



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

JOSÉ DA LUZ SOUZA FILHO

**APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA
DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR-PAD.**

Brasília
2010

JOSÉ DA LUZ SOUZA FILHO

**APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA
DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR-PAD.**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito
para obtenção do certificado de
conclusão do curso de pós-
graduação *lato sensu* em Direito
Administrativo Contemporâneo.

Orientador: Professor Dr. Gilson Ciarallo

Brasília
2010

JOSÉ DA LUZ SOUZA FILHO

**APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA
DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR-PAD.**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito
para a obtenção do certificado de
conclusão do curso de pós-
graduação *lato sensu em Direito
Administrativo Contemporâneo*.

Orientador: Prof. Dr. Gilson Ciarallo

Brasília, 29 de outubro de 2010.

Banca examinadora

Prof. Me. João Ferreira Braga

Prof. Me. Thiago Cássio D'Ávila Araújo

**A Deus criador de tudo e de todos,
que suas bênçãos não cessem de cair sobre nós e
que Sua sabedoria também seja nossa.**

***Aos meus pais,
José da Luz Souza † e
Ana Maria Belchior Souza.
Pelo amor, carinho e firmeza de caráter com
que conduziram seus onze filhos, um dos quais
tive a sorte de ser.***

**À minha Valéria,
esposa amorosa e companheira.
Obrigado por não desistir de mim.**

**À minha filha, Luana,
e ao meu filho, Douglas.
Que encontrem prazer e
alegria na busca do conhecimento.**

AGRADECIMENTOS

Aos meus amigos,

compadre José Ronaldo de Moraes, pela ajuda espontânea na coleta de material de pesquisa.

Pedro Moreira de Melo, ilustre procurador federal, pelas excelentes dicas para o desenvolvimento do tema.

Aos colegas da Coordenadoria da Quinta Turma do STJ, pelo incentivo. Especialmente aos da Seção de Comunicação (Abner, Rosa, Rafaela, José de Assis, Wagna, Alessandro, Márcia e nosso chefe Rodrigo), onde sou lotado, que foram além da manifestação de incentivo, aliviando, sobremaneira, minha carga de trabalho, reconhecendo o meu cansaço durante a produção da presente monografia, visivelmente estampado no meu semblante.

Ao Tribunal, pela oportunidade de crescimento profissional e pessoal, ofertada nesse curso de especialização.

A todos os meus familiares (irmãos e irmãs, tios e tias, sobrinhos e sobrinhas, cunhados e cunhadas), que sempre torceram pelo meu sucesso.

Ao mestre, doutor e professor Gilson Ciarallo, pela paciência, zelo e profissionalismo com que conduziu os trabalhos de orientação desta monografia.

O Direito Administrativo Disciplinar, genericamente, tem como pressuposto a competência constitucional da Administração Pública para impor modelos de conduta e as respectivas sanções não só aos seus servidores, mas também às pessoas físicas ou jurídicas que, de alguma forma, incidam em condutas administrativamente reprováveis.

Romeu Felipe Bacellar Filho

RESUMO

A Administração Pública, ao tomar conhecimento de irregularidade no serviço público, é obrigada a tomar providência imediata para apurar e para, em sendo o caso, punir o responsável. Essa é a regra. A Constituição brasileira de 1988 estendeu as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa aos litigantes em processo administrativo. Neste trabalho se busca demonstrar a importância dessas garantias no processo administrativo disciplinar, bem como as consequências de sua não observância para o processo em questão. Para alcançar tal desiderato, foi feita vasta pesquisa na doutrina especializada, da qual se extraiu a maior parte dos conceitos e fundamentos que deram corpo ao presente estudo. Houve apoio, também, na jurisprudência pertinente, notadamente na do Superior Tribunal de Justiça, bem como em artigos especializados no assunto. Ao final se apresenta um estudo de caso de um julgado do STJ no qual restou comprovada a relevância da aplicação dos princípios constitucionais acima mencionados no PAD, pois sua não observância acaba, no mais das vezes, maculando os processos disciplinares, levando-os a nulidades, com evidentes prejuízos aos cofres públicos, provocando desgastes e sofrimentos desnecessários aos servidores neles envolvidos.

Palavras-chave: Administração Pública. Servidores. Devido processo.

RESUMEN

La Administración Pública cuando se dio cuenta de las irregularidades en el servicio público, debe tomar medidas inmediatas para investigar y, de ser el caso, sancionar a los responsables. Esa es la regla. La Constitución brasileña de 1988 extendió las garantías del debido proceso, la defensa contradictoria y llena a los litigantes en los procedimientos administrativos. Este trabajo es demostrar la importancia de estas garantías en los procedimientos administrativos disciplinarios, así como las consecuencias del incumplimiento con el proceso en cuestión. Para lograr este objetivo, una extensa investigación se realizó en la doctrina especializada, del que obtenía la mayor parte de los conceptos y fundamentos que dieron sustancia a este estudio. Se apoyó también la jurisprudencia pertinente, en particular en el Tribunal Superior de Justicia, así como artículos especializados sobre el tema. Por último, los autores presentan un estudio de caso de un juicio en el que el TSJ se mantiene demostrado la pertinencia de la aplicación de los principios constitucionales mencionados en la EAP, porque no es sólo el cumplimiento, en la mayoría de los casos, las manchas procedimientos disciplinarios, lo que las nulidades con evidente perjuicio para las arcas públicas, causando daños y sufrimientos innecesarios a los servidores que participan en ellos.

Palabras clave: Administración Pública. Servidores. Debido proceso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INCIDENTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	12
1.1 Princípios Constitucionais Expressos da Administração Incidentes no Processo Administrativo Disciplinar.....	12
1.1.1 <i>Legalidade</i>	12
1.1.2 <i>Impessoalidade</i>	15
1.1.3 <i>Moralidade</i>	16
1.1.4 <i>Publicidade</i>	17
1.1.5 <i>Eficiência</i>	18
1.2 Princípios Constitucionais Processuais Incidentes no Processo Administrativo.....	20
1.2.1 <i>Devido Processo Legal</i>	20
1.2.1.1 Breve Histórico.....	20
1.2.1.2 Sentido Formal.....	22
1.2.1.3 Sentido Material.....	22
1.2.2 <i>Do Contraditório</i>	23
1.2.3 <i>Da Ampla Defesa</i>	25
1.2.4 <i>Da Presunção de Inocência</i>	26
1.2.5 <i>Do Juiz Natural</i>	27
2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SINDICÂNCIA, PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E SUAS FASES.....	30
2.1 Sindicância.....	30
2.1.1 <i>Comissão Sindicante</i>	33
2.2 Processo Administrativo Disciplinar.....	35
2.2.1 <i>Fases do Processo Disciplinar</i>	36
2.2.1.1 <i>Instauração</i>	36
2.2.1.1.1 <i>Comissão Processante</i>	38
2.2.1.1.2 <i>Comissão Permanente</i>	39
2.2.1.1.2.1 <i>Atribuições dos Membros da Comissão Processante</i>	40
2.2.1.2 <i>Inquérito Administrativo</i>	42
2.2.1.2.1 <i>Instrução</i>	42
2.2.1.2.2 <i>Defesa</i>	45
2.2.1.2.3 <i>Relatório</i>	48
2.2.1.3 <i>Julgamento</i>	49

3 ESTUDO DE CASO DE JULGADO DO STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 17543-RJ (2003/0222259-9)	52
3.1 Introdução	53
3.2 Da Definição de Faltas Graves	53
3.3 Da Identificação De Ofensa Aos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, Do contraditório e Da Ampla Defesa.	54
<i>3.4.1 Do Devido Processo Legal</i>	<i>55</i>
<i>3.4.2 Do Contraditório</i>	<i>56</i>
<i>3.4.3 Da Ampla Defesa</i>	<i>60</i>
3.5 Considerações Finais do Estudo de Caso	62
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, desde a vigência da nova Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, vem, cada vez mais, no desempenho de suas atividades, pautando-se nos princípios trazidos em seu bojo, notadamente os estampados em seu art. 37, *caput*.

Neste trabalho, pretende-se verificar qual a importância de a Administração Pública observar os princípios constitucionais administrativos no exercício de sua competência disciplinar, notadamente os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Assim, são objetivos do presente trabalho:

- a) aprofundar o conhecimento sobre os princípios constitucionais atinentes à Administração Pública;
- b) identificar quais princípios constitucionais devem incidir no processo administrativo disciplinar;
- c) demonstrar, de forma objetiva, a importância da aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal ao processo administrativo disciplinar.

Para desenvolver o presente trabalho, buscou-se amparo nos livros jurídicos de doutrinadores que se dedicaram à matéria administrativa, em especial daqueles que exploraram o Direito Disciplinar. De igual modo, buscou-se fundamento nas obras dos que militam como professores da matéria do Direito Administrativo sancionador, como o professor José Armando Costa, que entende ser obrigatória a aplicação dos princípios constitucionais a todos os ramos do Direito, não sendo diferente para a matéria disciplinar, bem como em artigos especializados. Consultou-se, também, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). E, por último, foi feito um estudo de caso de um julgado do STJ no qual restaram evidenciadas as consequências negativas da não aplicação ao PAD dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Assim, com o presente estudo, pretende-se deixar clara a importância da aplicação dos princípios constitucionais citados no âmbito do processo administrativo sancionador, bem como as consequências negativas da sua não aplicação durante toda a tramitação do PAD.

Para tanto, foi estruturado o presente trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo, são abordados, de modo geral, os princípios constitucionais que incidem no processo administrativo disciplinar. Dessa forma, o estudo foi dividido em dois grupos: a) princípios constitucionais expressos da administração incidentes no processo administrativo disciplinar; b) princípios constitucionais processuais incidentes no processo administrativo.

No segundo, fazem-se breves considerações sobre o instituto da sindicância, do processo administrativo disciplinar e suas fases.

Por derradeiro, é realizado um estudo de caso baseado em julgado do STJ (Recurso Ordinário em MS nº 17543-RJ – 2003/0222259-9) no qual foi dado destaque, de modo especial, à relevância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no direito administrativo sancionador.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INCIDENTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

É no âmbito da Administração Pública que o Direito Administrativo disciplinar encontra seu raio de incidência. A Administração Pública se norteia pelos princípios constitucionais a ela inerentes. A Constituição de 1988 trouxe expressamente os princípios aos quais a Administração, entre outros, deve obediência. Entendendo, pois, que o Direito Sancionador deve, também seguir na mesma esteira da Administração Pública, este primeiro capítulo foi dividido em duas frentes de estudo. Na primeira, cuida-se dos princípios constitucionais expressos da Administração incidentes no processo administrativo disciplinar. E, na segunda parte, examinam-se os princípios constitucionais processuais incidentes no processo administrativo disciplinar.

1.1 Princípios Constitucionais Expressos da Administração Incidentes no Processo Administrativo Disciplinar

No campo dos princípios constitucionais a que a Administração deve obediência, há aqueles que a Constituição, expressamente, estabeleceu. É desses princípios que se trata a seguir.

1.1.1 Legalidade

A legalidade é princípio constitucional explícito e, assim sendo, está estampada no *caput* do art. 37 da Constituição brasileira de 1988. É princípio basilar do chamado Estado de direito, no qual o Estado brasileiro se inclui. A ele a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve obediência, conforme prescreve o comando inserto no citado art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil. O princípio da legalidade traduz-se, para o administrador

público, em verdadeiros trilhos nos quais tanto ele (administrador) quanto a máquina pública administrativa devem andar.

