese apresentada pelo diploma legal (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1000).

Ora, a verificação de faltas por parte de seus funcionários é configurado como um poder-dever da Administração, decorrendo pois do poder disciplinar, não havendo que se falar nesta hipótese, em qualquer discricionariedade, haja vista que deve ser observado o princípio da legalidade, que exige sua observância por todos os órgãos administrativos. Assim, diante de uma averiguação de conduta faltosa sem que reste observada uma regularidade e uma legalidade, não haveria pois que se falar em obediência ao princípio da legalidade. Trata-se de procedimento de máxima importância, haja vista que a administração se vale de instauração *ex officio* no que se refere ao processo administrativo disciplinar (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1000).

Assim, a apuração constitui-se como o objeto precípuo do processo administrativo disciplinar, cujo resultado poderia vir a gerar duas situações distintas, levando, ou à aplicação de sanção ao agente que tenha sido comprovada a prática de conduta faltosa, ou ainda, ao arquivamento do feito, caso reste comprovado nos autos que não houve prática de conduta entendida como infração.

4.6 Espécies de Procedimentos Disciplinares

O procedimento administrativo disciplinar entendido como um mecanismo que a Administração Pública se vale para averiguar a (in)ocorrência de condutas definidas como faltas ou infrações funcionais é um gênero, que, ao se analisar determinados critérios como a extensão de suas etapas e o prazo destinado a cada uma, o ilícito praticado e a sanção aplicável, a doutrina costuma subdividir em algumas espécies, onde destacam-se a sindicância contraditória, o procedimento administrativo disciplinar propriamente dito e o procedimento sumário, que passam a serem analisados a partir de agora.

4.6.1 Sindicância

A origem do processo de sindicância no ordenamento jurídico nacional remete à necessidade de apurar qualquer fato supostamente ocorrido acerca de qualquer matéria na Administração Pública, contudo atualmente a sindicância não se resume a esta aplicação, razão pela qual, a doutrina subdivide o processo de sindicância em duas modalidades: a sindicância preparatória ou investigatória e a sindicância autônoma, contraditória, acusatória ou apuratória.

Cretella Júnior (2014, p. 494) define sindicância como:

[...] é o meio sumário de que se utiliza a Administração Pública, no Brasil, para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável.

Assim, a noção de sindicância passa a definir o procedimento administrativo que visa a permitir uma apuração preliminar sobre a existência de ilícito funcional.

Vejamos agora as espécies de sindicância e suas particularidades.

4.6.1.1 Sindicância Investigatória ou Preparatória

A Administração Pública pode se valer de um vasto rol de instrumentos que façam valer seu poder de investigação em apurar fatos que possam vir a configurar ilícitos administrativos, e é nesse interim que surge a sindicância investigativa ou investigatória, tendo características processo inquisitorial, no qual não haverá a exigência de assegurar o contraditório. Este procedimento será responsável pela formação do convencimento da Administração, acerca da ocorrência ou não, do cometimento de infrações administrativas pelos servidores públicos. Considerando que este procedimento não há a exigência do contraditório, não poderia pois ensejar na aplicação direta de uma penalidade, mas sim, poderá levar à instauração de um processo administrativo disciplinar, quando restar comprovada a existência de conduta lesiva ao interesse público ou o cometimento de infração disciplinar.

Hely Lopes Meirelles (2016, p. 705) assim define:

[...] é o meio sumário de apuração ou elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator. Pode ser iniciada com ou sem sindicado, bastando que haja indicação de falta a apurar. Não tem procedimento formal, nem exigência de comissão sindicante, podendo realizar-se por um ou mais funcionários designados pela autoridade competente. Dispensa defesa do sindicado e publicidade no seu procedimento, por se tratar de simples expediente de apuração ou

verificação de irregularidade, e não de base para punição equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal.

Nas palavras de Carvalho Filho (2014, p. 1001):

Reveste-se de caráter inquisitório, porque é processo não litigioso; como consequência, não incide o princípio da ampla defesa e do contraditório. 125 Caracteriza-se por ser procedimento preparatório, porque objetiva a instauração de um processo principal, quando for o caso, obviamente. Por esse motivo, o princípio da publicidade é aqui atenuado, porque o papel da Administração é o de proceder a mera apuração preliminar, sem fazer qualquer acusação a ninguém. Decorre daí que a autoridade que presidir ao procedimento não tem poderes para intimar terceiros a prestar depoimento, porque tais poderes são próprios das autoridades judiciais ou policiais, por força de lei.

A sindicância preparatória é entendida como uma espécie de procedimento inquisitorial que pode vir a servir como um meio preparatório para uma posterior sindicância contraditória ou ainda, para o processo administrativo disciplinar propriamente dito, e pode ainda vir a ser aplicada diante de qualquer hipótese que possa vir a comprometer a regularidade do serviço público. Desta forma, o seu relatório de conclusão poderá, ou recomendar a instauração de um procedimento administrativo disciplinar, ou a instauração de uma sindicância contraditória, ou ainda, pode se ocupar de esclarecer fatos orientar a autoridade sobre falhas e lacunas normativas ou operacionais, propor alteração ou rescisão de contratos de terceirizados e de prestadores de serviços em geral, instauração de tomada de contas especial, recomendar medidas de gestão de pessoal ou de gerência administrativa, de alteração do ordenamento e criação ou aperfeiçoamento de rotinas e de sistemas internos de controle (MARINELA, 2015, p. 1465).

Nesses termos:

A sindicância investigatória, apuratória ou preparatória, assemelha-se ao inquérito policial, por ser essencialmente inquisitório. Isso quer dizer que não há contraditório, tendo em vista que a comissão de sindicância investigativa apura a ocorrência de materialidade e indícios de autoria. Ora, vê-se que somente são necessários materialidade e indícios de autoria para que um servidor venha a sofrer uma ingerência em sua vida profissional com instauração de uma sindicância acusatória ou processo administrativo disciplinar (GOMES, 2013).

A sindicância investigatória não apresenta um procedimento específico definido por lei, sendo possível que a mesma seja instaurada por qualquer autoridade competente, cuja competência decorre de ato de publicidade onde será designado um agente sindicante ou ainda, uma comissão com determinado número de integrantes, a critério da autoridade competente. O entendimento jurisprudencial

é pacífico no sentido de que este procedimento independe da observância do contraditório e da ampla defesa, como bem se observa dos julgados apresentados a seguir:

[...] I – A sindicância, que visa apurar a ocorrência de infrações administrativas, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar, ainda sem a presença obrigatória de acusados [...] (MS 10.828/DF, STJ – Terceira Seção, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 02.10.2006).

Ementa: A estrita reverência aos princípios do contraditório e da ampla defesa só é exigida, como requisito essencial de validade, assim no processo administrativo disciplinar, como na sindicância especial que lhe faz às vezes como procedimento ordenado à aplicação daquelas duas penas mais brandas, que são a advertência e a suspensão por prazo não superior a trinta dias. Nunca, na sindicância que funcione apenas como investigação preliminar tendente a coligir, de maneira inquisitorial, elementos bastantes à imputação de falta ao servidor, em processo disciplinar subsequente. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº 22.791, Relator Ministro: Cezar Peluzo, Data de Julgamento: 13/11/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 19/12/2003.

Ementa: 1. A sindicância que vise apurar a ocorrência de infrações administrativas, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar. Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Segurança nº 7.983, Relator Ministro: Hélio Quaglia Barbosa, Data de Julgamento: 23/02/2005, Terceira Seção, Data de Publicação: 30/03/2005.

Uma vez concluídos os trabalhos da sindicância investigatória e a conclusão seja no sentido de entender que houve o suposto cometimento de infração funcional, caberá à comissão de sindicância de forma obrigatória, que represente junto à autoridade administrativa, para que esta proponha, ou uma sindicância contraditória, ou um processo administrativo disciplinar propriamente dito, conforme determinação do artigo 143 da Lei nº 8.112 de 1990, contudo, não há que se falar em obrigatoriedade na instauração de sindicância investigativa sempre que tiver ciência de alguma irregularidade, podendo nos casos em que restam satisfeitos, indícios de autoria e materialidade delitiva, passar diretamente ao processo administrativo disciplinar, como bem se observa da menção a seguir:

Nesse passo, não se pode afirmar que a autoridade administrativa é obrigada a instaurar sindicância investigativa sempre que tiver ciência de irregularidades. Com efeito, se a materialidade e os indícios de autoria já estão estampados, pode-se instaurar o processo administrativo disciplinar diretamente, passando ao largo pela sindicância investigatória. Essa é a dicção do art. 145 daquele diploma legal. Repise-se não há dever legal de abertura de sindicância investigativa caso haja a materialidade do ilícito e os indícios de autoria, que já apontam um servidor como suposto culpado. Entretanto, é sempre aconselhável instaurar a sindicância investigatória se

houver dúvida quanto à autoria, porque se determinado servidor for acusado injustamente, a autoridade administrativa e a comissão processante podem responder civil e penalmente (GOMES, 2013).

Considerando a imparcialidade que deve conduzir os atos procedimentais, recomenda-se que os agentes que tenham participado da sindicância preparatória, não participem do novo procedimento a ser adotado, haja vista que se entende que estes já possuam uma convicção unilateral, onde não se fez presente o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo agente investigado.

4.6.1.2 Sindicância contraditória, acusatória ou apuratória

Essa modalidade de processo de sindicância tem escopo nos artigos 143 a 145 da Lei nº 8.112 de 1990, e de forma diversa que a sindicância preparatória, deve restar assegurado ao investigado, o direito ao contraditório e à ampla defesa, e a mesma pode vir a ser utilizada para que se aplique sanções consideradas brandas. A sindicância contraditória, trata-se na verdade de uma espécie de um procedimento mais célere de punir infrações consideradas de menor gravidade, embora se valha da terminologia 'sindicância'.

Nesse sentido:

Segundo, o inciso II do art. 145, também prevê sindicância acusatória, outra modalidade de sindicância; no entanto, nesse processo, devem ser obrigatoriamente observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que pode culminar com aplicação de penalidade. O contraditório se alcança quando o acusado toma conhecimento de que foi instaurado processo contra si, bem ainda que tenha vista de todo documento juntado no processo. Isso em linhas gerais, pois esse princípio pode atingir conotações mais amplas, como o direito de ação. Já a ampla defesa implica em colocar à disposição do acusado todos os meios para que ele possa se defender durante o processo, bem ainda recorrer de uma eventual decisão desfavorável a ele. Desse modo, é regra comezinha do Direito Constitucional que ninguém pode ser processado sem observância do devido processo legal, tendo como corolários os princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme mencionados (GOMES, 2013).

Contudo, embora prevista na Lei nº 8.112 de 1990, o referido diploma legal não se ocupou de definir seu procedimento, se limitando a fixar prazo para que se conclua e os possíveis resultados. A saída encontrada pela doutrina foi de, ao considerar que tal procedimento apresenta natureza disciplinar e a possibilidade de impor uma sanção ao agente investigado, o que se difere em totalidade em relação à sindicância preparatória, é necessário que se adote um rito, para que reste

cumprida a exigência do devido processo legal, e, por conseguinte, incida os reflexos do contraditório e da ampla defesa.

Assim, ante a falta de especificação acerca do procedimento legal a ser adotado, e ante a precisão que estabeleça esse procedimento, a doutrina costuma entender como a saída mais correta, entender que aplicará à sindicância contraditória, o mesmo rito do processo administrativo disciplinar propriamente dito, sempre que for cabível.

Considerando que ainda não restou detalhado o rito procedimental do processo administrativo disciplinar, resta a nós no presente momento estabelecer desde já algumas diferenças provenientes de regras específicas entre os institutos da sindicância contraditória e o processo administrativo disciplinar propriamente dito.

Uma vez instaurada a sindicância, caso reste comprovado que não houve infração a ser punida, ou ainda, havendo a infração, mas o autor não seria o investigado, o procedimento a ser adotado seria pois o arquivamento do processo. Noutra banda, caso reste comprovada a prática de conduta que seja classificada como infração administrativa e esta seja punível com uma sanção de natureza leve, como advertência ou suspensão de trinta dias, esta punição poderá ser aplicada ainda em sede de sindicância, por parte da autoridade competente, observando a incidência dos princípios aplicáveis ao processo administrativo e ao processo administrativo disciplinar. E a outra possibilidade decorrente da conclusão do procedimento de sindicância contraditória, seria a verificação de infração administrativa de natureza grave, exigindo-se que seja instaurado um processo administrativo disciplinar propriamente dito para que se aplique a sanção cabível.

Considerando a gravidade das infrações que geram a possibilidade de instauração de um processo administrativo propriamente dito, a doutrina recomenda que, ao verificar os indícios de uma irregularidade considerada grave, é interessante que seja de pronto, solicitado à autoridade responsável pela instauração da sindicância, que se converta de imediato em um processo administrativo propriamente dito, haja vista que não nos parece saudável ao processo administrativo em si, e considerando os riscos que decorrem da prática de tais infrações, e ainda, considerando a celeridade processual, a continuidade de uma sindicância voltada para prosseguir na instrução, indiciar, coletar defesa, para que somente a partir daí resolva pela instauração de um processo administrativo disciplinar, pois isso já poderia ter sido realizado na própria sindicância.

Conforme disposição legal contida no artigo 145 da Lei nº 8.112 de 1990, a sindicância deve ser concluída no prazo máximo de 30 dias, podendo, caso reste comprovada a necessidade, ser prorrogada por mais 30 dias.

Aqui cabe estabelecer uma ressalva de máxima importância, embora a terminologia confunda os institutos, esta sindicância contraditória é um processo administrativo, assim como diversos outros que tramitam perante a Administração Pública. Trata-se pois de dois processos administrativos distintos, mas que encontram-se ligados – sindicância contraditória e processo administrativo disciplinar propriamente dito. Carvalho Filho (2014, p. 1001) nesse sentido, disserta:

A despeito de terem a mesma natureza, é simples apontar a distinção fundamental: enquanto a sindicância é processo administrativo preparatório, inquisitório e tem por objeto uma apuração preliminar, o processo disciplinar principal é definitivo, contraditório e tem por objeto a apuração principal e, quando for o caso, a aplicação de sanção. Por essa razão, pode o órgão administrativo instaurar diretamente o processo administrativo principal sem que se tenha instaurado previamente a sindicância; para tanto, basta que já estejam presentes os elementos probatórios que lhe sirvam de suporte para a acusação. É o mesmo que ocorre em relação à ação penal, que também pode ser promovida pelo Ministério Público sem o prévio inquérito policial.

O doutrinador citado entende que a denominação sindicância compreende tão somente as hipóteses de sindicância contraditória, pois entende que, o que a doutrina chama de sindicância preparatória na verdade, não possui natureza de procedimento preparatório, recomendando que se dê mais atenção à natureza do processo do que a sua denominação, entendendo que, nos casos de estarmos diante de um processo administrativo que a doutrina chama de sindicância contraditória, e considerando a natureza deste processo, o mesmo deve ser tratado como um processo disciplinar principal no caso de ter o mesmo objeto atribuído a esta categoria de processos (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1002).

Um exemplo acerca dessa confusão terminológica é disposto na Lei nº 8.112 de 1990, em seu artigo 143 que dispõe que a apuração de irregularidade no serviço público se formaliza mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar. Seguindo a leitura dos artigos subsequentes, mais precisamente no artigo 145, inciso II da referida Lei, aponta que da sindicância poderá resultar aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 dias. Essa sindicância a que se refere o diploma legal, seria pois a sindicância contraditória, que na verdade apresenta natureza de processo administrativo disciplinar principal, haja vista que existe a possibilidade de resultar em penalidades, além da incidência do contraditório e da ampla defesa, sendo que qualquer disposição contrária que

leve à inobservância destes princípios estaria pois eivada de vício de inconstitucionalidade. Por isso, parte da doutrina não concorda com a denominação de sindicância contraditória, haja vista que sua natureza não estaria enquadrada na noção clássica de sindicância (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1002).

A existência das duas modalidades de sindicância, a preparatória e a instrutória foi apontada já pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RMS n. 22.789/DF, onde destacou a existência da modalidade de sindicância preparatória, indicada para que venha a servir de base para a instauração do processo administrativo disciplinar propriamente dito, e a instrutória, da qual se pode extrair sanção aos agentes, desde que observado o contraditório e a ampla defesa.

Deve se ter em mente desde já que, tanto o processo administrativo disciplinar, como a sindicância contraditória são instrumentos hábeis para que se verifique a ocorrência de irregularidades no serviço público, e assim, podemos concluir que não há a obrigatoriedade de instauração de sindicância para que se instaure um processo administrativo disciplinar, contudo, considerando a hipótese de instauração de sindicância deve restar observado a obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, de modo que, esta sindicância somente poderá impor sanção, caso restem observados estes dois princípios, de modo que, considerando a hipótese de não observância, a sindicância em questão será usada tão somente um procedimento preparatório para o processo administrativo disciplinar, e no desenvolvimento do processo administrativo disciplinar, deverá restar observados, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

a) Fases da Sindicância Acusatória

Como já falado acima, considerando que a sindicância acusatória se vale em partes, do mesmo trâmite processual do processo administrativo disciplinar, em obediência ao princípio da legalidade, as fases da sindicância acusatória são as mesmas do desenvolvimento do processo administrativo disciplinar com previsão na Lei nº 8.112 de 1990.

O processo da sindicância contraditória iniciar-se-á com a publicação de portaria de instauração assinada pela autoridade competente, constando o nome dos sindicantes, o prazo estipulado para que o processo seja concluído, e ainda, o

número do processo no qual se encontram os fatos a serem apurados, como forma de observância do princípio da publicidade, contudo, a portaria que dá início ao processo de sindicância deve abster-se de informar o nome dos investigados, a fim de restar assegurados os direitos de imagem e privacidade do acusado.

A partir de então, iniciar-se-á, a fase instrutória que será conduzida pela comissão sindicante, que deverá de imediato, notificar o indiciado, como forma de obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Devem restar observadas a independência e a imparcialidade aos sindicantes na conduta dos procedimentos adotados pela comissão devendo assegurar o sigilo necessário para que se conclua pela elucidação do fato, e evite a aplicação de uma sanção injusta, incabível e desproporcional ao sindicado.

A comissão deverá a partir de então conduzir os atos de forma a levantar provas, seja essas de natureza material ou testemunhal visando a observância do princípio da verdade real, e respeitando o disposto no artigo 155 da Lei nº 8.112 de 1990, que determina que na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de provas, recorrendo quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos. Todos os atos praticados pela comissão devem estar devidamente registrados em ata, bem como todos os atos de comunicação processual.

A fase instrutória será encerrada, ou com o ato de indicição do agente sindicado, hipóteses esta que, no caso de apenas um indiciado, será oferecido o prazo de dez dias para a apresentação de defesa escrita, ou no caso de mais de um indiciado, o prazo disponibilizado será de 20 dias, como se observa da leitura dos artigos 165 e 166 da Lei nº 8.112 de 1990, ou, com o relatório elaborado pela comissão fundamentando o arquivado do feito.

Após o oferecimento da defesa escrita pelo indiciado, passa-se a fase final do processo, que culminará com a elaboração do relatório final, que deve ser redigido de forma detalhada, contendo as peças mais importantes dos autos do processo, mencionando as provas obtidas e que foram importantes para que a comissão fundamentasse sua decisão, de modo que este relatório será sempre conclusivo, onde a partir daí passar-se-á ao julgamento do processo, onde a autoridade competente terá 20 (vinte) dias para que seja proferida decisão acerca do feito, que não está adstrita ao conteúdo do relatório apresentado pela comissão,

haja vista que há de vigorar o princípio do livre convencimento, mas tal decisão deverá ser fundamentada.

Da decisão do julgamento dessa sindicância, caberá revisão, como se observa do disposto no artigo 182 da Lei nº 8.112 de 1990, contudo, tal revisão, não poderá implicar em um agravamento da decisão, por força da vedação ao *non reformatio in pejus*.

4.6.2 Processo Administrativo Disciplinar Propriamente Dito

O processo administrativo propriamente dito é doravante denominado de procedimento ordinário pela doutrina, compreendendo assim o processo mais extenso que deve ser utilizado para averiguar as infrações consideradas médias ou graves, que sejam punidas com sanção de suspensão superior a trinta dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade e destituição de cargo em comissão e função de confiança.

4.6.2.1 Procedimento Administrativo Disciplinar sob o Rito Sumário

O rito sumário previsto para o trâmite processual do processo administrativo disciplinar surge devido as alterações provocadas pela Lei nº 9.527 de 1997, que a partir da edição da referida lei, entende-se que atualmente, o processo administrativo disciplinar compreende três espécies: a sindicância ordinária, com previsão no artigo 145, inciso II, o procedimento ordinário, com previsão no artigo 146, e ainda o processo disciplinar sob o rito sumário, com previsão nos artigos 133 e 140 da Lei nº 8.112 de 1990.

Trata-se de um rito mais célere do que o rito ordinário, contudo, em aplicação em um número bem reduzido de infrações, sendo aplicável tão somente diante das hipóteses de acumulação ilegal de cargos, abandono de cargo e inassiduidade habitual.

A principal característica dessas infrações é a existência de matéria pré-constituída, de modo que a comprovação do fato já existir antes da instauração do processo administrativo.

As principais características do processo disciplinar sob o rito sumário é pois a redução dos prazos se considerarmos os prazos do processo disciplinar sob o rito ordinário, além de que a portaria de instauração do processo administrativo deve deixar claro a materialidade do possível ilícito. No caso do processo disciplinar ser instaurado para averiguar infração de abandono de cargo, nesse caso, a portaria deverá se ocupar de informar de forma detalhada o interregno de ausência intencional do servidor, devendo esta ser superior a 30 dias, para o caso de apuração de inassiduidade habitual, deverá pois restar indicado na portaria, de forma precisa os dias de falta injustificada ao serviço, por período igual ou superior a 60 dias, no período de 12 meses, e ainda, no caso de apuração de acumulação ilegal de cargos, deverá na portaria ser apontada a descrição dos cargos públicos ocupados e o órgão de origem.