Assim, todos os atos emanados da Administração devem estar pautados na lei para que tenham validade; pois, enquanto aos particulares é dado fazer tudo que não for proibido, à Administração Pública, só lhe é permitido fazer aquilo que a lei lhe autoriza (MELLO, 2005).

No presente estudo monográfico, verifica-se que o princípio da legalidade encontra relação estreita na via do processo administrativo disciplinar, por representar garantia para as partes envolvidas, tanto para o Estado quanto para o administrado agente público, na hipótese de ser acusado, de que nenhum ato praticado no curso do processo poderá escapar aos ditames da lei.

Nem todo ato administrativo, para existir, necessita estar totalmente preso aos grilhões impostos pela lei, como ocorre nos atos vinculados. Há aqueles em que, embora também se renda ao império da lei, o administrador público, quando de sua criação, guarda certa margem de liberdade de atuação, são os chamados atos discricionários. Exemplo desse tipo de ato é o que se vê quando a Administração remove, de ofício e a seu critério, servidor público para atender a conveniência de serviço (DI PIETRO, 2010).

Acrescente-se que o administrador público, no desempenho de suas atividades, com o fim precípua de alcançar o objetivo último da Administração, que é a realização do interesse público, não pode, sob esse pretexto, agir em desacordo com a lei, justificando sua conduta no uso indiscriminado do poder discricionário, que supostamente a Administração Pública lhe confere. É o que se extrai da lição de Di Pietro (2010, p. 212) quando afirma:

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, poder da Administração é **discricionário**, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entre tanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a

competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei, se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à Lei.

Cumpre, ainda, registrar que atualmente a compreensão acerca da atuação da Administração sob o comando do princípio da legalidade já não se prende mais tão somente aos aspectos estritamente formais da lei.

Lecionando nesse sentido, Rafael Carvalho Resende Oliveira, amparado nas lições de Gustavo Zagrebelsky, ensina que, atualmente, encontra-se em fase de superação a concepção liberal acerca da legalidade consistente na máxima, há muito consagrada pelo Direito Público, segundo a qual a Administração Pública pode fazer somente aquilo que a lei permite, enquanto ao particular é dado fazer tudo que a lei não proíbe (OLIVEIRA, 2009).

Essa nova maneira de encarar o princípio da legalidade sob o prisma da normatividade constitucional parece não ter mais volta. Não há mais espaço para atuação administrativa focada apenas na legalidade estrita.

Acerca dessa mudança de paradigma que envolve o desmoronamento do reinado do princípio da legalidade como vetor suficiente para a atuação da Administração Pública, pode ser extraída a seguinte lição de Rafael Carvalho Oliveira (2009, p.72):

Com efeito, a idéia liberal-positivista de que a lei deve ser exhaustiva e a atuação do Executivo meramente “executiva ou regulamentar” (vinculação positiva do administrador à lei), e não criativa, não se coaduna com a realidade atual (se é que algum dia se adequou a qualquer realidade). Não se pode exigir que a lei predetermine de forma completa toda a atuação da Administração, sendo absolutamente indispensável a existência de uma margem decisória importante de ponderação das normas constitucionais por parte do administrador. (aspas e parênteses do original)

E noutra parte, o insigne mestre continua:

A unidade do sistema jurídico, abalada pela instabilidade gerada pela crise da legalidade liberal, deriva da Constituição, mormente dos princípios e valores nela consagrados. Por essa razão, é lícito afirmar que o princípio da legalidade encontra-se atualmente contido em um

princípio mais amplo, que traduz com maior fidelidade a ideia de constitucionalização do ordenamento jurídico: o denominado “princípio da constitucionalidade ou da juridicidade” (OLIVEIRA, 2009, p. 73). (aspas do original)

1.1.2 Impessoalidade

Princípio constitucional explícito no *caput* do art. 37 da CRFB/88, a impessoalidade impõe à Administração Pública um agir de maneira isonômica da qual ela (Administração) nunca deve se afastar. Isso significa que não pode, por parte da Administração, haver qualquer tipo de favorecimento que se traduza em prejuízo a terceiros. É que o administrador da coisa pública dela não pode dispor como se sua fosse, contemplando a quem quer que ele deseje ao seu bel prazer. Não, isso não; seus atos sempre devem estar pautados no interesse da coletividade, que, em última análise, deve ser o interesse público.

Odete Medauar (2007, p. 125) assim esclarece:

Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a idéia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais. Em situações que dizem respeito a interesses coletivos ou difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se editem decisões movidas por preconceitos ou radicalismos de qualquer tipo.

Diante de tal lição, não é difícil estabelecer um liame entre o princípio da impessoalidade e o processo administrativo disciplinar. É que, sendo tal processo a ferramenta básica utilizada pela Administração para apurar, como se verá no decorrer do presente trabalho, a existência de suposta prática de ilícito administrativo de agente público, a presença constante de tal princípio no desenrolar desse procedimento faz-se inegavelmente necessária para que se chegue com justeza ao seu final.

1.1.3 Moralidade

O princípio da moralidade é, também, princípio constitucional explícito, encontra-se capitulado no caput do art. 37 da Constituição brasileira e, tal qual os anteriores, impõe à Administração Pública dever de obediência a seu comando. Aponta-se na doutrina certa dificuldade de explicar o princípio da moralidade, “talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública” (MEDAUAR, 2007).

Diz-se, também, que a moral administrativa não é a mesma da moralidade comum, mas nem por isso elas se opõem; em verdade, complementam-se. A moralidade administrativa é traduzida como boa administração, conjunto de regras, em certo ordenamento jurídico, a ser observado pela administração como modelo de atuação ansiado pela sociedade (HARGER, 2008).

A Administração Pública e seus agentes devem se conduzir segundo os princípios éticos, relacionando-se com os administrados com sinceridade, sem segundas intenções, sem embaraços que dificultem ou reduzam o exercício de seus direitos, procedendo segundo os cânones da lealdade e boa-fé (MELLO, 2005).

Alçada a princípio administrativo constitucional expresso, a moralidade deve ser observada pela Administração Pública e seus agentes sob pena de, assim não o fazendo, serem reprimidos por meio de instrumentos sancionadores que a própria Constituição de 1988 trás em seu bojo, por exemplo, a ação popular prevista no art. 5º, inc. LXXIII, entre outros (MEDAUAR, 2007).

Assim, o princípio da moralidade impõe à Administração e a seus agentes o modo como devem atuar e proceder perante os administrados, com retidão, ética, boa-fé e lealdade, evitando causar qualquer tipo de lesão a seus direitos, bem como aos seus próprios.

1.1.4 Publicidade

Expresso também no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, o princípio da publicidade vem impor à Administração Pública a obrigação de que todos seus atos, quando a própria Constituição não disponha diferente, sejam públicos, ou seja, a regra é a do acesso dos administrados a todas as ações da Administração.

Reforçando o comando do *caput* do art. 37 mencionado, no que se refere ao princípio da publicidade, a Constituição de 1988 apresenta, como garantia fundamental, o direito de todos de obter dos órgãos públicos informações de seu próprio interesse, assim como de interesse coletivo ou geral, no prazo estabelecido em lei, sob pena de responsabilidade, exceto o acesso àquelas informações que ponham em risco a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inc. XXXIII, da CRFB/88). Essa garantia, segundo Odete Medauar, é um dos desdobramentos do princípio da publicidade, confira-se:

Outro desdobramento do *princípio da publicidade* situa-se no *direito de obter* certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, inc. XXXIV, alínea b). O direito de obter certidões é dificultado, com frequência, pela Administração brasileira, ou por exigências descabidas nas alegações do direito a ser defendido e da situação que se quer esclarecer ou por grande demora na sua expedição. Melhor parece, tendo em vista o princípio da publicidade, conferir sentido amplo e flexível aos termos da citada alínea *b*, privilegiando o direito, não as condições, e adotar providências práticas para rápida expedição. (MEDAUAR, 2007, p. 127).

O princípio constitucional da publicidade está afeto a todos os atos da Administração por ser da essência da atuação do poder público. Só não incide nas situações acima mencionadas. É assim porque toda atividade pública está voltada para o exterior. Não há, portanto, espaço para atuação administrativa calcada em foro íntimo. A atuação da Administração deve ser transparente, pois o princípio da publicidade decorre da própria concepção de Estado democrático, decorre da essência desse princípio que os atos da Administração só passem a produzir efeitos depois de publicados. A falta de

publicação pode, inclusive, tornar o ato administrativo, em regra, inválido (HARGER, 2008).

No âmbito do processo administrativo disciplinar, o princípio da publicidade desdobra-se em duas finalidades: a primeira torna obrigatórios os atos publicados e a segunda permite que a sociedade controle o exercício da competência disciplinar. Veja-se:

Sem a devida publicidade todo o aparato constitucional de garantias processuais resta despido de eficácia jurídica. A segunda finalidade é a de esclarecimento ao público sobre os atos da Administração, permitindo-se o controle do exercício da competência disciplinar pela sociedade. Afinal, é interesse de todos que os servidores atuem com eficiência e consoante os parâmetros de condutas exigíveis constitucional e legalmente (BACELLAR FILHO, 1998, p. 189).

Assim, acerca do princípio da publicidade, pode-se afirmar que ele é norteador da atuação da Administração Pública e funciona como condição de eficácia dos atos administrativos, pois estes só passam a gerar efeitos depois de publicados. Ele, também, é garantia de controle da sociedade sobre os atos praticados pela Administração Pública.

1.1.5 Eficiência

O princípio da eficiência foi introduzido no *caput* do art. 37 da CF/88, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de abril de 1998, integrando, assim, o rol dos princípios constitucionais expressos a que a Administração Pública deve obediência.

Trata-se de princípio que veio ao encontro do anseio da sociedade, que quer ver, no serviço público, a busca de melhores resultados com o objetivo de pôr à disposição dos administrados serviços de boa qualidade, com funcionamento eficiente da máquina pública.

Para Hely Lopes Meirelles (2010, p. 98), a eficiência:

[...] exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da

função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Vê-se da lição do ilustre doutrinador que a imposição de eficiência à Administração Pública é fruto de um Estado que busca funcionar não apenas preocupado em obedecer à lei, mas que vai além, visando efetivamente a suprir as necessidades demandadas da coletividade e do indivíduo, assim considerado.

Di Pietro (2010, p. 83), por sua vez, entende que o princípio da eficiência engloba dois aspectos: um relacionado ao modo de atuar do agente público, que deve desempenhar suas atribuições da melhor forma possível, a fim de alcançar os melhores resultados, e o outro, ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração, objetivando os melhores resultados na prestação do serviço público.

Bacellar Filho (1998, p. 197), com base em Cassagne, apresenta o princípio constitucional da eficiência no processo administrativo disciplinar, o qual apresenta dois comandos genéricos: um evidencia a eficiência como base “de um sistema racional de distribuição de competência na Administração pública,” e o outro aponta a eficiência como “um dos critérios orientadores da sumarização do procedimento administrativo (e não do processo) com vistas à simplicidade e celeridade, de um lado, e a proteção das situações de emergência, de outro”.

O insigne professor segue sua lição dizendo que, nas situações acima descritas, a eficiência dá a ideia de proporcionalidade a que Administração está sujeita no exercício de sua competência disciplinar, adequando os meios aos fins, abstendo-se de excessos (1998).