Daí verifica-se que as provas a serem utilizadas na apuração de infrações mediante um processo disciplinar sob o rito sumário são meramente documentais, daí se dizer que se tratam de provas pré constituídas, contudo deverá se considerar a possibilidade de produção de provas diversas das provas documentais, como as provas testemunhais e periciais, o que não pode configurar em obstáculo à apuração destas infrações mediante processo sumário, haja vista que a produção de provas constitui-se em observância ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que, havendo essa possibilidade, deve ser aberta a fase de instrução probatória no processo administrativo disciplinar sob o rito sumário, como se depreende do julgado apresentado a seguir:

STJ, Mandado de Segurança nº 7.464: “Ementa: (...) III – A intenção do legislador – ao estabelecer o procedimento sumário para a apuração de abandono de cargo e de inassiduidade habitual – foi no sentido de agilizar a averiguação das referidas transgressões, com o aperfeiçoamento do serviço público. Entretanto, não se pode olvidar das garantias. (Processo MS 7464/DF Mandado de Segurança 2001/0045029-6, Relator: Ministro Gilson Dipp, Órgão Julgador: Terceira Seção, Data do Julgamento: 12/03/2003, Data da Publicação/Fonte: DJ 31/03/2003 p. 144)

Outra diferença entre o processo disciplinar sob o rito sumário e o processo disciplinar sob o rito ordinário são as fases dos processos, além dos prazos. O que se justifica em virtude do fundamento para o surgimento do processo disciplinar sob o rito sumário ter sido a celeridade necessária para o trâmite de processos cujo objeto seria determinadas infrações.

Como bem preceitua o artigo 133 da Lei nº 8.112 de 1990 a fase inicial do processo disciplinar sob o rito sumário denomina-se instauração que se efetiva com a publicação do ato, que deverá constituir a comissão que conduzirá os trâmites processuais, a ser composta por servidores estáveis, além de indicar a autoria e a materialidade da suposta infração, que será objeto de investigação.

A partir de então, dar-se-á início à fase de instrução, denominada de instrução sumária do processo, que compreenderá a indicição do acusado, a defesa e o posterior relatório da comissão.

A partir de então processo será julgado pela autoridade competente, respeitando o prazo de cinco dias, a serem contados a partir do recebimento dos autos, residindo aí outra diferença em relação ao rito ordinário de tramitação, que estabelece o prazo de 20 dias para o julgamento da infração.

A partir de então, passar-se-á à fase apuratória da comissão, que deve se desenvolver no prazo de 30 dias, com a possibilidade de prorrogação em até 15 dias, conforme disposição constante no artigo 133, §7º da Lei nº 8.112 de 1990.

Por fim, mas não menos importante, é interessante destacar que, como se desdobra do §8º do artigo 133 da Lei nº 8.112 de 1990, se aplicação de forma subsidiária ao processo disciplinar sob o rito sumário, as normas concernentes ao processo regulado sob o rito ordinário e ainda, as normas constantes na Lei nº 9.784 de 1999 que regula o processo administrativo em geral.

4.6.2.2 Processo Administrativo Disciplinar Sob o Rito Ordinário

O processo administrativo disciplinar sob o rito ordinário, como bem preceitua o artigo 151 da Lei nº 8.112 de 1990, se subdivide em três fases, a fase de instauração, o inquérito administrativo e o julgamento.

Para fins de melhor compreensão, analisar-se-á de forma detalhada cada uma dessas fases.

a) Instauração e Designação da Comissão

Como já citado anteriormente, a autoridade que tiver ciência da prática de determinado ato de irregularidade no serviço público tem a obrigação de dar início à

sua apuração, seja mediante sindicância, ou sob o processo administrativo disciplinar, restando pois assegurada a ampla defesa e o contraditório, como bem determina o artigo 143 da Lei nº 8.112 de 1990. Esta decisão é pois um ato vinculado, não cabendo ao administrador estabelecer juízo de valor para decidir sobre apurar a infração ou não.

Como preceitua Fernanda Marinela (2015, p. 1471):

Esse dever é compatível com o exercício da função pública que exige a transparência, portanto o processo administrativo para investigar vai justamente promover esse objetivo, e mais, comprovada a infração funcional, é através do processo administrativo disciplinar que será aplicada a penalidade, medida indispensável para a proteção do interesse público atendendo aos ditames de uma administração responsável.

As notícias sobre irregularidades deverão ser formalizadas para que sejam objeto de apuração, contendo assim, a identificação e o endereço de quem denunciou, devendo ainda ser formulada por escrito, devendo, na hipótese de, caso a denúncia formalizada não configurar uma evidente infração disciplinar ou ilícito penal, vir a ser arquivada por falta de objeto, como bem depreende da leitura do artigo 144 da Lei nº 8.112 de 1990.

Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a possibilidade de apurar denúncias anônimas, exigindo para tanto que os fatos sejam narrados objetivamente, como se observa do julgado apresentado a seguir:

Ementa: Delação anônima. Comunicação de fatos graves que teriam sido praticados no âmbito da administração pública. Situações que se revestem, em tese, de ilicitude (procedimentos licitatórios supostamente direcionados e alegado pagamento de diárias exorbitantes). A questão da vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, in fine), em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes. Obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput), torna inderrogável o encargo de apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público. Razões de interesse social em possível conflito com a exigência de proteção à incolumidade moral das pessoas (CF, art. 5º, X). O direito público subjetivo do cidadão ao fiel desempenho, pelos agentes estatais, do dever de probidade constituiria uma limitação externa aos direitos da personalidade? Liberdades em antagonismo. Situação de tensão dialética entre princípios estruturantes da ordem constitucional. Colisão de direitos que se resolve, em cada caso ocorrente, mediante ponderação dos valores e interesses em conflito (MS 24.369 MCAgr/DF, STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso Mello, julgamento 13.11.2003, DJ 04.06.2004).

No mesmo sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça, como se observa do julgado a seguir:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MILITAR. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CARTA ANÔNIMA. LICITUDE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. WRIT. VIA INADEQUADA. I - A carta anônima é meio hábil para a instauração de processo administrativo disciplinar, cabendo a Administração a apuração dos fatos narrados na denúncia, ainda que apócrifa. II - Questões cuja solução demandaria, necessariamente, revisão do material fático apurado no processo disciplinar, ou a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, não podem ser apreciadas em sede de mandamus. Recurso desprovido. RMS 19224 / MT RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2004/0162925-0 / julgamento 19.04.2005.

A instauração do processo administrativo se dá mediante a expedição de um ato formal, uma portaria, constituindo assim, não como uma fase propriamente dita, mas uma formalização de ato. Na portaria publicada pela autoridade instauradora, deverá conter a designação dos membros que irão compor a comissão, e deverá ainda dispor acerca do prazo para a conclusão, além do objeto de apuração e ainda, a possibilidade de se estabelecer uma apuração de fatos conexos, e ainda, a indicação do tipo de procedimento a ser adotado, devendo entretanto limitar-se à indicação de informações objetivas, evitando a publicação de elementos subjetivos tais como os nomes dos indiciados para que reste assegurado o respeito à privacidade destes.

Deve se observar ainda que nessa portaria de instauração os fatos não devem ser apresentados de forma extensa juntamente com a indicação dos nomes dos indiciados, pois se quer evitar, além de afrontar o direito à privacidade dos investigados, deseja se evitar também, uma responsabilização arbitrária.

Nesse sentido posiciona-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se depreende do julgado apresentado a seguir:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRELIMINARES. PREVENÇÃO. NECESSIDADE DE REDISTRIBUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. LITISPENDÊNCIA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CONHECIMENTO DOS FATOS PELA AUTORIDADE COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR ADMINISTRATIVAMENTE. LITISPENDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DIVERSAS PRELIMINARES. NÃO OCORRÊNCIA. QUESTÕES JÁ APRECIADAS PELA TERCEIRA SEÇÃO. MÉRITO. NULIDADE. INTEGRANTES DA COMISSÃO PROCESSANTE. PARTICIPAÇÃO EM PROCESSOS DA ESFERA CRIMINAL E ADMINISTRATIVA. PARCIALIDADE PARA O JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA JÁ DECIDIDA EM OUTROS WRITS IMPETRADOS EM RAZÃO DA MESMA OPERAÇÃO POLICIAL. PRECEDENTES ESPECÍFICOS. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 8. Não há falar em nulidade no ato demissório em razão da suposta falta de individualização dos atos praticados pelo investigado, porquanto, nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de

instauração ou na citação inicial (MS n. 12.927/DF, Ministro Felix Fischer, DJU 12/2/2008). 13. Analisada toda a controvérsia posta na inicial, resta prejudicado o agravo regimental interposto às fls. 758/763. 14. Segurança denegada. MS 12085 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0161278-2 Julgamento 08.05.2013

Acerca da possibilidade de se investigarem fatos conexos, que deve ser apresentado pela portaria de instauração é interessante definir como infrações conexas como aquelas que: “têm interligação tamanha que a elucidação de uma passa pelo esclarecimento da outra, de forma que a apuração conjunta e simultânea de ambas seja imprescindível para formar convicção acerca do fato”. (MARINELA, 2015, p. 1474)

Deve se estar atento ainda à possibilidade de se verificarem novos fatos ainda em sede de instauração do processo administrativo disciplinar, que, diante deste feito, a autoridade competente deve estar atenta à dois aspectos, o aspecto temporal e o aspecto lógico. O aspecto temporal refere-se ao momento em que se encontra o processo, para que a verificação desta nova infração não venha a prejudicar na correta averiguação daquela infração, respeitando pois o devido processo legal. O aspecto lógico deve ser observado diante da relação entre as duas infrações, devendo haver pois uma conexão, de modo que, estando pois ausentes estes elementos conectivos, a comissão deverá propor à autoridade competente, a designação de outra comissão para que se ocupe de apurar a outra infração (MARINELA, 2015, p. 1474).

O ato de publicação da portaria é o marco inicial de contagem do prazo para a duração do processo administrativo disciplinar até a culminação do ato final, surgindo a partir daí a impossibilidade de que este servidor peça exoneração e impossibilita ainda a aposentadoria voluntária, podendo tão somente proceder com tais pedidos após a conclusão do processo administrativo disciplinar, como determina o artigo 172 da Lei nº 8.112 de 1990.

A competência que determina a possibilidade de instauração do processo administrativo é determinada por dispositivo legal, devendo em todos os casos observar a autoridade competente à época do fato, ainda que, no caso concreto existam circunstâncias incidentais após a prática da infração. Havendo vício de competência, poderá, entretanto, ser sanado com a ratificação da autoridade competente e a conseqüente convalidação do ato (MARINELA, 2015, p. 1475).

A comissão que terá a incumbência de conduzir o processo deverá ser composta por três servidores estáveis a serem designados pela autoridade competente e ainda o seu presidente, de modo que a ausência de estabilidade dos servidores poderá comprometer a validade do processo. Se exige para que ocupe tal cargo, que seja ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. Um dos outros membros será designado como secretário pelo presidente, sem que exista entretanto, qualquer hierarquia entre os membros, cabendo ao presidente tão somente a competência para a prática de atos exclusivos (MARINELA, 2015, p. 1475).

Considerando a independência e a imparcialidade que deve marcar os atos da comissão de sindicância ou de inquérito, não resta dúvidas que é vedada a participação na comissão de cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. É assegurado aos membros da comissão o sigilo que é necessário para o esclarecimento do fato ou exigido pelo interesse da administração, de modo que as reuniões da comissão são marcadas por um caráter reservado (MARINELA, 2015, p. 1475).

b) Inquérito Administrativo

O inquérito administrativo é fase do processo administrativo que se constitui de três etapas, a instrução, a defesa, e o relatório, existindo a obrigatoriedade de observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, observando conteúdo disposto nos artigos 153 a 166 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

A instrução é a etapa onde será juntado o arcabouço probatório a ser utilizado para embasar o processo administrativo disciplinar, sendo nesses casos, possível a tomada de depoimentos, acareações, investigações, a realização de diligências cabíveis para que sejam coletados os diversos meios de prova e direito admitidos para que tenhamos ao fim do processo, um eficaz esclarecimento dos fatos.