Por derradeiro, o ilustre doutrinador ainda ensina que a Administração Pública, a despeito de buscar a eficiência, não pode descuidar dos demais princípios constitucionais (1998).

1.2 Princípios Constitucionais Processuais Incidentes no Processo Administrativo

Havendo, pois, divergência na doutrina quanto a estabelecer quais os princípios constitucionais processuais, adotaram-se, no presente trabalho, os princípios constitucionais elencados na obra de Bacellar Filho, a saber: a) devido processo legal; b) contraditório; c) ampla defesa; e d) juiz natural.

1.2.1 Devido Processo Legal

A Constituição de 1988 traz, como uma das garantias fundamentais, a determinação de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e, também, de 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”. Tais comandos constitucionais encerram a ideia de que, somente por meio de processo formal regular, poderão ser atingidas a liberdade e a propriedade de alguém, assim como a obrigação da Administração de oportunizar àqueles que com ela vierem a se confrontar o direito de contradizer as acusações que lhes sejam impostas, bem como o direito de se defender amplamente, usando todos os meios que lhes forem permitidos, inclusive o de recorrer das decisões tomadas (MELLO, 2005, p. 103).

1.2.1.1 Breve Histórico

O princípio do devido processo legal teve origem na Inglaterra, no tempo do rei João Sem-Terra, era conhecido como *law of the land*, que, em tradução livre, significa “direito da terra” ou “lei local”. Naquela época, a lei era o que soberano desejasse, não havia limites para o monarca. Inconformados com tal situação, os nobres de então (os barões), com o fim de moderar tão

grande poder investido na pessoa do rei e, também, buscando garantias contra possíveis abusos de seu soberano, levaram tal monarca a um acordo histórico, do qual nasceu a Magna Carta.

Nesse documento, em seu art. 39, ficou garantido que nenhum homem livre teria a sua liberdade ou propriedade atingidas, senão na conformidade da *Law of the land*. Mais tarde, sob a égide de Eduardo III (1354), essa cláusula passou, no *Statute of Westminster of the Liberties of London*, a ser chamada *due process of Law*. Já nas colônias americanas, antes e depois da independência, continuou a ser empregada a expressão original *law of the land*, até que, em 1821, foi incorporada na constituição de Nova York com a expressão *due process of Law*. Registre-se, porém, que, em 1789, essa expressão já havia entrado na Constituição norte-americana, por meio da Emenda V, ratificada pelos Estados em 15.12.1791 (MELLO, 2005, p. 104-105).

A *law of the land*, ou lei local, como era chamada, nessa época ainda não havia, em seu conteúdo, abarcado o sentido material. Assim, inicialmente, o princípio do devido processo legal era considerado pelos processualistas apenas sob o aspecto formal, ou seja, cumpridas as formalidades do procedimento, cumprido estava o devido processo legal (FIGUEIREDO, 2006, p. 443).

Hoje, porém, tal não se concebe: o princípio do devido processo legal já não se resume apenas ao aspecto formal do processo. Os processualistas modernos entendem que nele também está presente o sentido material. Dessa forma, o *due process of law* significa estar em conformidade com os ditames da Constituição e seus valores fundamentais (FIGUEIREDO, 2006).

No mesmo sentido, baseado nas obras de Angélica Arruda Alvim e de Nelson Nery Júnior, Bacellar Filho (1998, p. 199-200) dá conta do seguinte:

A teoria do devido processo legal, tal qual construída na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, compreende duas perspectivas: *substantive due process* e *procedural due process*. A primeira é projeção do princípio no campo do direito material, enquanto a segunda funciona como garantia na esfera

processual. O espectro de proteção é o trinômio vida-liberdade-propriedade.

A seguir, serão estudadas tais perspectivas apresentadas na teoria do devido processo legal.

1.2.1.2 Sentido Formal

O devido processo legal, em sentido formal, tem como aspecto processual importante, destacado pela doutrina americana, a segurança de que os interesses de um indivíduo não serão atingidos, senão por meio de um procedimento em que o juiz não lhe seja previamente desfavorável.

Eduardo J. Culture *apud* Bacellar Filho (1998, p 201), ainda acerca do sentido processual, aponta alguns elementos mínimos processuais, “na visão da Suprema Corte Americana”:

a) garantia de cientificação do demandado da promoção dos procedimentos agressivos a seus direitos; b) garantia de razoável oportunidade de comparecer e expor suas razões, inclusive apresentar provas; c) garantia de constituição do Tribunal julgador de molde a apresentar razoável possibilidade de se fazer escutar, constituindo-se em uma “*notice*” e uma “*hearung*” (grifo do autor).

Essa faceta do princípio do devido processo legal, até então estudada, mostra que não é possível haver um processo justo, seja ele de qual ramo for: civil, penal, administrativo, sem a observância de um procedimento que permita às partes envolvidas insurgir-se contra os ataques que lhes sejam feitos, bem como defender-se amplamente, com todos os meios e recursos próprios da defesa.

1.2.1.3 Sentido Material

No sentido material, o devido processo legal apresenta-se, na doutrina americana, como uma técnica que a Corte americana utilizou para fazer o controle judicial das leis frente à constituição. Fala-se, ainda, na

doutrina do devido processo substantivo, que assim fora denominada em virtude de sua investigação ter como foco a lei, e não o procedimento legal. A lei, para que seu cumprimento fosse exigido, não podia operar “privação arbitrária da vida, propriedade, liberdade”, pois, em assim ocorrendo, a Suprema Corte poderia declará-la inconstitucional por ofensa “ao princípio do *substantive due process*” (WOLFE apud BACELLAR, 1998, p. 200).

Em nosso ordenamento jurídico, o sentido material albergado no princípio do devido processo legal, como visto acima, só poderá ser observado na lei, a qual deverá estar em perfeita conformidade com a Constituição Federal brasileira e seus valores eleitos como fundamentais. Assim, a lei atenderá o princípio do devido processo legal em sentido material, respeitando, entre outros direitos, o direito adquirido, a propriedade, a vida etc.

1.2.2 Do Contraditório

O princípio do contraditório está previsto na Constituição de 1988 no mesmo dispositivo em que figura o princípio da ampla defesa, qual seja, o inciso LV do art. 5º, no qual se lê 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” (grifo nosso).

Vê-se, pois, pelo que prescreve o indigitado dispositivo constitucional, que essa garantia do contraditório, como lá está, abrange todos os ramos do direito processual, ou seja, o penal, o civil e, mais recentemente, o administrativo.

O contraditório há muito veio associado à ideia de processo jurisdicional. No entanto, ao se projetar na esfera administrativa, esse princípio possibilitou uma mudança de acepções em relação à superioridade do Estado frente ao administrado, que era visto num plano de sensível inferioridade. Significa dizer que a garantia do contraditório, aliada à da ampla defesa, coloca o Estado e o administrado numa situação de igualdade processual, não mais

numa posição verticalizada, mas num verdadeiro plano horizontal (MEDAUAR, 2008).

No mesmo sentido, assim Egon preleciona:

O contraditório também apresenta estreita ligação com o princípio da igualdade processual. Uma de suas finalidades é atenuar eventual disparidade entre as partes do processo, pois exige as mesmas oportunidades a todos os interessados e que as manifestações processuais recebam idêntico respeito e produzam efeitos isonômicos (MOREIRA, 2007, p. 297).

Demian Guedes, reconhecendo a relevância e aplicabilidade do princípio do contraditório nos processos administrativos, alerta que “não se pode perder de vista a íntima relação desse princípio com o princípio da isonomia processual, ou do chamado ‘princípio da paridade de armas’”. Segundo ele, a relevância do princípio da paridade de armas, em que pese ao fato de ter sido focado sob a ótica do contraditório, é própria do Direito contemporâneo:

Por exemplo, no Direito norte-americano, William B. Rubenstein assinala que a igualdade processual sempre será relevante em qualquer sistema de solução de conflitos, uma vez que a definição do processo devido e sua proteção pelo Estado não serão suficientes para atender à justiça da decisão: esses pressupostos só funcionarão como garantias de um processo justo *se forem distribuídos igualmente no processo* (GUEDES, 2007, p. 86 – grifo do original).

Assim, o contraditório é mais que uma garantia puramente centrada no direito de apresentar razões de defesa, conforme as lições acima postas. Emerge de sua essência garantia mais ampla, vertida na igualdade de condições entre os partícipes do processo administrativo: Estado e administrado têm as mesmas chances de buscar um resultado processual justo.

O princípio do contraditório pressupõe bilateralidade do processo. Essa bilateralidade leva a Administração, no exercício de sua competência disciplinar, a se submeter ao debate com o servidor.

No processo administrativo disciplinar em que, de um lado, figura o servidor público e, do outro, o Estado, o princípio do contraditório impõe à Administração a obrigação de se posicionar num debate com o servidor no mesmo plano. Isso quer dizer que a Administração não pode aplicar pena alguma ao servidor antes de chamá-lo ao debate, para que se chegue a uma decisão de que ambas as partes, Estado e servidor, tenham participado para o resultado final, com iguais chances de oportunidade de tê-la influenciado (BACELAR, 1998).

1.2.3 Da Ampla Defesa

O art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988 prevê 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*” (grifo nosso).

Da simples leitura do dispositivo constitucional acima citado, é possível inferir que a todo aquele que se encontre em situação de litígio em processo judicial ou administrativo, ou sofra acusação ser-lhe-á ofertada como garantia a oportunidade de defender-se da forma mais ampla possível, utilizando, para tal, todos os meios e recursos próprios da defesa.

Acerca da abrangência da garantia constitucional da ampla defesa, Egon Bockmann Moreira conclui o seguinte:

Portanto, o princípio constitucional é ilimitado, sempre que o processo albergar conflito de interesses (efetivo ou potencial) ou imputação de ilicitudes. Pouco importa tratar-se de processo penal, trabalhista, cível ou administrativo; a regra é a aplicação máxima da ampla defesa (MOREIRA, 2007, p. 316).

A Constituição, no aludido art. 5º, LV, acabou por trazer importante novidade para o mundo jurídico, qual seja, a previsão dos princípios da ampla defesa e do contraditório como garantia aos litigantes em processo administrativo. Note-se, também, que tal princípio vem acompanhado de outro

importante princípio constitucional (o contraditório) de que se tratará adiante. Todavia, pode-se observar que os dois princípios guardam íntima relação, pois dificilmente se obterá um contraditório pleno, sem que haja uma efetiva ampla defesa.

Nos incisos II e III, § 1º, do art. 41 e no art. 247, a Constituição de 1988 garante ao servidor estável que venha sofrer perda de cargo ampla defesa nos processos administrativos.

Vê-se, pois, expressamente consagrado o direito à ampla defesa como garantia constitucional nos processos administrativos em que servidor estável venha sofrer perda do cargo.

Na seara disciplinar, não poderia ser diferente, o princípio constitucional da ampla defesa é perfeitamente aplicável, visto que qualquer sanção disciplinar aplicada a servidor, mesmo a mais branda, deverá ser precedida de processo de apuração em que lhe seja dada a oportunidade de exercer o seu mais lúdimo direito de defesa, da maneira mais ampla possível (COSTA, 2005, p. 60).

A incidência do princípio constitucional em comento no processo administrativo disciplinar não está limitada a determinada categoria de servidor, nem tampouco à categoria da sanção disciplinar aplicável (BACELLAR FILHO, 1998, p. 263).