O presidente da comissão expedirá mandado de intimação para as testemunhas arroladas, devendo a segundo via que comprova a ciência do interessado ser juntada nos autos. Sendo a testemunha servidor público, após

expedição do mandado o chefe da repartição publica em que o servidor está lotado será imediatamente comunicado acerca do dia e da hora da instrução. Nessa data, o depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, onde cada testemunha será ouvida de forma separada.

Ao servidor investigado é assegurado o direito de acompanhar pessoalmente o desenvolvimento do processo disciplinar ou ainda, por intermédio de procurador constituído, e poderá arrolar e requerir testemunhas, atuar na instrução de forma ativa de modo a produzir provas e contraprovas, e ainda, na hipótese de prova que necessite de laudo pericial, formular quesitos, como forma de respeito ao contraditório e à ampla defesa, contudo, há de se destacar que tal direito não é absoluto, podendo vir a ser negado, por exemplo, no caso em que as provas não necessitem de laudo pericial, e a parte pleiteia um laudo pericial, ou ainda em outras situações. Como bem se observa do julgado do Superior Tribunal de Justiça apontado a seguir:

[...] 4. O indeferimento do pedido de produção de prova testemunhal sem motivação, requerida tempestivamente pelo Servidor para a comprovação da compatibilidade de horários entre os cargos, caracteriza violação ao seu direito constitucionalmente assegurado de ampla defesa e contraditório no PAD, mormente pelo fato de haver conclusões totalmente antagônicas sobre o tema, constando nos autos decisão da Justiça Federal acolhendo a questionada compatibilidade de horários. (...) (MS 13.083/DF, STJ – Terceira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Julgamento 13.05.2009, DJe 04.06.2009).

Acerca da defesa técnica, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, considera que a presença de advogado é facultativa, como se observa da leitura da Súmula Vinculante nº 5. Esta discussão será detalhada no capítulo seguinte.

Após a conclusão da inquirição de testemunhas, passa-se ao interrogatório do acusado onde devem ser observados os mesmos procedimentos na oitiva das testemunhas, observado o conteúdo disposto nos artigos 157 e 158 da Lei nº 8.112 de 1990, devendo serem ouvidos separadamente, e promover a acareação das testemunhas sempre que os seus depoimentos forem contradizentes.

É possível ainda quem durante a fase da instrução, seja proposto o afastamento preventivo do servidor como medida cautelar, visando evitar uma possível interferência desse servidor na instrução probatória, sendo que esse afastamento pode durar até sessenta dias, podendo ser prorrogado uma única vez. Tal medida não apresenta caráter de penalidade ou sanção, tão somente de medida

acautelatória, considerando que não se pode aplicar sanção a servidor sem que haja o devido trâmite do processo administrativo disciplinar.

Uma vez verificada a prática da conduta, e tipificada como infração disciplinar, será então formulada a indicação do servidor detalhando os fatos a ele imputados e sobre as provas juntadas nos autos, sendo citado por meio de mandado expedido pelo presidente da comissão para que junte defesa escrita no prazo de dez dias, devendo ser assegurado ao indiciado o direito de vista a ser efetivado na própria repartição pública, considerando que exista mais de um indiciado, o prazo para apresentação de defesa escrita será de 20 dias respectivamente.

Como o prazo para apresentar defesa conta a partir da data da ciência da intimação, considerando a hipótese em que o indiciado se recuse a assinar o recebimento, o prazo iniciará a partir da data declarada em termo próprio, assinado pelo membro da comissão responsável pela citação, exigindo-se a assinatura de duas testemunhas.

No caso de o indiciado encontrar-se em lugar incerto e não sabido, far-se-á sua citação mediante edital a ser publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação no último domicílio para que este apresente a defesa, que deverá ser apresentada, nesta hipótese, em quinze dias a partir da última publicação do edital.

Há de considerar ainda a hipótese de revelia em sede de processo administrativo disciplinar, onde será considerado revel o indiciado que, devidamente citado, deixar de apresentar defesa no prazo legal, devendo ser reduzido a termo nos autos do processo, e considerando a existência de revelia, a autoridade competente devolverá o prazo para defesa o indiciado, que designará um servidor como defensor dativo, exigindo para tal, que este servidor seja ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ainda, que possua o mesmo grau de escolaridade ou superior do indiciado.

Ultrapassado esse momento e considerando a apresentação da defesa, será então elaborado pela comissão um relatório minucioso e conclusivo acerca da culpabilidade do servidor, devendo ainda constar neste relatório, as principais peças dos autos do processo, fazer menção acerca das provas que fundamentaram a convicção da comissão, a indicação da norma violada e a existência de possíveis circunstâncias agravantes ou atenuantes, sendo então, a partir daí, conduzido para julgamento, e encerrado com a redação deste relatório, o trabalho da comissão.

c) Julgamento

Após o recebimento do relatório pela autoridade competente, passar-se-á para a fase de julgamento, onde a autoridade competente terá o prazo de vinte dias para a prolação de sentença. Contudo, destaca-se desde já que caso o julgamento se dê em um prazo superior ao estipulado, não haverá comprometimento da validade do processo.

Na hipótese de a penalidade a ser imposta, extrapolar a competência da autoridade que instaurou o processo, o mesmo será encaminhado para a autoridade competente, que disponibilizará do mesmo prazo para prolatar decisão.

Considerando a existência de mais de um indiciado e várias sanções que podem ser aplicadas à(s) infrações, o julgamento será de alçada da autoridade competente para que aplique no caso concreto, a pena mais grave.

O julgamento não está adstrito ao conteúdo do relatório, porém, na hipótese em que a decisão se mostrar em sentido contrário ao conteúdo disposto no relatório, a autoridade julgadora deverá motivar sua decisão, podendo ainda, de forma motivada, agravar, isentar, ou abrandar a responsabilidade do agente indiciado, como se observa do julgado do Superior Tribunal de Justiça apresentado a seguir:

[...] IV – É possível à autoridade julgadora discordar do relatório final elaborado pela Comissão Disciplinar, sem que isso importe indevida reformatio in pejus, desde que o faça de forma fundamentada, como se verifica na espécie, nos termos dos arts. 168 e 169 da Lei n. 8.112/90 (...) (MS 14.039/DF, STJ – Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento 24.06.2009, DJe 07.08.2009).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

EMENTA: I. Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. II. Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria. III. Punição disciplinar: prescrição: a instauração do processo disciplinar interrompe o fluxo da prescrição, que volta a correr por inteiro se não decidido no prazo legal de 140 dias, a partir do termo final desse último. IV. Processo administrativotisciplinar: congruência entre a indicição e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal (MS 23.299, STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento 06.03.2002, DJ 12.04.2002).

Considerando ainda a existência de vício insanável no processo disciplinar, deverá pois, ou a autoridade responsável pela instauração do processo

ou outra hierarquicamente superior, declarar a nulidade, total ou parcial, devendo logo em seguida, instituir uma outra comissão para que dê início a um novo processo.

Para a conclusão do processo administrativo disciplinar, a comissão dispõe de sessenta dias, tendo como marco inicial a data da publicação do ato que constituir a comissão, podendo ainda que este prazo seja prorrogado quando se fizer necessário.

5 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Considerando o conteúdo do princípio do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar e a forma dialética que o mesmo se desenvolve, sendo caracterizado por um intenso diálogo entre os participantes, essa contraposição existente se manifesta de tal forma que, considerando que determinado sujeito seja atingido por determinada decisão, este terá o direito de contradizer, visando influenciar a formação do convencimento do julgador (BACELLAR FILHO, 2012, p. 239).

Assim, o processo administrativo se constitui em uma relação em que a Administração assume dois polos distintos na relação, onde de um lado atua como acusador, e de outro, se configura como um julgador imparcial na figura da comissão que irá guiar os trâmites processuais, onde em síntese teremos, uma parte acusatória (Administração Pública – funcionando como órgão acusador), parte acusada (servidor) e o julgador (Administração Pública – representada pela Comissão de Processo Disciplinar).

Estabelecendo paralelos com o processo judicial, entendemos que quando a Administração Pública atua no processo como acusador, esta deveria, pelo menos em tese, estar em mesmas condições processuais que o servidor acusado, estabelecendo assim, uma relação de paridade, para que tenhamos a plena observância do princípio da isonomia, de modo que se afaste a característica de superioridade dessa Administração Pública. Nesse sentido, o contraditório seria configurado com a possibilidade de o servidor-acusado fazer uso dos diversos instrumentos de defesa para que possa contrapor os argumentos alegados pela parte acusadora (BACELLAR FILHO, 2012, p. 244).

A grande questão em torno da ampla defesa e do contraditório reside neste aspecto. A situação prática nos coloca diante de outra realidade, onde a Administração Pública exerce sua superioridade diante de seus agentes, incluindo aí, a comissão de apuração do processo administrativo disciplinar, que deveria em tese, agir com independência e imparcialidade. Assim, consideramos que a efetivação do contraditório se fará tão somente com a presença de advogado atuando na defesa do servidor acusado, para que tenhamos uma igualdade entre as partes, alcançado assim, o verdadeiro sentido do princípio da igualdade. Ora,

estando pois a Administração Pública em uma posição hierarquicamente superior em todo o trâmite processual em relação ao acusado, mostra-se impossível a ideia de isonomia e paridade de armas, e impedindo que se efetive a garantia do contraditório.

Nesse sentido, dissertam Tucci e Cruz (1989, p. 23):

[...] a igualdade das partes faz-se imprescindível que, durante todo o transcorrer do processo, sejam assistidas e/ou representadas por um defensor, dotado de conhecimento técnico especializado, e que, com sua inteligência e domínio dos mecanismos procedimentais, lhe propicie a tutela de seu interesse ou determine o estabelecimento ou o restabelecimento do equilíbrio do contraditório. Essa garantia, ademais, propiciante da assecuração da efetiva paridade de armas entre as partes, não se restringe ao processo penal, estendendo-se, outrossim, aos conflitos de interesses de natureza civil". "A assistência técnica não pode, em hipótese alguma, restringir-se à atuação judicial, mas abranger toda atividade pré-processual de consultoria, orientação (visando, especialmente, a evitação de litigiosidade, no campo extrapenal, e da criminalidade, no penal) e informação", e "para atingir esse desiderato, chegando-se tanto mais próximo quanto possível da reclamada igualdade substancial, o cidadão precisa ter conhecimento de certas implicações do ordenamento jurídico vigente no lugar em que vive, o que somente conseguirá mediante aconselhamento com um técnico, especialista na matéria.

O contraditório, estaria pois respeitado, diante de um processo bilateral, onde o servidor que figure no polo de acusado tenha plenas condições de se firmar para que tenhamos uma relação jurídico-processual igualitária, onde do outro lado da relação processual, teríamos então a Administração Pública, que atua tanto na posição de parte acusadora, como a parte julgadora, esta, devendo atuar de forma imparcial e independente. É aí que surge a necessidade da obrigatoriedade da defesa por advogado para este servidor acusado, para que tenhamos pois uma participação ativa de todas as partes do processo, em uma posição igualitária. Configurando-se como um instrumento de efetivação do contraditório e da ampla defesa no processo disciplinar.

Assim, disserta Bacellar Filho (2012, p. 246), no sentido de afirmar que a:

[...] efetividade do contraditório pode ser traduzida como reação necessária. Onde o contraditório é efetivo, a defesa é obrigatória. O diálogo é imposto, mesmo na omissão da parte acusada, em face da indisponibilidade do direito material.