Pelo exposto acerca do princípio da ampla defesa, entende-se que o alargamento do seu raio de incidência, para alcançar os litigantes em processo administrativo, sobretudo nos processos disciplinares, tem, também, como ideário o fortalecimento da proteção dos administrados contra possíveis injustiças e abusos praticados pelo Estado-Administração em face deles.

1.2.4 Da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência previsto na Constituição brasileira, no art. 5º, inciso LVII, no qual se lê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, encontra-se

afirmado como garantia constitucional dos acusados no processo penal. Todavia, isso não afasta sua incidência no processo administrativo disciplinar, pois, como visto em linhas anteriores, tal princípio guarda íntima relação com o da ampla defesa (BACELLAR FILHO, 1998).

Nesse sentido, a Administração Pública, ao deflagrar o processo apuratório, não pode, desde então, caminhar no sentido de apenas ter, no processo disciplinar, uma mera formalização da culpa do servidor. Isso seria um absurdo. Agindo assim, a Administração Pública estaria atentando não só contra o princípio da inocência, mas contra o próprio Estado democrático de direito. Isso porque o Estado-Administração não pode, até que se ultime o devido processo com todas as garantias a ele inerentes, notadamente a incidência marcante da oferta de defesa ampla, aplicar sanção ao servidor que jaz presumivelmente na condição de inocente (BACELLAR, 1998).

1.2.5 Do Juiz Natural

Previsto no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, nos quais se lê, respectivamente, “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, o princípio do juiz natural é consagrado na legislação alienígena (BACELLAR, 1998, p. 287).

O princípio do juiz natural tem maior expressão na seara penal. Busca-se com ele evitar a ocorrência de julgamento por juízo ou tribunal de exceção. Elide da apreciação da causa juízes escolhidos após a ocorrência do fato, pois, se assim não fosse, as regras antes determinadas para certos casos poderiam ser alteradas ao bel prazer e interesse do julgador escolhido.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 85) afirma:

A preocupação maior desse princípio é assegurar a imparcialidade do juiz, visto que, num Estado Democrático de Direito, é inconcebível que os julgamentos materializem-se de forma parcial, corrupta e dissociada do equilíbrio que as partes esperam da magistratura.

Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 58), as tendências modernas acerca do princípio do juiz natural afirmam que nele está englobada a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente. Com esse entendimento seguem eminentes autores ensinando que, nesse sentido, a garantia do princípio do juiz natural:

[...] desdobra-se em *três conceitos*: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. A Constituição brasileira de 1988 reintroduziu a garantia do *juiz competente* no art. 5º, inc. LIII.

Assim, o princípio do juiz natural traduz-se em garantia constitucional de que ninguém será julgado senão por órgão jurisdicional previamente instituído pela constituição, respeitada a ordem taxativa de competência.

Na seara do Direito Administrativo disciplinar, encontra-se, nas lições de Bacellar Filho (1998, p. 298), apoio para firmar o entendimento de que, também no processo administrativo disciplinar, o princípio do juiz natural encontra seu raio de incidência. Senão, veja-se:

A normatividade do princípio do juiz natural informa o processo administrativo (inclusive o disciplinar). Quanto ao programa normativo, os enunciados linguísticos dos incs. XXXVII e LIII do art. 5º não são incompatíveis como o processo administrativo disciplinar. A expressão “juízo”, como assinalado, comporta o sentido de julgamento que ocorre em sede de processo administrativo disciplinar, onde há um juízo administrativo. A expressão “tribunal”, a seu turno, mesmo entendimento no sentido técnico, não é sinal de tribunal judiciário. Prova disto, a previsão constitucional do “Tribunal de Contas” (art. 71) não integrado ao Poder Judiciário. A expressão “processado” engloba o processo administrativo disciplinar, tendo em vista a afirmação constitucional expressa do “processo administrativo” no art. 5º, inc. LV. O termo “autoridade competente” põe às claras o sentido amplo dos enunciados informadores do princípio.

No mesmo sentido, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte entendimento:

A instauração de comissão provisória, nas hipóteses em que a legislação de regência prevê expressamente que as transgressões disciplinares serão apuradas por comissão permanente, inquina de nulidade o respectivo processo administrativo por inobservância dos princípios da legalidade e do juiz natural (MS 2009/0073871-5, DJe 10/09/2010; MS 10.585/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2006, DJ 26/2/2007, p. 542)

Dessa forma, é possível afirmar que a doutrina e a jurisprudência apontam para a mesma direção, qual seja, a de que o princípio do juiz natural é perfeitamente aplicável ao processo administrativo disciplinar, principalmente, porque está na moderna esteira de hermenêutica tendente à constitucionalização do processo administrativo. Soma-se a isso o entendimento de que, na interpretação da norma constitucional, vigora o chamado “princípio da máxima efetividade”, consistente na ideia de atribuir a uma norma constitucional o sentido em que sua eficácia seja a mais abrangente possível.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SINDICÂNCIA, PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E SUAS FASES

Neste capítulo, proporciona-se uma visão geral do instituto da sindicância, com destaque para a origem desse termo, seu significado para o Direito Administrativo, bem como sua aplicação no âmbito do processo administrativo e sua importância para a Administração Pública. Quanto ao processo administrativo disciplinar, abordar-se-á, entre outros aspectos, o conceito de processo administrativo disciplinar trazido pela doutrina, as fases que o compõem, bem como a apresentação sucinta do desenvolvimento de cada uma delas.

2.1 Sindicância

Originada do grego *syndikos*, sindicância, em breves letras, significa averiguar, colher informações sobre algo, apuração minuciosa da veracidade dos fatos; inquérito, investigação (Aulete).

No âmbito do Direito Administrativo, sindicância é o meio do qual a Administração se vale para averiguar, secreta ou publicamente, com ou sem “indiciados”, a existência de fato “anômalo” ao bom andamento do serviço público. Não se trata de um agir “temerário” da Administração. É, antes de tudo, comportamento cauteloso, previdente, a fim de verificar se há motivos que ensejem medidas mais graves, como a abertura de processos administrativos disciplinares, que, muitas das vezes, são morosos e caros para o Estado, sem contar que podem envolver servidor inocente (CRETELLA JR., 2006).

Segundo Edson Jacinto da Silva (2009, p. 74), sindicância é isto:

É o conjunto de averiguações promovidas no intuito de se obter informações e esclarecimentos necessários à determinação do verdadeiro significado dos fatos denunciados, de forma a permitir à autoridade competente concluir sobre medidas disciplinares aplicáveis ao caso.

O Estatuto do servidor público federal, Lei n. 8.112, de 1990, em seu art. 143, estabelece que “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”. Vê-se, pois, que a sindicância não é medida que esteja no raio da discricionariedade da Administração Pública, ao contrário, trata-se de tomada de providência vinculada à lei; a Administração não tem outro caminho a não ser o de promovê-la quando toma ciência de irregularidade no serviço público.

Durante o estudo do instituto da sindicância, o conceito apresentado por Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2001, p. 99) chamou a atenção por sua clareza e riqueza de detalhes, certamente, ajudará a espancar dúvidas que recaem sobre o tema, notadamente, as que se referem a saber qual é o procedimento adequado em cada situação, razão pela qual se transcreve a seguir:

A sindicância é um processo e um procedimento administrativo sumários. Serve ela para, de forma sumária e expedita, promover uma investigação preliminar a respeito de fatos e atos que devam ser alvo de atuação administrativa. Como processo administrativo, encarta-se ela no conceito que antes apresentamos (Capítulo I), surgindo como uma relação jurídica tendente à efetivação da aplicação de penalidades expressamente traçadas na lei, como passíveis de configurarem sua conclusão. Como procedimento administrativo, traduz-se ela numa sucessão de atos de apuração de suposta irregularidade disciplinar, da qual resultará o arquivamento da iniciativa ou a instauração do processo administrativo disciplinar .

Léo da Silva Alves entende que a Lei n. 8.112/90, em seu art. 143, só estabeleceu dois institutos, quais sejam: a sindicância e o processo. Para ele, o legislador delirou ao possibilitar que a autoridade administrativa pudesse, a partir de uma sindicância, punir servidores por cometimento de faltas leves. Entende o referido tratadista que esse tipo de sindicância, em verdade, é verdadeiro processo e, assim sendo, deve abrigar todas as garantias próprias do processo (Sindicância em 5 Questões - Revista Jurídica, v. 10, n. 223, p. 44-47.abr.2006)

No entanto, divergindo do pensamento de Léo da Silva, José Armando da Costa expõe que, já na época do estatuto dos servidores públicos anterior, entendia-se que, por meio da sindicância, seria possível aplicar punição não superior a trinta dias a servidor, desde que a defesa ampla lhe fosse ofertada. E que hoje seu entendimento do passado está regulamentado nos termos do art. 145 e seus incisos I, II e III da Lei n. 8.112/90, nos quais está estabelecido que “a sindicância poderá resultar: I) arquivamento do processo; II) aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até (30) trinta dias; III) instauração de processo disciplinar” (COSTA, 2005, 95).

Em recente obra, Edson Jacinto da Silva (2009, p. 73) conceitua sindicância nos seguintes termos:

Conceituando sob o ponto de vista do direito administrativo, Sindicância nada mais é que o procedimento pelo qual o Sindicante, aquele que é incumbido de realizar a investigação administrativa, reúne num caderno processual, as informações obtidas, com a finalidade de esclarecer determinado ato ou fato, cujo esclarecimento e apuração, são de interesse da autoridade que determinou a sua instauração.

Do que se viu até aqui, sindicância é um procedimento sumário, prévio, célere, deflagrado pela Administração, com ou sem indiciados, sem rito obrigatório, com o fim de obter informações acerca da existência ou não de fato irregular que possa embaraçar o bom andamento do serviço público. Ela pode ser instaurada apenas com o cunho investigativo, não há obrigatoriedade de observância do princípio da ampla defesa nem do contraditório. Por outro lado, se houver intenção de punir servidor, a Administração deverá assegurar todas as garantias próprias do processo administrativo disciplinar sob pena de macular a decisão tomada.

Dessa forma, havendo necessidade de a Administração instaurar procedimento sindicante, este poderá ser incumbido a um único servidor, conforme prevê o art. 273 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei n. 10.261, de 28.10.1968), ou, em sendo necessário, poderá ser instalada uma comissão sindicante nos moldes preconizados no art. 149 do Estatuto do servidor público federal já citado.

2.1.1 Comissão Sindicante

Quando da instalação de comissão sindicante, ela poderá ser composta de até três membros mais um secretário, e não obrigatoriamente de três servidores, como previsto no art. 149 da Lei n. 8.112/90 para os processos disciplinares. É que a autoridade responsável, conforme o caso exija, poderá reduzir o número de membros da comissão. Pode, ainda, o presidente da comissão sindicante, em dadas situações, atribuir a função de secretário a algum membro da comissão (REIS, 1999).

Assim, de acordo com o Estatuto federal dos servidores públicos, a comissão sindicante será composta de um presidente, um secretário e, também, quando a situação exigir, de um auxiliar. É proibida a participação de cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau (§ 2º do art. 149 da Lei n. 8.112/90).

Consta, também, da Lei federal citada que a comissão sindicante “exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração” (art. 159).

Cada membro de uma comissão sindicante tem a sua função definida. Contudo, o desempenho de tais funções deverá ser em conjunto, para que haja unidade e equilíbrio necessários ao bom andamento dos trabalhos da comissão (LOUBACK, 1999, p. 37).

Veja-se, pois, o resumo das principais atribuições de cada membro da comissão sindicante, na visão de Jacinto da Silva:

a) presidente – exercer a presidência e a representação dos trabalhos da comissão, dirigindo todas as ações necessárias ao seu bom desempenho daquela; efetuar a designação dos demais membros, para exercer as funções de auxiliares dos trabalhos; determinar as intimações e notificações das pessoas que forem parte na sindicância; determinar a lavratura dos termos dos atos praticados pela comissão; estipular locais, horários e prazos, a serem cumpridos pelos membros e partes na sindicância;

assinar todo e qualquer documento necessário ao desenvolvimento dos trabalhos; laborar no sentido de que os direitos legais do sindicato sejam rigorosamente obedecidos; providenciar a qualificação das partes e reduzir a termo os depoimentos e interrogatórios; determinar diligências e demais atos processuais, juntadas de documentos, desde que de interesse da comissão; manter informada a autoridade e determinar a abertura da sindicância; determinar o encerramento dos trabalhos; emitir o relatório final, juntamente com o encaminhamento dos autos à autoridade superior;

b) secretário – organizar os materiais necessários para o desempenho dos trabalhos; guardar todos os materiais, documentos e outros papéis que interessem à comissão sindicante; lavrar os termos conforme determinados pelo presidente; participar ativamente de todas as diligências, vistorias etc.; assinar, conjuntamente com o presidente, os termos que comporão a sindicância; providenciar o encaminhamento dos expedientes necessários ao andamento dos trabalhos de sindicância;

c) membro auxiliar – assessorar os trabalhos da comissão, sugerindo medidas de interesse dela; preparar o local para os trabalhos de sindicância, recebendo e conduzindo até ele todas as pessoas que dela participarão, velando pela incomunicabilidade entre as testemunhas; substituir o secretário quando designado pelo presidente e assinar todos os documentos conjuntamente com ele (SILVA, 2009, p. 93-95).

Instalada a comissão sindicante, realizados todos os trabalhos necessários ao desempenho da incumbência de seu mister, segue-se a feitura do relatório final, o qual constitui a peça mais importante da sindicância, pois é a partir dele que a autoridade que ordenou sua abertura formará o seu juízo decisório. Assim, o relatório deverá ser bem elaborado de maneira a propiciar à autoridade uma visão sucinta de todos os fatos apurados e, ao mesmo tempo, conter elementos suficientes a embasar sua decisão final (LOUBACK, 1999).

Por último, é bom registrar que, de acordo com o estatuto dos servidores federais (art. 154), “os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução”.

2.2 Processo Administrativo Disciplinar

O estudo sobre o processo administrativo disciplinar terá como pano de fundo o estatuto dos servidores públicos federais, que é fonte atual para a disciplina ora em exame.

O Estatuto do servidor público federal estabelece que o processo disciplinar é “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” (art. 147 da Lei n. 8.112/90).

Hely Lopes (2010), entendendo ser inapropriado chamar o processo administrativo disciplinar de inquérito administrativo, ensina que tal processo “é meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração”.

No mesmo sentido, Diógenes Gaparini perfilha o entendimento, atestando a impropriedade da expressão “inquérito administrativo”, uma vez que, para o ilustre tratadista, nada tem de inquisitório o referido processo, embora a Lei do Estatuto dos servidores públicos federais, em seu art. 151, II, denomine uma das fases desse processo como “inquérito administrativo”. Após essas considerações, o eminente administrativista diz que o processo administrativo disciplinar pode ser conceituado como “*o instrumento formal, instaurado pela administração pública, para a apuração das infrações e aplicação das penas correspondentes aos servidores, seus autores*”. (GASPARINI, 2008, p. 1007).

Para Cretella Júnior (2006, p. 76-77):

Processo administrativo disciplinar ou simplesmente *processo disciplinar* é o capítulo do direito administrativo, extraordinariamente vasto e importante, que consiste no conjunto ordenado de formalidades a que a Administração submete o servidor público (ou o universitário) que cometeu falta grave atentatória à hierarquia administrativa.

Assim, para o insigne autor, visa-se, com o processo administrativo disciplinar, “a tutela da hierarquia” mediante a apuração expedita da falta cometida e justa punição, conforme pena prevista nos estatutos dos funcionários, nas diferentes esferas de poder (União, Estado, Distrito Federal ou Município).

Palhares Moreira Reis (1999, p.100), ao tratar da matéria, definiu processo disciplinar nos seguintes termos:

O processo disciplinar é o mecanismo estabelecido na lei para o controle das atividades dos servidores, no que concerne ao descumprimento de suas obrigações, ao desrespeito às proibições e à realização de fatos capituláveis como crimes ou contravenções, pela legislação penal ou por leis especiais, com reflexo no âmbito administrativo.

2.2.1 Fases do Processo Disciplinar

A par dos esclarecedores conceitos e definições trazidas pela lei e a doutrina acima expendidos, vejam-se as fases do processo administrativo disciplinar; por existir divergência, ainda que pequena, na doutrina (REIS, 1999), quanto ao seu número, aqui foram adotadas as três fases constantes da Lei n. 8.112/90 (estatuto dos servidores públicos federais), em seu art. 151, assim elencadas: I – instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; II – inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; III – julgamento.

2.2.1.1 Instauração

O processo administrativo disciplinar, pelo que já se viu, é o meio pelo qual a Administração Pública, ao tomar conhecimento de irregularidade no serviço público, obriga-se, imediatamente, a promover sua apuração a fim de punir o servidor responsável, aplicando-lhe a justa pena, na conformidade do

que prevê o estatuto funcional, nos diversos níveis de poder estatal (União, Estado e Município).

A Administração Pública, *ad cautelam*, como visto anteriormente, numa etapa anterior à instauração do processo administrativo disciplinar, lançará mão de expediente apuratório prévio (sindicância), com o fim de certificar-se da autoria e materialidade do fato irregular para, aí sim, deflagrar o devido processo administrativo disciplinar. Registre-se, por oportuno, que nem sempre será necessária a existência de sindicância para que o processo administrativo disciplinar seja instaurado.

Dessa forma, ultrapassadas todas as questões que poderiam levar a autoridade a não optar pela abertura do processo disciplinar, a exemplo do constante do parágrafo único do art. 144 da Lei n. 8.112/90, que estabelece que, “quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto”, não haverá a instauração do processo administrativo disciplinar.

José Armando da Costa (2005, p. 146), acerca da instauração do processo administrativo disciplinar, esclarece:

A instauração do processo administrativo disciplinar somente se legitima quando houver um mínimo de fato indicativo da possibilidade de vir a ser futuramente punido o servidor que, sendo o possível autor da infração veiculada, esteja sujeito ao poder disciplinar de quem tenha a competência para iniciar o correspectivo procedimento.

Há casos, porém, em que a lei, de plano, impõe à Administração Pública a obrigação de instaurar o competente processo disciplinar. São aquelas situações previstas no art. 146 da Lei n. 8.112/90, ou seja, “sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar”.

Dessa forma, cumprindo determinação legal, bem como evitando desperdício de tempo e, até mesmo, de recursos públicos, é que a

Administração Pública deve, nas situações descritas, passar direto à instauração do competente processo administrativo disciplinar, sem ter antes passado pelo procedimento sindicante.

A instauração do processo administrativo disciplinar se dará por meio da publicação de um ato no qual conste a constituição da comissão que irá conduzir todo o processo. A lei não especifica o tipo de ato a ser utilizado pela Administração Pública para tal publicação. No entanto, em consulta à doutrina, encontra-se, na lição do saudoso mestre Hely Lopes (2010, p. 631), o seguinte entendimento:

O processo disciplinar deve ser instaurado por portaria da autoridade competente na qual se descrevam os atos ou fatos a apurar e se indiquem as infrações a serem punidas, designando-se desde logo a comissão processante, a ser presidida pelo integrante mais categorizado.

2.2.1.1.1 Comissão Processante

A comissão será “composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente”, com a indicação, no próprio ato de instauração, do que irá presidir os trabalhos. O servidor indicado para ser presidente deverá ser ocupante de cargo superior ou de mesmo nível do indiciado ou grau de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. Esclareça-se, por oportuno, que os servidores indicados para compor comissão processante devem ocupar cargo efetivo e gozar de estabilidade no serviço público. Assim, não podem participar servidores detentores de cargos comissionados demissíveis *ad nutum*.

Como dito acima, os servidores integrantes da comissão deverão ser estáveis e a presidência da comissão deverá recair sobre servidor que tenha cargo, no mínimo, compatível com o do indiciado; silencia a lei quanto à qualificação dos demais integrantes.

Acerca do assunto, José Armando da Costa entende que, para atingir o desiderato proposto pelo processo administrativo disciplinar, é preciso

que ele seja desenvolvido por uma comissão qualificada. Para que isso ocorra, segundo o ilustre tratadista, os membros da comissão deverão preencher certos requisitos que, segundo sua obrigatoriedade ou não, classificam-se em funcionais (estabilidade no serviço público; insuspeição e não impedimento; não ocupação de cargo de confiança demissível *ad nutum*; funcionário, em princípio, da mesma repartição) e subjetivos (indiscutível idoneidade moral e comprovada capacitação intelectual). Os requisitos funcionais, por se tratar de imposição de normas processuais pertinentes, são de observância obrigatória, pois a sua não observância pode levar à nulidade do processo.

2.2.1.1.2 Comissão Permanente

Fala-se na possibilidade de criar uma comissão permanente que possa atuar em todos ou, pelo menos em quase todos os processos disciplinares de determinado órgão ou entidade. Isso teria algumas vantagens, tais como: redução de erros que levem a nulidades processuais; não retirada servidores de suas atividades habituais (REIS, 1999, p. 109).

Para que essa proposta seja viável, mister se faz tomar certas cautelas, por exemplo, quanto à escolha de seus integrantes. É necessário que os servidores escolhidos sejam de nível equiparado ao de possíveis servidores que venham a se encontrar na condição de indiciados, pois, havendo a indicação de um deles para ocupar o cargo de presidente da comissão, o servidor escolhido deve atender às exigências da lei (art. 149 da Lei n. 8.112/90), ou seja, deve ser ocupante de cargo efetivo de superior ou mesmo nível ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

Podem ocorrer situações em que o servidor acusado seja ocupante de cargo superior aos dos integrantes da comissão, inclusive ao do presidente. Em tais casos, há duas alternativas para regularizar a situação. Uma delas é substituir o presidente da comissão permanente por outro que atenda os requisitos legais, ou seja, tenha cargo de nível superior ou escolaridade igual ou superior à do acusado. A outra alternativa é constituir nova comissão

processante para atuar no caso específico e deixar a comissão permanente para atuar nas demais situações.

Em todo caso, optando certo órgão pela existência de uma comissão permanente para realizar os processos disciplinares de seu âmbito de competência, a prudência recomenda, para que os servidores indicados para compô-la não se perpetuem nessa atividade em prejuízo das inerentes ao seu cargo, que se faça uma renovação total ou parcial de seus membros. Apenas a título de exemplo, sugere-se que tal renovação ocorra em períodos regulares de um ano, com substituição de, pelo menos, terça parte da comissão.

Outro ponto de que não se pode descurar, no caso de o órgão optar por abrigar comissão permanente, é o respeitante à necessidade de eventuais substituições de membros da comissão, inclusive do ocupante de cargo de presidente, a fim de evitar futuras nulidades do processo disciplinar por inobservância dos requisitos legais.