Assim é que surge no processo administrativo disciplinar a necessidade de um instrumento eficaz para assegurar o direito de defesa e por conseguinte, a efetivação do contraditório, contudo, não se trata de qualquer defesa, mas sim, uma defesa técnica que atue de modo a influenciar a decisão do julgador, para que tenhamos uma paridade de armas na relação processual em comento.

5.1 A Defesa Técnica no Processo Administrativo Disciplinar e o Direito Fundamental à Ampla Defesa

Como citado no tópico acima, diante da relação processual que se estabelece no processo administrativo disciplinar exige a necessidade de uma defesa especializada a ser apresentada pelo servidor acusado, como um instrumento de efetivação do contraditório, e para que se estabeleça uma relação de paridade entre as partes.

A partir de agora, analisaremos como essa defesa técnica surge no processo administrativo disciplinar como um instrumento de efetivação da ampla defesa.

O contraditório e a ampla defesa são garantias asseguradas pelo texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso LV, a todos os litigantes em processos judiciais e processos administrativos. Esta ampla defesa, considerando a amplitude da expressão, não pode simplesmente ser definida como qualquer instrumento de defesa, mas sim, uma defesa consubstanciada, técnica, cujo conteúdo apresentado tenha o condão de influenciar o julgador, em especial, quando estivermos diante de um processo administrativo disciplinar, dada sua natureza punitiva e a possibilidade de ser aplicada uma sanção aos administrados, o que já exige uma maximização dos mecanismos de defesa a ser disponibilizado para o servidor acusado (BACELLAR FILHO & HACHEM, 2010, p. 35).

Assim, considerando a natureza do processo administrativo disciplinar, e a possibilidade de imposição de sanção à parte acusada, resta plenamente justificada a imposição da necessidade de uma defesa técnica, e sua ausência deveria, pois, levar ao chamado cerceamento de defesa.

Nesse sentido:

O direito à ampla defesa impõe à autoridade o dever de fiel observância das normas processuais e de todos os princípios jurídicos incidentes sobre o processo. A desatenção a tais preceitos e princípios pode acarretar a nulidade da decisão, por cerceamento de defesa. Cabe, todavia, assinalar que muitos abusos são cometidos sob esse título, levando à invalidação despropositada de processos. Somente haverá cerceamento de defesa se da omissão ou falha puder resultar um dano, potencial ou efetivo, ao acusado ou interessado. Meras falhas formais, irrelevantes para o desfecho do feito, não são suficientes para acarretar a nulidade (FERRAZ & DALLARI, 2012, p. 111).

Acerca da obrigatoriedade da defesa técnica nos processos administrativos disciplinares, temos três correntes doutrinárias.

A primeira corrente doutrinária defende a imposição da defesa técnica em qualquer processo administrativo disciplinar, e os principais doutrinadores que se defendem essa corrente são Romeu Bacellar Filho e Daniel Hachem. Afirmam os doutrinadores que a defesa técnica seria indispensável para que seja alcançada a ampla defesa, independente da gravidade da sanção que pode decorrer do processo, sendo pois necessária a defesa técnica apresentada por advogado em sindicâncias contraditórias e no processo administrativo disciplinar propriamente dito, seja pelo rito sumário ou pelo rito ordinário. O argumento principal seria pois o de que a Constituição Federal não faz qualquer distinção, e se não o fez, não seria de alçada do intérprete, estabelecer tais distinções, considerando assim o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (BACELLAR FILHO & HACHEM, 2010, p. 35).

Consoante os ensinamentos de Ferraz e Dallari (2012, p. 110), a ampla defesa deve constar de disponibilizar às partes os meios necessários para a consecução de determinado fim, daí o motivo de entenderem que seria pois obrigatória a defesa técnica, configurando um direito inafastável, a representação da parte por um advogado.

Ora, a defesa apresentada por um advogado, pelo menos teoricamente, seria mais completa, no sentido de ser elaborada por profissional que tenha competência para tal. Assim, seria um instrumento de garantia que o processo resultaria em uma decisão justa.

Como bem determina Ferraz e Dallari (2012, p. 111-112):

[...] o advogado é um profissional habilitado para a defesa de direitos e interesses, que pode ressaltar ou expor com maior eficiência aos fatos ou argumentos favoráveis ao seu constituinte ou impedir que este sofra algum dano ou constrangimento, sem que, de qualquer forma, isso possa prejudicar os legítimos interesses da Administração. Daí dever ter-se como indispensável a sua presença, sobretudo no processo administrativo disciplinar.

A segunda corrente defende que a defesa técnica se faz necessária nos processos disciplinares dos quais resultem em graves ofensas na esfera individual, de modo a restringir bens, propriedades ou direitos, sendo assim, obrigatória a defesa técnica, segundo essa corrente doutrinária, nas hipóteses em que o objeto da investigação fosse condutas criminosas contra a administração pública, cuja sanção seria demissão ou cassação da aposentadoria.

Nesse sentido, disserta Odete Medauar (2008, pp. 126-127):

Por sua vez, a defesa técnica é a defesa realizada pelo representante legal, o advogado. Várias justificativas surgem, de regra, quanto à defesa técnica: equilíbrio entre os sujeitos ou paridade de armas, vinculado à plenitude do contraditório; o conhecimento especializado do advogado auxiliar a tomada de decisão parametrada pela legalidade e justiça; a presença do advogado evita que o sujeito se deixe nortear por emoções de momento, por vezes exacerbadas. Considerando-se a defesa técnica como desdobramento da ampla defesa assegurada pela Constituição, deve ser encarada, no processo administrativo, como possibilidade ou como exigência? Nos processos disciplinares de servidores, que pudessem resultar em penas graves, se firmara orientação jurisprudencial no sentido da necessidade de defesa técnica, cabendo ao poder público indicar defensor dativo se o servidor estivesse desassistido ou na revelia. Mas, a Súmula Vinculante 5 do STF, editada em maio de 2008, ficou orientação diversa: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Quanto aos demais processos administrativos, deve-se exigir defesa técnica? A exigência de defesa técnica em todos os processos administrativos implicaria a obrigatoriedade de defensoria dativa proporcionada pelo poder público a todos os sujeitos sem advogado próprio, o que parece inviável. Por isso, deveria ser exigida em processos cujos resultados repercutam com gravidade sobre direitos e atividades dos sujeitos, como, p.ex., interdição de atividades, fechamento de estabelecimentos, cessação do exercício profissional.

Deve se observar, em relação à argumentação usada por essa corrente doutrinária a respeito da necessidade de exigibilidade do advogado somente nas hipóteses em que houver risco de a sanção importar em grave dano ou quando estiver em jogo, direito indisponível do servidor. Direito indisponível é entendido pela doutrina como a punição com a privação da liberdade do indivíduo, havendo ainda quem afirme que a privação da honra e da imagem também poderia ser objeto de discussão em sede de processo administrativo, e se enquadraria como direito indisponível.

A norma constitucional não impõe limitação ao direito à ampla defesa, assegurando tal direito somente às hipóteses em que houvesse dano à liberdade individual, pelo contrário, também assegurando aos processos administrativos em que se tenha “acusados” de forma geral, que se encontrem sujeitos a uma sanção que poderá restringir direitos dos indivíduos.

A terceira doutrina entende de forma contrária às outras duas, de modo que, entende que a presença do advogado no processo administrativo disciplinar somente se fará necessário na hipótese em que o acusado não tenha conhecimento do processo em virtude de o mesmo encontrar-se em local incerto e não sabido. Esse entendimento é firmado por José dos Santos Carvalho Filho, que comunga com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, na edição da Súmula Vinculante nº 5. O doutrinador entende que é facultado ao servidor fazer-se

acompanhado de advogado, e nesse interim, considerando a hipótese de o indiciado ter sido devidamente intimado e não apresentar defesa, não haveria pois que se falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa (CARVALHO FILHO, 2014, p. 62). Contudo, o doutrinador é firme no sentido de restar assegurado ao acusado, o direito de se defender de forma ampla e de contraditar a acusação, nos processos administrativos disciplinares que incorram em punição ou restrição de direitos, de modo que não haveria que se falar em observância do contraditório e ampla defesa em processos administrativos de natureza inquisitória tais como o inquérito policial ou a sindicância administrativa.

Cretella Neto (2002, p. 68) disserta no sentido de se mostrar contrário à obrigatoriedade da presença do advogado, contudo, favorável à obrigatoriedade da defesa técnica em sede processo administrativo disciplinar, ao dissertar que a “ampla defesa, embora facultativa, deve ser entendida como a defesa técnica, isto é, apresentada em juízo por quem tenha capacidade postulatória”.

Assim, a observância substancial do princípio do contraditório e da ampla defesa, vedam a aplicação de penalidade quando não restar assegurado ao acusado a possibilidade de uma efetiva manifestação no processo, devendo ser feita por meio de defesa técnica, contudo, não em qualquer processo administrativo, apenas nos processos em que haja a possibilidade de aplicação de sanção de natureza punitiva ou que implique em alguma restrição de direitos fundamentais.

Contudo, há de se destacar o papel de máxima importância acerca da presença do advogado no processo administrativo disciplinar, como instrumento de efetivação da ampla defesa e do contraditório, atuando de modo a efetivar e fiscalizar a efetividade desses direitos.

O advogado surge no processo administrativo disciplinar com máxima relevância haja vista que atua primeiramente como um fiscal da comissão, visando prevenir qualquer afronta aos direitos fundamentais do indiciado, além do que, é este, o profissional que possui os conhecimentos técnicos referentes às ciências jurídicas para que formule uma defesa fundamentada e com capacidade de influenciar a decisão do órgão julgador, além de ser uma das atividades essenciais à administração da justiça.

Carvalho (2012, p. 765-766) entende que o advogado no processo administrativo disciplinar é fundamental para que tenhamos o “bom e correto exercício do poder punitivo da Administração Pública, haja vista que sua presença

confere prestígio aos atos processuais e concorre para o respeito às garantias do servidor processado”.

O mesmo autor continua a dissertar:

[...] a presença do advogado em audiências, em outros atos de coleta de prova, como diligências e inspeções, na inquirição do denunciante, no oferecimento de defesa escrita, chamando a atenção para os consectários do devido processo legal, criticando interpretações de fatos e provas pelo órgão instrutor ou julgador, apresentando sua visão jurídica do quadro fático, tudo termina por enobrecer a atividade processual e aprimorar os procedimentos disciplinares realizados pela Administração Pública, sempre em defesa da figura do funcionário acusado

[...]

O desapeço ao advogado é o desrespeito à justiça, e a própria garantia constitucional e legal de defesa técnica (CARVALHO, 2012, p. 767).

Nestes termos, verifica-se que a presença de um advogado no processo administrativo disciplinar é de máxima importância, seja pela atuação fiscal voltada a reduzir a ocorrência de possíveis arbitrariedades, seja por assegurar as garantias fundamentais asseguradas ao indiciado, restando pois observe do disposto no artigo 133 da Constituição Federal que eleva a advocacia como uma função essencial à justiça.

Interessante destacar de pronto que impor a obrigatoriedade do advogado no processo administrativo não impõe a obrigação de a parte constituir patrono particular, haja vista que existe a disponibilidade de o servidor se valer dos serviços oferecidos pelas Defensorias Públicas, dos Estados e da União, além dos diversos sindicatos que oferecem advogados para o acompanhamento destes processos.