Por derradeiro, registre-se que a comissão permanente, tão logo inicie seus trabalhos, deve comunicar à autoridade instauradora, a fim de registro da contagem do prazo do art. 152 do estatuto dos servidores federais.

2.2.1.1.2.1 Atribuições dos Membros da Comissão Processante

A Lei Estatutária federal não traz, em suas linhas, o detalhamento da função de cada membro da comissão processante. Porém, na doutrina, há autores que cuidaram do tema, a exemplo dos eminentes tratadistas Palhares Moreira Reis, tão citado no presente estudo monográfico, e Petrônio Braz. Assim, a partir das obras desses eminentes autores, são elencadas adiante as atribuições dos membros da comissão processante.

Compete ao presidente, dentre outras atividades: a) instalar a comissão, convocar e presidir as reuniões; b) exercer o poder de polícia nas reuniões; c) assegurar ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa; d) velar pelo rápido andamento do processo, cumprindo os prazos determinados; e) prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da

Administração que representa; f) orientar a elaboração do relatório final, de maneira que retrate a verdade fiel obtida no processo; g) orientar os atos da comissão a fim de que as provas sejam apreciadas com isenção; h) não retardar, sem motivo justo, o andamento da instrução do processo; i) substituir o secretário da comissão em suas faltas ou impedimentos; j) comunicar à autoridade competente a falta de qualquer membro da comissão, podendo solicitar sua substituição; l) assinar, com o secretário, todos os atos da comissão; m) distribuir os serviços; n) representar a comissão.

Compete ao secretário, entre outras atividades: a) organizar o local de trabalho, providenciando os meios indispensáveis às tarefas, o equipamento e o material necessário; b) promover a autuação dos documentos recebidos do presidente no momento da instalação; c) redigir os ofícios, mandados e demais atos da comissão; d) executar as ordens emanadas da presidência, promovendo as citações e intimações; e) comparecer a todas as reuniões do colegiado, ou, não podendo fazê-lo, comunicar com antecedência ao presidente para que promova sua substituição para o ato; f) manter, sob sua guarda e responsabilidade, os autos do processo e demais documentos da comissão; g) fornecer certidão de qualquer ato do processo mediante autorização do presidente.

Compete aos demais membros da comissão, entre outras atividades: a) acompanhar o andamento dos trabalhos; b) participar de audiências e diligências; c) fazer inquirições aos depoentes e peritos, assessorando o presidente no que julgar necessário e assinando os papéis que lhe forem apresentados. Poderão, também, receber e promover prévia identificação das pessoas chamadas a participar das audiências e perícias, cuidando para que não haja comunicação entre as testemunhas.

2.2.1.2 Inquérito Administrativo

Seguindo a sequência da Lei n. 8.112/90, em seu art. 151, trata-se, agora, da segunda fase do processo administrativo disciplinar, que se subdivide em três subfases, a saber: instrução, defesa e relatório. É nesta fase que a comissão processante envidará todo seu esforço na apuração da falta imputada ao servidor cujos limites deverão constar da portaria de instauração do processo disciplinar.

Sebastião José Lessa (2001, p. 100) adverte:

Importante frisar que a Lei nº 8.112/90, em seu art. 153, estabeleceu que “o inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em Direito”. É a reprodução do princípio contido no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Feitas essas considerações iniciais, merecedoras de registro, passa-se a considerar cada uma das subfases mencionadas.

2.2.1.2.1 Instrução

A instrução é a primeira subfase do inquérito administrativo, nela será realizada a primeira reunião da comissão, durante a qual será deliberado acerca das primeiras diligências a serem realizadas no sentido de dar início à apuração das irregularidades que pesem sobre o servidor acusado.

Após o registro em ata das medidas iniciais, o acusado será notificado para que tome ciência dos fatos e, assim, possa comparecer no local indicado, onde presenciará a tomada de depoimentos das testemunhas, sendo-lhe permitido, nesta feita, que inquiria ou reinquiria as testemunhas, tudo por intermédio do dirigente do processo.

Acerca da instrução, Hely Lopes Meirelles (2010, p. 731) dá a seguinte lição:

Na instrução do processo a comissão processante tem plena liberdade na colheita das provas, podendo socorrer-se de assessores técnicos e peritos especializados, bem assim examinar quaisquer documentos relacionados com o objeto da investigação, ouvir testemunhas e fazer inspeções *in loco*.

No mesmo sentido, José Armando da Costa (2005, p. 148) preleciona:

Nessa subfase da instrução, deverão ser empreendidas todas as providências ao esclarecimento probatório da verdade dos fatos, tais como: tomada de depoimentos, audição do denunciante (caso haja) e do acusado, colheita de provas documentais, realização de exames periciais, e outras mais.

Nesta subfase, caso haja necessidade, procede-se às acareações e reconhecimento de pessoas ou coisa. É nesta subfase, também, que se faz a juntada aos autos do processo das folhas de assentamentos funcionais do servidor acusado.

Dessa forma, verifica-se que todo o esforço em busca de formar um conjunto substancial de provas se dá na subfase em questão. Todavia, é bom esclarecer que a defesa do indiciado, no esforço de cumprir sua missão, acaba por levar para dentro do processo elementos de convicção de tamanha consistência que se traduz em verdadeira “força geratriz de comprovação” (COSTA, 2005).

Em breve resumo, Moreira Reis diz que na instrução são apurados os fatos indicados, coligidas as provas e, por fim, é produzido um documento em que é reunido todo o conhecimento resultante da apuração, em seguida é feito o indiciamento do acusado (REIS, 1999).

A doutrina acima colacionada acerca da subfase em estudo está perfeitamente em consonância com o art. 155 da Lei n. 8.112/90, *in verbis*:

Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis,

objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

Finalizadas as inquirições das testemunhas, caso a comissão processante não necessite de outras providências, tais como realização de diligências ou perícias, passa-se ao interrogatório do acusado (art. 159 da Lei n. 8.112/90).

O acusado deverá ser avisado previamente ao interrogatório de que não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas. Esse comportamento não poderá ser traduzido em prejuízo à defesa (parágrafo único do art. 186 do Código de Processo Penal), embora ainda haja na doutrina quem afirme o contrário (BRAZ, 2007, p. 128). Por sua vez, o secretário deverá fazer constar em ata as perguntas a que o acusado não tenha respondido, bem como as razões que o levaram a tal postura.

O advogado do servidor acusado poderá fazer-se presente durante o interrogatório, mas não poderá interferir. Visto que o interrogatório é ato personalíssimo, não admite qualquer tipo de interferência, nem tampouco que o acusado seja, neste ato, representado por procurador.

Registre-se que o silêncio do acusado não se traduz em confissão, porém poderá servir como elemento de formação do convencimento da autoridade julgadora.

Encerrada a instrução, a comissão processante passa ao exame criterioso de todo o conjunto probatório, as provas serão exaustivamente analisadas e sopesadas.

Em seguida, havendo a comissão encontrado provas suficientes a indicar que o servidor acusado praticou a irregularidade a ele imputada, concluirá pelo seu indiciamento em despacho que conterà, de forma resumida, as razões que autorizaram tal conclusão, apontando as disposições de lei ou regulamento em que se deverá fazer o enquadramento (COSTA, 2005).

Feitas essas breves considerações acerca da instrução, passe-se ao exame da subfase denominada defesa, que tem seu início ainda na fase instrutória.

2.2.1.2.2 Defesa

Na fase instrutória que se acabou de ver, o acusado terá, ainda, o direito de apresentar defesa, a mais ampla possível, conforme consta da Constituição de 1998, como já reiterado. Tal defesa só será completa quando obedecido o devido processo legal. Para que isso ocorra, faz-se necessário que o advogado do acusado tenha acesso a todas as informações dos autos do processo, mesmo as sigilosas, ressalvadas aquelas relativas à execução de diligências destinadas às interceptações telefônicas, conforme previsto na Lei n. 9.296/96 e julgado do STF (HC 90.232) (MEIRELLES, 2010).

Ainda segundo Meirelles (2010, p. 731):

O conhecimento da acusação, com oportunidade de contestação, apresentação de contraprovas e presença nos atos instrutórios, consubstanciam a *ampla defesa* assegurada pela Constituição (art. 5º, LV) e sem a qual é nulo o julgamento condenatório.

O servidor acusado, após seu indiciamento, será citado para apresentar defesa escrita, no prazo legal de dez dias. E, em sendo mais de um indiciado, esse prazo será de vinte dias, comum a todos eles. Neste momento processual, os indiciados terão assegurado o direito de vista do processo na repartição (§ 1º do art. 161 da Lei n. 8.112/90).

Nesse ponto, é bom esclarecer quanto ao desenvolvimento da defesa no processo disciplinar, que poderá ocorrer de duas maneiras: ela pode se dar de forma pessoal e em conjunto com advogado constituído nos autos, ou o próprio acusado cuida sozinho de sua defesa. Quando se afirma que o acusado, mesmo tendo constituído advogado para atuar em sua defesa, faz isso em conjunto com aquele, é porque se entende que, na realização da defesa no seu sentido mais amplo, o acusado, na fase instrutória, ao responder, sem interferência de seu advogado, o interrogatório da comissão processante, naquele momento ele está, também, realizando sua própria defesa, daí porque se fala de defesa conjunta.

José Armando da Costa, por sua vez, com relação à defesa empreendida pelo próprio servidor indiciado e à realizada pelo advogado constituído, concebe-a em duas acepções: “a pessoal e a técnica”, nos seguintes termos:

A pessoal, devidamente consagrada nas normas e nos princípios jurídicos, consubstancia-se nos esforços defensórios empreendidos pelo próprio acusado, desde o limiar do processo. Inclui-se nessa acepção o acompanhamento pessoal do acusado às audiências feitas pela comissão para a tomada de depoimentos, o seu desempenho na ocasião do interrogatório, em que procura convencer sobre sua versão dos fatos, a formulação de quesitos, quando haja prova pericial, e outras providências mais. Já a defesa técnica configura um desempenho de natureza mais científico-jurídica, realizado, em regra, pelos expertos em Direito. Nessa compreensão, a empreitada defensoria encontra na defesa escrita o seu mais importante e expressivo logradouro (COSTA, 2005, 239-240).

Quanto à apresentação de defesa escrita, é bom que seja feita por pessoa abalizada. Se o próprio indiciado não o for, melhor será que constitua advogado para tal.

Todavia, é bom esclarecer que a exigência de defesa técnica realizada por advogado em processos administrativos disciplinares ainda é tema controverso. Ainda não há unanimidade, no meio doutrinário e jurisprudencial, acerca de tal exigência nos processos administrativos, disciplinares, conforme se vê de excerto da obra de Odete Medauar colacionado a seguir:

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, fixou orientação diversa: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. (MEDAUAR, 2008, p. 126) (aspas do original)

Nesse passo, registre-se, por oportuno, que, embora divergindo do entendimento do Supremo Tribunal Federal acima citado, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, nos processos administrativos

disciplinares, há necessidade da presença de profissional habilitado para realizar a defesa de acusado em processo administrativo disciplinar, conforme sua Súmula nº 343, publicada no DJ de 21/9/2007 (p. 334), editada nos seguintes termos: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. Contudo esse entendimento, atualmente, já não é unânime, conforme se vê da ementa do seguinte julgado:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDORA FEDERAL. DEMISSÃO. FALTA DE DEFENSOR QUALIFICADO NA FASE INSTRUTÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. A Lei de regência do processo disciplinar - Lei n.º 8.112/1990 - não obriga - apenas faculta - a assistência por advogado (art. 156). Na mesma direção está o Estatuto do Processo Administrativo (Lei n.º 9.784/1999), como se extrai do teor do seu art. 3º.

2. Esta Terceira Seção vem decidindo, na linha da Súmula Vinculante n.º 5 do STF, que "a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição". Precedentes.

3. Ordem denegada.

Diante do exposto, conclui-se que não padecerá de nulidade o processo disciplinar pelo fato de nele não haver atuação de advogado de defesa.

O servidor indiciado que, citado regularmente para apresentar defesa, não a fizer no prazo legal será considerado revel. Dessa forma, “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” (§ 2º do art. 164 da Lei n. 8.112/90).

Pelo exposto acima e, também, ao longo do presente estudo, pode-se concluir que, não havendo defesa do servidor indiciado, sua condenação será nula e, assim, também, todo o processo disciplinar.

Conforme a sequência do Estatuto dos servidores públicos federais, adiante se tratará da última subfase do inquérito administrativo, que consiste na elaboração de “relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção” (art. 165 da Lei n. 8.112/90).

2.2.1.2.3 Relatório

Encerrada a fase de defesa, a comissão processante passará à produção do relatório, no qual constará o resumo das peças principais dos autos do processo disciplinar, bem como a menção às provas que basearam formação da convicção. O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou responsabilização do servidor indiciado (§ 1º do art. 165 da Lei n. 8.112/90).

Nesse sentido, veja-se a lição de Meirelles (2009, p. 692):

Relatório: o relatório é a síntese do apurado no processo, feita por quem o presidiu individualmente ou pela comissão processante com apreciação das provas, dos fatos apurados, do direito debatido e proposta conclusiva para decisão da autoridade julgadora competente. É peça informativa e opinativa, sem efeito vinculante para a Administração ou para os interessados no processo. Daí por que pode a autoridade julgadora divergir das conclusões e sugestões do relatório, sem qualquer ofensa ao interesse público ou ao direito das partes, desde que fundamenta sua decisão em elementos existentes no processo ou sua insuficiência de provas para uma decisão punitiva ou, mesmo, deferitória ou indeferitória da pretensão postulada.

Assim, na última subfase do inquérito, todas as provas levantadas até então pela comissão serão novamente sopesadas e confrontadas com os argumentos de defesa apresentados, bem como com as provas que o indiciado tenha, porventura, produzido. Pode, ainda, ocorrer de o indiciado requerer diligência complementar e, verificada sua real necessidade, o presidente da comissão processante, acolhendo o pedido, determinará sua realização.

Tendo sido concluída a referida diligência, os trabalhos da comissão serão retomados, momento em que será feito o cotejo da acusação com cada ponto levantado pela defesa. Finda essa parte, segue-se a feitura do relatório que, como já dito acima, será conclusivo em favor da inocência do servidor indiciado ou contra ela. Em caso de a comissão concluir pela responsabilização do servidor, deverá constar do relatório o dispositivo legal transgredido que, juntamente com o processo, será encaminhado à autoridade julgadora (COSTA, 2005).

2.2.1.3 Julgamento

O julgamento é a última fase do processo disciplinar. Nela a autoridade julgadora, a partir do recebimento do processo, terá o prazo de vinte dias para proferir a sua decisão (art. 167 da Lei n. 8.112/90).

A autoridade julgadora, ao fazer o julgamento, sempre fundamentará sua decisão, que poderá se basear em motivos próprios ou adotar os fundamentos do relatório, seja para condenar o servidor indiciado, ou para absolvê-lo (MEIRELLES, 2010).

A Lei do Estatuto dos servidores públicos federais, em seu art. 168, preconiza que o julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos”. E segue com seu parágrafo único dispondo que, “quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade”.

Pelo acima exposto, vê-se que a autoridade julgadora tem total liberdade para julgar segundo suas convicções. O que não está ao seu alvedrio é decidir sem a devida fundamentação, seja para abrandar ou agravar a punição, seja para absolver ou condenar o servidor indiciado.

Nessa mesma esteira, traz-se à colação a seguinte lição de Sebastião José Lessa (2001, p. 124):

Com efeito, trata-se de atribuição bastante delicada o poder-dever de julgar, merecendo lembrar que a autoridade julgadora proferirá a sua decisão de acordo com a livre apreciação das provas, podendo inclusive, não acatar o relatório da comissão de disciplina, quando este contrariar as provas dos autos, conforme se vê do art. 168. E seu parágrafo único, da Lei nº 8.112/90.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o processo administrativo disciplinar tem por escopo apurar a existência ou não de irregularidade no serviço público e, em sendo o caso, punir o responsável.

Assim se trará, por se haver tratado de irregularidades atribuídas a servidor público federal, o rol de autoridades e as penas que compete a cada qual aplicar, conforme consta do art. 141 e seus incisos de I a IV da Lei n. 8.112/90: I) presidente da República, presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e procurador-geral da República – demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade; II) autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior – suspensão superior a trinta dias; III) chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, casos de advertência ou de suspensão de até trinta dias; e IV) autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão.

Por derradeiro, cumpre, ainda, abordar ponto de suma importância no âmbito do desenrolar do processo administrativo disciplinar. Trata-se dos vícios insanáveis, isto é, aqueles que, por sua gravidade, padecem de convalidação. Tais vícios maculam o ato administrativo de tal forma que o levam à nulidade.

Barros Jr. *apud* José Armando da Costa (2008, 74) ensina:

O ato nulo é precisamente aquele que, afetado por vício grave em relação aos elementos que o estruturam, considera-se não realizado, apresenta-se com defeito irremediável. O pronunciamento de sua invalidez, por ato administrativo ou jurisdicional, tem caráter meramente declaratório.

Assim, uma vez considerado nulo, o ato que declarou a nulidade deve retroagir ao seu nascedouro para, desde então, ser apagado todo o rastro de invalidação do ato.

Na seara disciplinar, as nulidades que contaminam o ato dizem respeito aos seguintes vícios: a) de competência – ato punitivo editado por

autoridade absolutamente incompetente para tal; b) de forma – ato revestido de forma frontalmente contrária à prevista em lei; c) de objeto – punição absolutamente imprópria – exemplo: pena cujo regime disciplinar não comporta; d) de motivo – a causa de punir apresenta-se substancialmente deformada; e) finalidade – nessa modalidade de vício, o ato punitivo é utilizado para outro fim que não o desejado pela norma (COSTA, 2008).

Dessa forma, a Administração deverá, também, cuidar para que nenhum dos vícios elencados esteja presente no processo disciplinar, a fim de evitar que ele acabe desaguando em nulidades.

3 ESTUDO DE CASO DE JULGADO DO STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 17543-RJ (2003/0222259-9)

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO PROVIDO.

I - A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LIV e LV, consagrou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, também, no âmbito administrativo. A interpretação do princípio da ampla defesa visa a propiciar ao servidor oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a defesa.

II - A legislação do Estado do Rio de Janeiro relativa a servidores públicos - Decreto-lei nº 220/75 e Decreto nº 2479/79 - prevê expressamente a garantia do acusado de, na fase instrutória do inquérito administrativo, acompanhar o processo, pessoalmente ou por meio de seu procurador, desde o início, para que tenha oportunidade de produzir contraprovas e reinquirir testemunhas. Neste contexto, não havendo a localização do patrono da indiciada fazia-se necessária a sua intimação pessoal para o acompanhamento da oitiva de testemunhas, a fim de que lhe fosse garantida a mais ampla defesa.

III - Esta Corte, com base no princípio "pas de nullité sans grief", possui entendimento no sentido de que a nulidade de processo administrativo somente pode ser declarada quando evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do acusado, o que efetivamente ocorreu no caso em tela, tendo em vista que a conclusão do processo disciplinar e a punição aplicada foram baseadas única e exclusivamente na prova testemunhal colhida, restando configurado, portanto, o prejuízo à defesa da servidora.

IV - A declaração da nulidade de parte do procedimento não obsta que a Administração Pública, após o novo término do processo administrativo disciplinar, aplique a penalidade adequada à eventual infração cometida.

V - Recurso conhecido e provido para reformar o acórdão *a quo*, declarando-se a nulidade do processo administrativo, no que se refere a ora recorrente, a partir da colheita da prova testemunhal, com a conseqüente anulação do ato que lhe impôs a pena de cassação de aposentadoria. (DJ: 01/07/2004)

O presente estudo de caso tem como pano de fundo o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 17543-RJ, cuja ementa vê-se acima. E, como objetivo, complementar a compreensão da importância da incidência dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar.

Buscou-se, no desenvolver do presente estudo, identificar a aplicação dos princípios constitucionais acima elencados no caso concreto que ora vem à baila, a fim de verificar, com base no inteiro teor do acórdão em questão, se foram devidamente observados durante o trâmite do processo

disciplinar, e, caso contrário, quais as consequências dessa não observância para o processo em exame.

Outro ponto a que se procurou dar relevo neste estudo diz respeito aos possíveis reflexos negativos, no âmbito da Administração Pública, decorrentes de processos disciplinares que se desenvolvem ao arrepio dos princípios constitucionais em comento.

3.1 Introdução

Trata-se, pois, de recurso ordinário interposto no Superior Tribunal de Justiça (STJ) com fundamento na alínea “b”, inciso II, do art. 105 da Constituição Federal, por servidora do Estado do Rio de Janeiro que teve seu mandado de segurança negado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O dispositivo citado como fundamento diz respeito a uma das competências do STJ, que é julgar, em recurso ordinário, “os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão” (CRFB, 1988, p. 36).

Segundo consta do voto do ministro relator, o recurso em exame atendeu aos requisitos de conhecimento (interposto em tempo hábil e preparo devidamente recolhido) e, assim, seguiu a exame propriamente dito do mérito.

3.2 Da Definição de Faltas Graves

A servidora, em processo disciplinar, teve por condenação a cassação de sua aposentadoria, tendo por motivação cometimento de faltas graves.

Cretella Júnior (2006, p. 94) afirma::

Constituem *faltas disciplinares*, propriamente ditas, as que atentam contra a hierarquia sem chegarem a constituir, entretanto, de maneira inequívoca, crime previsto no Código Penal, como, por exemplo, a incontinência pública e escandalosa, a embriaguez habitual, a referência depreciativa às autoridades ou aos atos da Administração, a promoção de apreço ou despreço no recinto da repartição a greves.

O Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 38, acerca de infração disciplinar, prevê:

Constitui infração disciplinar toda ação ou omissão do funcionário capaz de comprometer a dignidade e o decoro da função pública, ferir a disciplina e a hierarquia, prejudicar a eficiência do serviço ou causar dano à Administração Pública.

A falta disciplinar que motivou a cassação da aposentadoria da recorrente, como dito acima, é de natureza grave.

Para Cretella Júnior (2006, p. 84), “*faltas graves* são as ações ou omissões que afetam o decoro, o prestígio, o bom andamento dos serviços ou causam embaraço aos fins que a Administração tem em vista”.

3.3 Da Identificação De Ofensa Aos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, Do contraditório e Da Ampla Defesa.

A administração pública estadual, conforme se depreende do inteiro teor do acórdão, ao tomar conhecimento da irregularidade que envolvia sua servidora, submeteu-a a processo disciplinar para apuração do fato irregular consistente na cobrança de custas em atos de registro civil, sem obediência à tabela da Corregedoria do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro.