5.2 O Estudo da Súmula Vinculante nº 05

A Lei do Processo Administrativo, Lei nº 9.784 de 1999 buscou tratar a defesa técnica do processo administrativo como uma faculdade, com a ressalva para exceções previstas em diplomas legais, conforme previsão legal do artigo 3º, inciso IV, que dispõe: “fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei”. Considerando o conteúdo do referido diploma legal, deve ser promovida uma interpretação sob a ótica da Constituição Federal, que a nosso ver, não foi interpretada sob a luz do texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

No ano de 2008, a Corte Excelsa julgou o Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, entendendo que a defesa técnica no processo administrativo

disciplinar seria pois prescindível, não havendo nenhuma exigência constitucional acerca da obrigatoriedade do advogado em sede de processo administrativo disciplinar, que culminou com a aprovação da Súmula Vinculante nº 5, que apresenta a seguinte redação: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

A proposta de conversão do entendimento em Súmula Vinculante partiu do então ministro, Joaquim Barbosa, considerando o conteúdo do julgamento do Recurso Extraordinário, que se mostrou completamente oposto ao entendimento que prevalecia até então, com a Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, que vigorou até a edição da Súmula Vinculante nº 5, e apresentava a seguinte redação: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”, que teria sido editada em setembro de 2007.

O entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça não era unânime, contudo, era o entendimento preponderante, surgindo do entendimento de diversos julgados que pugnavam a nulidade do processo disciplinar em que não se fizesse presente a constituição de advogado pelo indiciado.

O entendimento defendido pelo Superior Tribunal de Justiça tinha como escopo a garantia do contraditório e da ampla defesa aos processos administrativos, como bem assegura do artigo 5º, inciso LV da Constituição, e ainda, o artigo 133 do mesmo texto legal que determina que o advogado é indispensável para a manutenção da justiça.

As Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, embora não possuam o caráter de impor a obrigatoriedade de sua observância, surgem como uma tendência para ser analisada pelos juízes de primeira instância e tribunais. Isso na prática, considerando o teor contrário do entendimento do Supremo Tribunal Federal até então, e o teor da Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça, em tese acabaria por gerar um número considerável de Recursos Extraordinários de conteúdo repetitivo, em virtude da ausência de segurança jurídica ocasionada pelo entendimento diverso das duas instâncias. E até então, a Administração Pública encontrava-se em uma situação confusa, ante a possibilidade de anulação de diversos processos disciplinares.

Nesse cenário então é que surgiu a Súmula Vinculante nº 5, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

A Súmula Vinculante é instituto que nasce no ordenamento jurídico brasileiro após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe, dentre diversas medidas, a inserção do artigo 103-A na Constituição Federal, surgindo como instrumento para proporcionar uma segurança jurídica diante de temas marcados pela contradição de entendimentos, visando assim, limitar a imposição de recursos repetitivos acerca de temas cujo Supremo Tribunal Federal já tenha entendimento pacificado.

A Súmula Vinculante para ser aprovada depende da aprovação de pelo menos dois terços do Plenário, o que equivale a 8 ministros, passando a partir da aprovação, a ter efeitos vinculantes em todas as instancias e todos os tribunais, e em caso de desobediência a seu conteúdo, caberá Reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que, ou anulará o ato, ou promoverá a cassação da decisão conflituosa.

Assim, a edição da Súmula Vinculante nº 5 importou na revogação da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça.

A partir de agora analisaremos os fundamentos que levaram a edição da referida súmula, antes de entrarmos na discussão acerca de sua (in) constitucionalidade.

Sua origem no ordenamento jurídico remete ao julgamento do Recurso Ordinário nº 434.059-3/DF interposto pela União, que atuava em um litisconsórcio juntamente com o Instituto Nacional de Seguridade Social visando atacar decisão do Superior Tribunal de Justiça que declarou a nulidade da Portaria nº 7.249/2000, que havia instituído processo disciplinar contra uma servidora, que impetrou Mandado de Segurança visando a nulidade da demissão, sob o argumento que o processo disciplinar que havia sido concluso pela demissão da servidora desenvolveu-se sem que a defesa da servidora fosse feita por advogado.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como já falado, se baseava na efetividade da ampla defesa e do contraditório, bem como no caráter essencial assegurado à advocacia. Nas palavras do Ministro Hamilton Carvalho:

É que o artigo 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 a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O artigo 133, também da Carta Magna, por sua vez, preceitua que 'O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

(...)

A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, por óbvio, é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

(STJ - Mandado de Segurança nº 7.078, Terceira Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, p. 09.12.2003).

Este entendimento, entretanto, não foi o seguido pelo Supremo Tribunal Federal de modo que no julgamento do Recurso Extraordinário cassou a decisão do Superior Tribunal de Justiça e restabeleceu a validade da portaria que havia demitido a servidora, e considerando a existência de entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, o Plenário aprovou por unanimidade a Súmula Vinculante nº 5.

Os argumentos apresentados pela Suprema Corte se manifestam no voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, ao entender que o princípio da ampla defesa compreende o exercício de três prerrogativas, sejam elas: o direito de ser informado da acusação e dos atos do processo, o direito de se manifestar, e ainda, o direito que seus argumentos sejam considerados, nesses termos, disserta o Ministro:

Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, da CF.

Por si só, a ausência de advogado constituído não importa nulidade de processo administrativo disciplinar.

(STF - Recurso Extraordinário nº 434.059/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 07.05.2008)

Assim, o entendimento defendido pelo Ministro é o de que, a ampla defesa deve ser assegurada ao indiciado, contudo, sob a ótica desses três fundamentos: ser informado, se manifestar, e ter seus argumentos considerados, quando da decisão, sendo pois indispensável a presença do advogado tão somente em casos excepcionais para que a sua presença garanta a ampla defesa do investigado.

Contudo, entendemos que a Súmula Vinculante nº 5 se constitui como um instituto jurídico eivado de vícios de natureza formal e material, como será discutido a partir de então:

5.2.1 Vícios Formais de Inconstitucionalidade

A Súmula Vinculante encontra-se prevista no Texto Constitucional no artigo 103-A, inserido após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe a

possibilidade de o Supremo Tribunal Federal elaborar súmula com efeitos vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, sendo constituídos como objeto destas súmulas, a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, acerca das quais houvesse controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública, como bem se observa da leitura do §1º do aludido artigo.

O Texto Constitucional, no artigo 103-A e o parágrafo 1º, bem como o artigo 3º, caput e os §§1º a 3º da Lei nº 11.417/2006, que veio a regular diversos dispositivos constitucionais que previam a Súmula Vinculante, definiu como requisitos para que seja aprovada a Súmula Vinculante: (i) existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional; (ii) existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública sobre a matéria; (iii) ocorrência de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; (iv) decisão de dois terços dos membros do STF.

O primeiro aspecto a caracterizar a inconstitucionalidade formal da referida súmula, refere-se ao desatendimento do primeiro critério, haja vista que, considerando o acórdão exarado em face do Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, que levou à elaboração da Súmula Vinculante nº 5, temos tão somente outros três julgados que tratavam acerca da matéria (AG nº 207.197, RE nº 244.027, MS nº 24.961), assim, considerando a necessidade de “reiteradas decisões”, não resta configurado este requisito formal, considerando o número insignificante de processos que tratavam sobre a matéria.

Destaca-se ainda, que acerca do Mandado de Segurança nº 24.961, a matéria principal não se configura como questões semelhantes ao conteúdo da Súmula Vinculante nº 5, haja vista que o objeto do Mandado de Segurança não se tratava de processo administrativo disciplinar, mas sim de procedimento administrativo de Tomada de Contas, como bem se observa da ementa do julgado:

A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa da coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado.

Assim, considerando a completa discrepância entre os objetos dos processos, não se pode considerar este precedente como uma “decisão reiterada” para levar a edição da Súmula Vinculante nº 5.

Além da ausência do requisito “reiteradas decisões”, o próprio Supremo Tribunal Federal, prolatou decisões conflitantes com o conteúdo da Súmula Vinculante nº 5, o que implica em afirmar que não há a adoção de um posicionamento uniforme na própria corte, como se observa do julgado a seguir colacionado:

1. Mandado de Segurança. 2. Comissão de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. Instauração de processo por quebra de decoro parlamentar contra deputado federal. Ampla defesa e contraditório. Licença médica. 3. As garantias constitucionais fundamentais em matéria de processo, judicial ou administrativo, estão destinadas a assegurar, em essência, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal em sua totalidade, formal e material (art. 5º, LIV e LV, da Constituição). 4. O processo administrativo-parlamentar por quebra de decoro parlamentar instaurado contra deputado federal encontra sua disciplina no Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados e no Regulamento do Conselho de Ética daquela Casa Legislativa, a partir do disposto nos incisos III e IV do art. 51 da Constituição, e se legitima perante o rol dos direitos e garantias fundamentais da Carta de 1988 quando seus dispositivos são fixados pela competente autoridade do Poder Legislativo e prevêm ampla possibilidade de defesa e de contraditório, inclusive de natureza técnica, aos acusados. 5. Tal como ocorre no processo penal, no processo administrativo-parlamentar por quebra de decoro parlamentar o acompanhamento dos atos e termos do processo é função ordinária do profissional da advocacia, no exercício da representação do seu cliente, quanto atua no sentido de constituir espécie de defesa técnica. A ausência pessoal do acusado, salvo se a legislação aplicável à espécie assim expressamente o exigisse, não compromete o exercício daquela função pelo profissional da advocacia, razão pela qual neste fato não se caracteriza qualquer espécie de infração aos direitos processuais constitucionais da ampla defesa ou do contraditório. 6. Ordem indeferida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 25917/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU, 01 set. 2006).

Assim, se mostra ausente o primeiro dos requisitos formais para a aprovação da referida Súmula Vinculante, haja vista não restou observado o conteúdo dos artigos 103-A da Constituição Federal, bem como o artigo 2º da Lei nº 11.417 de 2006. Isso já configura-se como fundamentos suficientes para ensejar o cancelamento da Súmula Vinculante nº 5.

O terceiro requisito destacado pelo artigo 103-A da Constituição Federal, e pela Lei nº 11.417 de 2006 é a ocorrência de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Considerando que não tínhamos à data da edição da Súmula Vinculante Nº 5, um número expressivo de decisões do Supremo acerca de tal matéria, não há que se falar em probabilidade de

sobrevir uma “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”, nos termos previstos pelo art. 103-A, §1º da Constituição da República e art. 2º, §1º da Lei nº 11.417/06.

Assim, resta de pronto identificada, a inobservância de requisitos formais constitucionais e legais autorizadores de edição de enunciado com efeito vinculante, fato que evidencia a sua inconstitucionalidade formal.

5.2.2 Inconstitucionalidade Material dos Fundamentos Utilizados para a Edição da Súmula Vinculante nº 5

Os vícios apontados na Súmula Vinculante nº 5 não se limitam à critérios formais, mas afronta de forma material o conteúdo da Constituição Federal de 1988, que se observa através de uma análise dos argumentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal para a aprovação da Súmula.

Bacellar Filho e Hachem (2010, pp. 39-40) sintetizam os argumentos apresentados pela Suprema Corte, da seguinte maneira: a) Desnecessidade de defesa técnica diante da garantia dos direitos de informação, de comunicação e de ver seus argumentos considerados; b) Necessidade de defesa técnica apenas se a complexidade da questão tornar o acusado inapto para exercer a autodefesa; c) Indispensabilidade do advogado apenas à administração da justiça, assim considerado somente o exercício da função jurisdicional (art. 133 da CF); d) A exigência de defesa técnica significaria uma defesa transbordante; e) A obrigatoriedade de defesa técnica importaria asoberbamento da Defensoria Pública; f) O exercício do contraditório é facultativo ao acusado, tal como no processo civil; g) É facultativa a nomeação de procurador, que não precisa ser advogado (art. 156 da Lei nº 8.112/90).

Com a devida vênia, os doutrinadores Bacellar Filho e Hachem (2010, p. 40 e ss) consideram tais argumentos falhos, pelo que será exposto a partir de agora.

O primeiro argumento apontado pela Suprema Corte seria o de desnecessidade de defesa técnica diante da garantia dos direitos de informação, de comunicação e de ver seus argumentos considerados, sob o argumento de que o respeito a esses direitos implicaria na plenitude do exercício da defesa técnica.

Essa argumentação apontada pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, com fundamento na doutrina alemã, embora se mostre consoante com a efetividade da

ampla defesa, não parece ser completa, haja vista que deixaria de incluir diversas facetas da ampla defesa, como bem destaca os doutrinadores, deixaria pois de alcançar, o caráter prévio da defesa, a individualização das condutas, o direito à prova, e assim, restaria alcançado também o direito à defesa técnica.

Assim, a observância de apenas os três elementos apontados pela doutrina alemã não parece ter força normativa o suficiente para satisfazer plenamente a ampla defesa nos processos disciplinares, havendo a necessidade de satisfação de, entre outros, o direito à defesa técnica garantido.

O segundo argumento apontado pelo Supremo seria a necessidade de defesa técnica apenas se a complexidade da questão tornar o acusado inapto para exercer a autodefesa. Este argumento se baseia sob a noção de que haveriam algumas situações as quais o servidor possuiria capacidade de se defender sozinho, e haveriam outras situações que, devido sua complexidade demasiada, demandaria a participação de um advogado.

Ocorre porém que este argumento não merece prosperar, haja vista que, independente do grau de complexidade dos fatos impostos ao servidor, somente o advogado terá a capacidade de formular defesa técnica. Como bem ensina Bacellar Filho e Hachem (2010, p. 41):

Se a situação deflagrada da instauração de processo administrativo for simples, não trazendo ao indiciado maiores dificuldades para comprovar a sua inocência com base nos fatos ocorridos, ainda assim haverá uma vasta gama de argumentos jurídicos que poderiam ser utilizados em seu favor, robustecendo a sua defesa, e que na prática não o serão, diante da ausência de capacitação técnica do servidor para manejá-los. Ou seja, por mais singela que possa ser a acusação, ainda assim uma defesa ampla, nos termos assegurados pela Constituição, só será efetivada se for composta por um conjunto argumentativo de caráter jurídico, que apenas um advogado será capaz de elaborar. Do contrário, o acusado terá apenas uma defesa, mas não uma ampla defesa, tal qual assegurada pelo texto constitucional.

Ainda assim, considerando que realmente houvessem situações mais complexas, as quais ensejariam a defesa técnica formulada por advogado, o conteúdo normativo descrito na Súmula Vinculante nº 5 não faz qualquer distinção, no sentido que o seu conteúdo se limita a informar que a falta de advogado no processo administrativo disciplinar não implica em ofensa à Constituição Federal. Os mesmos doutrinadores continuam a tratar do tema, questionando se:

[...] será que não haverá ofensa à Constituição se restar demonstrado, no caso concreto, que o servidor público apresentou uma defesa inequivocamente frágil, consistindo apenas em um “simulacro de defesa”, cuja inépcia decorreu da complexidade da situação? Certamente que sim,

conforme destacado pela própria Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha em seu voto.

Assim, considerando pois que existam situações complexas em que seria imprescindível a participação de advogado no processo, para que se tenha a efetivação do direito à ampla defesa, a redação da Súmula Vinculante nº 5, apresentada de forma genérica já se mostra suficiente para apontar a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5, haja vista que estaria afrontando o disposto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, que estabelece o direito fundamental à ampla defesa nos processos administrativos (BACELLAR & HACHEM, 2010, p. 42).

O terceiro argumento apontado pela Suprema Corte trata da indispensabilidade do advogado apenas à administração da justiça, assim considerada somente a função jurisdicional. Tal argumento foi apontado pelo Ministro Carlos Ayres Brito e pelo Ministro Cezar Peluso, sob o argumento de que o conteúdo do artigo 133 da Constituição Federal, que considera o advogado indispensável à administração da Justiça, estaria limitado à atividades jurisdicionais, não alcançando aí os processos administrativos, baseando ainda seu argumento no sentido de que a Defensoria Pública e o Ministério Público também são essenciais, mas tão somente à função jurisdicional.

Contudo, a interpretação dada pelos ministros constitui-se em uma interpretação restritiva do conteúdo normativo do artigo 133 da Constituição Federal. A interpretação da Constituição deve se proceder de forma extensiva, voltada para uma maximização da efetividade dos direitos fundamentais, e é nesse sentido, que uma interpretação conjugada no artigo 5º, inciso LV com o artigo 133 seria pois uma interpretação mais completa. Nesse sentido, dissertam Bacellar Filho e Hachem (2010, p. 42):

A construção das normas constitucionais, operada através da interpretação do texto da Constituição, deve ser empreendida de forma a maximizar a efetividade dos direitos fundamentais, e não com o intuito de limitar o seu alcance. Da conjugação do art. 5º, LV, com o art. 133 da CF é possível deduzir que o advogado é indispensável à realização da justiça, aí compreendidas todas as situações que dependam de uma atuação técnica e especializada dos profissionais da advocacia para que sejam assegurados de forma efetiva os direitos fundamentais do cidadão, notadamente os direitos ao contraditório e à ampla defesa. E tais situações podem ocorrer tanto no exercício da função jurisdicional quanto da função administrativa, uma vez que não apenas o Estado-Juiz, como também o Estado-Administrador pode praticar ingerências na esfera jurídica do cidadão, sendo exigível em tais casos a observância do contraditório e da ampla defesa.

O quarto fundamento apresentado pelo Supremo Tribunal Federal, no voto do Ministro Ayres Britto, seria o de que a exigência de defesa técnica significaria uma defesa transbordante. O Ministro, em seu voto, afirma que tornar obrigatória a presença de um advogado no processo administrativo disciplinar, estaria implicando em “mais do que a ampla defesa, e sim uma defesa amplíssima, ou seja, uma defesa transbordante” (STF, 2008).

Trata-se de argumento infundado que não merece prosperar, haja vista que, como bem assevera Bacellar Filho e Hachem (2010, p. 44) “a Constituição Federal de 1988 não muniu o cidadão com o direito a uma defesa qualquer, mas sim com o direito a uma ampla defesa”.

Ora, a ampla defesa definida pelo Poder Constituinte foi assegurada a todos os acusados de forma geral, em processo administrativo e processo judicial, onde estaria pois assegurado o contraditório e a ampla defesa, e aí, incluem-se todos os instrumentos necessários para que reste assegurada essa ampla defesa, e aí estaria pois incluída a defesa técnica.

Nas palavras de Bacellar Filho e Hachem (2010, p. 44):

Dessa primeira constatação deflui a lógica consequência de que não será suficiente a apresentação de uma defesa qualquer pelo litigante para que seja observado o preceito constitucional em questão. A defesa deverá ser real, efetiva, explorando — ao menos de forma potencial — todos os argumentos fáticos e jurídicos que militam em favor do acusado. E para tanto, a presença do advogado e a elaboração de uma defesa técnica é indispensável, sob pena de se ter apenas uma tentativa ou um simulacro de defesa. Logo, a exigência de assistência técnica por advogado nos processos administrativos disciplinares não representa exagero algum, como pretendeu o acórdão em comento. Pelo contrário: constitui um meio inerente a uma defesa ampla, qualificada, tal como assegurada pela Constituição Federal.

O quinto argumento foi apresentado também no voto do Ministro Carlos Ayres Britto, de que a obrigatoriedade de defesa técnica importaria asoerbamento da Defensoria Pública.

Tal argumento que se funda na noção de reserva do possível não parece correto, haja vista que, estaria condicionando a ampla defesa em um processo administrativo disciplinar aos limites financeiros do Poder Público, de sorte que, tal limitação implicaria em afirmar que o Estado não estaria obrigado a assegurar direitos fundamentais quando não implicar em despesas exacerbadas aos cofres públicos.

Nas palavras de Bacellar Filho e Hachem (2010, p. 48):

É justamente essa a racionalidade que se adota quando se nega a necessidade de garantir a defesa técnica em todos os processos administrativos disciplinares, com o argumento de que tal exigência assoberbaria a Defensoria Pública. Ora, se tal premissa fosse válida, o aumento excessivo de acusados em processos criminais, com o conseqüente abarrotamento da Defensoria Pública, eximiria a instituição do dever de promover a defesa técnica de todos eles, a pretexto de encontrar-se demasiadamente atarefada. A adesão a esse entendimento afronta, logicamente, o sistema constitucional brasileiro. Os servidores públicos acusados em processos disciplinares que não ostentarem condições de contratar um advogado terão o direito irrenunciável — porque fundamental — à assistência jurídica integral e gratuita, proporcionada pelo Estado. Tal direito está inserido no rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão, no art. 5º, LXXIV da CF, que assim estabelece: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Cuida-se de incumbência inescusável do Estado brasileiro, de prestação obrigatória a todos os cidadãos economicamente hipossuficientes.

O sexto argumento destacado, é encontrado no voto do Ministro Cezar Peluso, ao entender que o exercício do contraditório é facultativo ao acusado, tal como no processo civil, entendendo que o exercício do contraditório deve ser entendido como uma possibilidade e não obrigação da parte sucumbente, que poderá exercê-lo ou não, em conformidade com suas convicções pessoais, devendo a mesma interpretação ser estendida ao processo administrativo.

Contudo, deve se atentar para algumas questões. A primeira delas é de que contraditório e ampla defesa, embora tratados no mesmo dispositivo legal, constituem-se como garantias distintas, com um conteúdo distinto, de modo que o contraditório implica em uma manifestação do princípio da participação, ao qual, ambas as partes, e não apenas ao réu, sob o fundamento da bilateralidade que marca a relação processual, poderá fazer uso visando rebater o argumento utilizado pela outra parte. A ampla defesa entretanto se constitui como o conjunto de instrumentos que fornecem ao réu, os mecanismos necessários para que este se defenda de forma efetiva, ante à acusação formulada pela Administração Pública, que, embora haja uma relação simbiótica entre os dois princípios, são distintos entre si e a interpretação não deve se confundir.

Nesse interim, o argumento apontado pelo Ministro Cezar Peluso em seu voto, no sentido de indicar que a Constituição assegura tão somente o contraditório, como a possibilidade de o acusado intervir na formação da decisão é um posicionamento distinto do real significado do conteúdo do princípio da ampla defesa.

Nesse sentido, dissertam pois Bacellar Filho e Hachem (2010, p. 53):

Afirmar que a Constituição assegura apenas o contraditório, compreendido como mera possibilidade de o acusado intervir na formação da decisão, como argumento para afastar a necessidade de assistência técnica por advogado no processo disciplinar, implica em posicionamento equivocado quanto ao significado jurídico integral do direito fundamental à ampla defesa. Se é certo que a Lei Maior garante o contraditório, isso não quer dizer que a ampla defesa esteja nele resumida. A simples autorização da Administração para que o acusado refute as acusações contra si dirigidas, isto é, a mera oportunidade de manifestação conferida ao servidor, é incapaz de absorver todo o substrato jurídico do princípio da ampla defesa. Trata-se de uma concepção restritiva, que considera apenas a dimensão negativa (ou função de defesa) do direito à ampla defesa.

O sétimo argumento utilizado pelo Supremo, constitui em afirmar que é facultativa a nomeação de procurador, que não precisa ser advogado (art. 156 da Lei nº 8.112/90), assim, o presente dispositivo legal estaria pois permitindo que o servidor faça sua autodefesa, sendo pois facultada a nomeação de procurador, que não precisa ser propriamente, advogado.

Tal argumentação traz à tona uma das lições básicas de hermenêutica, que afirma que as leis devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, e não o contrário. Assim, a ampla defesa enquanto norma constitucional e garantia fundamental assegurada a todos os litigantes de processos judiciais e administrativos deve ser analisada por meio de uma interpretação sistemática dos princípios e normas constitucionais, não podendo se admitir que norma infraconstitucional venha restringir o alcance de norma constitucional, é a lei que deve ser interpretada sob a ótica constitucional, e não o contrário.

Nesse ponto, dissertam pois Bacellar Filho e Hachem (2010, p. 59):

Destarte, entender desnecessária a defesa técnica por advogado, que é elemento constitutivo do direito fundamental à ampla defesa, tomando por fundamento o art. 156 da Lei nº 8.112/90, significa inverter a hierarquia das fontes do direito brasileiro. Ao invés disso, cumpre empreender uma interpretação do citado dispositivo que seja conforme a Constituição Federal. A hermenêutica das disposições legais demanda um processo de filtragem constitucional, a partir do qual, [...], “surge a necessidade de se buscar uma inter-relação axiológica visando a unidade sistemática e a efetiva realização dos valores estabelecidos no pacto fundador diante do direito infraconstitucional”. A única forma constitucionalmente adequada de interpretar o art. 156 da Lei nº 8.112/90 é atribuindo-lhe o sentido de que, além de poder acompanhar o processo pessoalmente, o servidor tem o direito a uma defesa técnica por procurador, o qual, pela aplicação do art. 133 da CF, deve necessariamente ser advogado. Por tudo o que já se expôs acima, é de se concluir que somente o advogado possui condições técnicas necessárias para manobrar os instrumentos jurídicos necessários a realização de uma defesa efetiva. Com lastro nessa construção interpretativa, é possível inferir que o art. 156 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais nada mais faz do que enunciar explicitamente o direito à autodefesa e à defesa técnica como elementos indissolúveis do princípio constitucional da ampla defesa, restando excluída, porque inconstitucional, a interpretação segundo a qual a defesa técnica é meramente facultativa.

Assim, considerando o disposto, observa-se que a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 é caracterizada sob aspectos formais e materiais, haja vista que, não se pode negar o caráter de direito fundamental da exigência de defesa técnica no processo administrativo disciplinar.

6 CONCLUSÃO

A Administração Pública, regida pelos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, tem o poder-dever de apurar irregularidades no serviço público, bem como de aplicar as devidas penalidades aos infratores.

Primeiramente, não se deve confundir processo de procedimento, o primeiro existe como instrumento indispensável para o exercício da função administrativa. Procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos. O procedimento desenvolve-se dentro de um processo. Já processo é a materialização de todos os procedimentos, sendo esses, organizados de modo a refletir o lapso temporal e a dinâmica do impulso processual.

Assim sendo, o processo administrativo disciplinar afigura-se como instrumento hábil, regulado pelo Direito Administrativo e pelas normas constitucionais aplicáveis à espécie, capazes de apurar a ocorrência de tais irregularidades cometidas pelos servidores públicos no âmbito do Poder Público.

Conforme abordado, o processo administrativo disciplinar tem como princípios constitucionais basilares o contraditório e a ampla defesa, que deverão ser observados em todas as fases dos referidos procedimentos, sob pena de nulidade dos atos praticados. A materialização adequada destes procedimentos apuratórios tem por objetivo garantir a prevalência do princípio da moralidade no serviço público, punindo os servidores infratores de forma eficiente, garantindo-lhes, no entanto, o acompanhamento de todo o processo, assegurando-lhes, dessa forma, o exercício pleno da ampla da defesa e do contraditório.

O princípio do contraditório e da ampla defesa é a manifestação do Estado Democrático de Direito, e tem relação constante e direta com o princípio da isonomia, ou seja, da igualdade entre as partes no direito de ação. Quando se assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa, automaticamente, assegura-se também o direito de ação e de defesa, que são prerrogativas do cidadão contra quem quer que seja em uma democracia efetiva.

O entendimento sobre o contraditório é correspondido como um diálogo entre as partes perante a autoridade julgadora. Uma parte apresenta provas e, da mesma forma, é dado o direito à outra parte de apresentar contra argumentações.

Com o estudo do contraditório e da ampla defesa, observou-se que os mesmos não podem ser utilizados de forma desvinculada do devido processo legal.

Da leitura das doutrinas elencadas ficou explícito que qualquer cidadão tem direito a ampla defesa e do contraditório dentro de um devido processo legal. Que a comissão encarregada de apurar as faltas deve ser imparcial, assim como o órgão julgador. A falta do devido processo legal invalida o processo administrativo disciplinar.

Das Leis, Constituição Republicana de 1988, das Súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal faz-se as seguintes considerações acerca da ampla defesa: o artigo 5º inciso LV, da Constituição vigente diz que deve o indiciado utiliza-se do contraditório e da ampla defesa e dos meios a ela inerentes. A Constituição diz em seu artigo 133 que o advogado é essencial à administração da justiça. Já a Lei 8.906/94 diz que: “são atividades privativas de advocacia: a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais e as atividades de consultoria, assessoria e direção judiciária”. (BRASIL, 1994). A Súmula do Superior Tribunal de Justiça assevera que é obrigatória a presença de advogado para o exercício da ampla defesa e, por fim, o Supremo Tribunal Federal diz ser dispensável a defesa técnica feita por um advogado.

Segundo as mais diferentes interpretações da lei e das súmulas, pode-se chegar a seguinte conclusão: não existe a necessidade de defesa ou representação por advogado no processo administrativo, mas a lei também não faz menção a impedimento. Portanto, o acusado pode formular sua própria defesa, depois de devidamente citado, ou fazer-se acompanhar por advogado legalmente instituído para tal fim e, finalmente, ser acompanhado por defensor dativo técnico, ou seja, de qualquer forma se garantirá a ampla defesa, dentro da disponibilidade de cada um. Deste modo, pode-se notar que não há defesa sem que haja conhecimento técnico e, nesses termos, é imprescindível a presença de um advogado, ou seja, ele é o liame entre o cidadão comum e a jurisdição. Mesmo que, por questões técnicas e formais, o Supremo Tribunal Federal promulgue que a falta de acompanhamento técnico não constitui a nulidade do processo administrativo disciplinar, a de se convir que, pela hermenêutica constitucional, a falta de defesa técnica fere o princípio da ampla defesa, ferindo também o princípio do devido processo legal.

Diante de todo o exposto, vislumbra-se que o processo administrativo disciplinar se apresenta como instituto jurídico de suma importância para que a

Administração Pública possa garantir que os ilícitos praticados por seus agentes sejam apurados e punidos, garantindo assim, a prevalência dos princípios constitucionais que norteiam a conduta da Administração Pública, notadamente os princípios da moralidade, da legalidade e da eficiência, todos insculpidos no Caput do artigo 37 da Carta Magna Republicana de 1988.

Portanto, ainda que apresentados de forma sucinta, os temas aqui abordados sobre questões que envolvam a ampla defesa no processo administrativo disciplinar são de extrema importância para a condução do processo. O processo administrativo disciplinar é instrumento garantidor da manutenção da ordem e da respeitabilidade no desempenho da Administração Pública. Por um lado, garante uma administração proba e eficiente e, por outro, previne o abuso dos que detém o poder.

Por fim, temos um direito uno, que possui regramentos em constante evolução. A edição de súmulas busca um entendimento uniforme sobre diversos julgados, orientando solidamente o *decisum* dos tribunais. Por mais que se fira a lei, não se pode ferir princípios, uma vez que são a base do ordenamento jurídico. O direito administrativo não foge à regra, possui princípios que orientam a Administração Pública de modo que a torne transparente. O administrador público não pode estar abarcado na literalidade da lei, porém, deve-se observar todo o ordenamento jurídico na busca hialina da ordem e da plena justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Administrativo esquematizado**. 9. ed. São Paulo, Método, 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da súmula vinculante nº 5 do STF. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 10, n. 39, jan./mar 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>

_____. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

_____. Decreto-Lei Nº 200, De 25 De Fevereiro De 1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>

_____. Lei nº 12.008, de 29 de Julho de 2009. **Altera os arts. 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e acrescenta o art. 69-A à Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, a fim de estender a prioridade na tramitação de procedimentos judiciais e administrativos às pessoas que especifica**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12008.htm>

_____. Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

_____. Lei nº 8.429 de 2 de Junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>

_____. Lei nº 9.527 de 10 de Dezembro de 1997. **Altera dispositivos das Leis nºs 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.460, de 17 de setembro de 1992, e 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9527.htm>

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>

_____. Lei Nº 9.784 , De 29 De Janeiro De 1999.
Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 15.350. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF. **Diário da Justiça da União.** Brasília, 08 set. 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 10.828. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília, DF, 02 de outubro de 2006. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, .

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 12.927. Relator: Ministro Felix Fisher. Brasília, DF, 12 de fevereiro de 2008. **Diário da Justiça da União.** Brasília, .

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 13.083. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 13 de maio de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 04 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 14.039. Relator: Ministro Felix Fisher. Brasília, DF, 24 de junho de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 07 ago. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 7.078. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 09 de dezembro de 2003. **Diário da Justiça.** Brasília, .

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 7.464. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 12 de março de 2003. **Diário da Justiça.** Brasília, 31 mar. 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 7.983. Relator: Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2005. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 30 mar. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 343. **É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula343.pdf>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 373. **É ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-373,23669.html>>

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.791. Relator: Cezar Peluzo. Brasília, DF, 13 de novembro de 2003. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 19 dez. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.299. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 06 de março de 2002. **Diário da Justiça**. Brasília, 12 abr. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.369. Relator: Ministro Celso Mello. Brasília, DF, 13 de novembro de 2003. **Diário da Justiça**. Brasília, 04 jun. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.382. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2006. **Mérito Acórdão Eletrônico**. Brasília, 31 mar. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.917. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 01 de setembro de 2006. **Diário da Justiça da União**. Brasília, .

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 434.059. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 07 de maio de 2008. **Diário da Justiça**. Brasília, .

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 388.359. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 de março de 2007. **Mérito Acórdão Eletrônico**. Brasília, 22 jun. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 594.296, Repercussão Geral. Relator: Ministro Dias Tóffoli. Brasília, DF, 21 de setembro de 2011. **Mérito Acórdão Eletrônico**. Brasília, 13 fev. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 346. **A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1576>>

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. **A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 21. **É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 5. **A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.** Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 27. ed. São Paulo, Atlas, 2014.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: À luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública.** 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo.** 2. ed. Salvador, JusPODIVM, 2015.

CRETELLA JR., José. **Prática do processo administrativo.** 12.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 28. ed. São Paulo, Atlas, 2015.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo.** 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

GOMES, R. G. (2013). Processo administrativo disciplinar e sindicância administrativa. **Revista Âmbito Jurídico**, 26.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo.** 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho; com a colaboração de Carla Rosado Burle.** 42. ed. São Paulo, Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de direito administrativo** 27. ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

MENEGALE, G. **Contribuição à teoria do processo administrativo.** Rio de Janeiro: Borsoi. 1957.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Processo penal**. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.