Pelo que consta, também, do inteiro teor do acórdão em estudo, a servidora estava sendo representada no referido processo disciplinar por advogado constituído.

Ocorre que, por ocasião da oitiva de testemunhas, ou seja, na fase instrutória do processo, não foi possível intimar o advogado da indiciada para que comparecesse a tal ato. O que fez a comissão processante? Prosseguiu com a realização da indigitada oitiva de testemunhas sem a presença do advogado da indiciada e, também, sem sua presença, pois ambos deixaram de ser intimados para o dito evento, ato relevante para todos os envolvidos num processo disciplinar, principalmente para a defesa.

Note-se que, até antes da oitiva das testemunhas, o processo caminhava regularmente, seguindo as normas e procedimentos processuais exigidos. Todavia, com a continuação do processo sancionador sem a presença do advogado ou da própria indiciada, devido ao fato de esta, também, não ter sido intimada, ficou flagrantemente caracterizada a ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e, a nosso ver, também, do devido processo legal, os quais serão considerados individualmente.

3.4 Da Caracterização Da Ofensa aos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa

Neste ponto do presente estudo, dá-se relevo aos princípios constitucionais acima elencados, identificando o momento processual em que eles são malferidos no julgado em estudo, possibilitando a visão de um panorama no qual se possa avaliar a importância de tais princípios no âmbito do processo administrativo disciplinar.

3.4.1 Do Devido Processo Legal

Os princípios da ampla defesa e do contraditório são, por assim dizer, pelo que se viu nos capítulos anteriores deste estudo monográfico e, agora, no presente estudo de caso, manifestações do princípio do devido processo legal. Esse princípio é considerado, na doutrina pátria, como matriz

de todos os outros princípios processuais constitucionais, tamanha sua importância (BACELLAR FILHO, 1998).

Odete Medauar (1993 *apud* BACELLAR FILHO) vê os princípios da ampla defesa e do contraditório como garantias oriundas do desdobramento do princípio do devido processo legal. Para a autora, os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição devem ser lidos combinadamente. E, nessa perspectiva, aplicam-se no processo administrativo.

O processo disciplinar a que a servidora acusada foi submetida não atendeu ao preceito contido no princípio do devido processo legal, visto que não ofereceu, como previsto na Constituição e na legislação infraconstitucional específica, a devida oportunidade de defesa à acusada.

Infere-se, portanto, que, se faltou, no caso, à servidora acusada a oportunidade de defesa e de contraditório, a Administração Pública, em verdade, negou-lhe, também, o devido processo legal ante a estreita ligação dos referidos princípios constitucionais.

3.4.2 Do Contraditório

Acerca do contraditório no processo disciplinar, Bacellar Filho (1998, p. 220) sustenta:

Tudo que foi dito converte o contraditório em garantia de *efetiva possibilidade*, conferida a todos os sujeitos processuais, de influir na formação do convencimento do órgão julgador. Desde logo, imperioso afirmar como insuficiente a simples oportunidade de participação no debate antes da decisão final, impondo-se tal oportunidade com antecedência a qualquer decisão processual, capaz de afetar a esfera jurídica e individual do sujeito. O contraditório incide, assim, sobre todas as fases do processo, sob pena de ser um simulacro de contraditório.

No mesmo sentido, Giuseppe Martineto (1959 *apud* BACELLAR FILHO (1998, p. 220-221, tradução nossa) afirma:

O princípio em questão assume, além da fundamental exigência de que a parte seja avisada e ouvida sobre a demanda ou sobre a acusação, também que ela tenha plena liberdade de defesa e constante possibilidade de participar ativamente no desenvolvimento do processo, cooperando seja com a pesquisa dos fatos e a colheita das provas, seja com a elaboração e formação do convencimento do juiz.

O contraditório, como já dito alhures, é princípio que imprime ao processo bilateralidade, ou seja, haverá no mínimo duas partes no processo, uma, de um lado, e a outra, do outro. No presente caso, seria a Administração de um lado, e a servidora do outro; seria, porque tal não ocorreu, visto que a servidora, por não ter sido comunicada da realização do ato, não se fez presente.

No momento em que, no processo em exame, a comissão processante seguiu na marcha processual, realizando atos *inaudita altera parte* (oitiva de testemunhas), houve a quebra dessa bilateralidade essencial do contraditório, desfigurando-o, afastando sua incidência naquele ato processual.

Vejam-se alguns julgados pertinentes ao assunto tratado.

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SINDICÂNCIA PRELIMINAR. **CONTRADITÓRIO**. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO PARCIAL DA PRETENSÃO PUNITIVA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ARTIGOS 125 E 126 DA LEI Nº 8.112/90. CÓPIA INTEGRAL DO **PAD**. INEXISTÊNCIA. WRIT CONHECIDO PARCIALMENTE. SEGURANÇA DENEGADA.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 nº 10.828/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 2/10/2006).II - A impetrante teve contra si instaurado processo administrativo disciplinar para se apurar eventual irregularidade na concessão de 18 (dezoito) benefícios previdenciários, dentre os quais 12 (doze) chegaram ao conhecimento da Administração há mais de cinco anos antes da instauração do respectivo **PAD**, razão pela qual, com relação a esses fatos a pretensão punitiva disciplinar prescreveu, **nos** termos do artigo 142, inciso I e parágrafo 1º, da Lei nº 8.112/90.III - Com relação às outras 6 (seis) concessões tidas por irregulares, não decorreu o prazo de que trata o referido artigo, tendo em conta que o intervalo entre a data do conhecimento dos fatos e a instauração do **PAD** é inferior ao lustro prescricional. 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 artigos 168 e 169 da Lei nº8.112/90.V - Sendo independentes as instâncias penal e administrativa, somente afastará a punição administrativa a sentença criminal que reconhecer a inexistência do fato ou a negativa de autoria (artigos 125 e 126 da Lei nº 8.112/90).VI - Na espécie, a sentença criminal absolutória juntada em nada repercute na seara administrativa, eis que relativa à concessão irregular de benefício de outro segurado, cujo procedimento não foi objeto do **PAD** que ensejou a demissão da impetrante. VII - Inviável a análise da alegação de desproporcionalidade na aplicação da sanção, já que o mandamus não foi instruído com a cópia integral do processo administrativo disciplinar, em especial da íntegra do relatório final, o qual se mostra indispensável, in casu, para o exame dessa questão. Writ parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem, ressalvado à impetrante o acesso às vias ordinárias com relação ao item VII (MS 14039 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2008/0281105-8, pub. 07/08/2009).

No julgado acima, observa-se que a incidência do contraditório não se fez necessária, uma vez que se tratava, ainda, de sindicância sumária, objetivando apenas a apuração da ocorrência de infrações administrativas, sem visar, de pronto, à aplicação de sanção ao servidor. Assim, a contrário senso, se houvesse, no referido julgado, a pretensão de averiguação e imediata aplicação de punição a servidor, a incidência do contraditório jamais poderia ser afastada sob pena de ofensa a princípio constitucional fundamental aos ideais democráticos do Estado de direito.

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PORTARIA EXCLUSIVA DE INSTAURAÇÃO DO PAD CONTRA O IMPETRANTE. INDICIAMENTO APÓS OITIVA DAS TESTEMUNHAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. CONCESSÃO DA ORDEM: REINTEGRAÇÃO NO CARGO, COM O PAGAMENTO DOS VENCIMENTOS E VANTAGENS DESDE A DEMISSÃO. 1. A ação de mandado de segurança é o meio processual prestante à proteção de qualquer direito individual líquido e certo, vulnerado ou ameaçado de vulneração por ato de autoridade (art. 5º, LXIX da CF), seja qual for o nível do agente que o pratique ou o ameace praticar, não se mostrando eficaz, contra a sua impetração, as presunções de legitimidade, validade, legalidade e auto-executoriedade que tutelam de ordinário os atos administrativos. 2. A participação processual dos indicados e a análise pela Comissão Processante dos argumentos de defesa por eles apresentados são indispensáveis na construção de uma decisão adequada, razoável e proporcional. E é justamente a cláusula do justo processo legal, que possui como consectários a ampla defesa e o contraditório, que impõe a efetividade dessa colaboração do sujeito no processo, com vista a impedir que arbitrariedades ocorram por parte do Poder Público. 3. A Portaria 208/2006 do Ministro de Minas e Energia, que deu ensejo ao PAD em

questão, não tinha por finalidade investigar a conduta funcional do impetrante, mas tão-somente a notícia criminosa em desfavor do ex-Chefe do 13o. Distrito do DNPM, trazida ao conhecimento da Administração pela Polícia Federal na denominada Operação Tibagi, na qual investigava a prática ilegal de mineração de diamantes no Rio Tibagi e o esquentamento de pedras mediante a falsificação de certificado Kimberly. 4. A citação extemporânea do impetrante violou os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, na medida em que não se oportunizou o acompanhamento pessoal das investigações, desde o seu início, pelo acusado, que foi, portanto, impedido de participar da oitiva das testemunhas, que trouxeram evidências das infrações disciplinares supostamente cometidas por ele. 5. Em face do flagrante cerceamento de defesa, a Portaria que fixou a pena de demissão do impetrante deve ser anulada, tendo em vista que sua aplicação se deu em razão de acusações em relação às quais não foi dada oportunidade do impetrante se defender. 6. Segurança que se concede, para anular a Portaria 336, de 05.12.07, do Ministro de Minas e Energia, que demitiu o impetrante do cargo de Técnico em Atividade de Mineração, promovendo-se a sua imediata reintegração, com o pagamento dos vencimentos e cômputo de tempo de serviço, para todos os efeitos legais. 7. Prejudicado o Agravo Regimental (MS 13379 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2008/0047582-0, pub. DJ 24/09/2008).

É certo, pois, que a citação válida e tempestiva proporciona o regular prosseguimento do processo disciplinar, possibilitando ao acusado defender-se das imputações constantes da portaria de instauração do processo sancionador desde sua gênese. No caso do julgado acima, tal não se verificou, uma vez que o ato administrativo instaurador do processo disciplinar competente, em verdade, não se deu da forma regular. O que ocorreu, de fato, foi que a Administração Pública, aproveitando-se de ato administrativo (portaria) já em andamento para outro fim (apurar notícia-crime) no qual já haviam sido praticados atos de interesse do acusado sem sua presença (oitiva de testemunhas), prosseguiu no dito ato administrativo. Citou o acusado intempestivamente, sem que lhe fosse oportunizado apresentar suas razões de defesa, bem como de contraditar as imputações que lhe haviam sido feitas.

Sendo, como já dito, imprescindível à defesa ampla e completa, o contraditório incide necessariamente durante todo o processo administrativo disciplinar. Sem sua observância no decorrer do processo sancionador, este estará fadado a resultar em nulidade.

3.4.3 Da Ampla Defesa

Já ficou patente, no voto do ministro relator, que o princípio da ampla defesa foi frontalmente atingido, justamente no momento em que a comissão processante realizou a oitiva de testemunhas sem a presença do advogado da indiciada e, também, por não a ter efetivamente intimado para estar presente no indigitado ato processual.

Outro ponto aqui repisado a respeito do princípio da ampla defesa é que ele está intimamente ligado ao do contraditório. Nesse passo, no âmbito do processo administrativo disciplinar, o princípio da ampla defesa, conjugado com o do contraditório, na visão de Bacellar Filho (1998, p. 347), desdobra-se da seguinte maneira:

I) no estabelecimento da oportunidade da defesa, que deve ser prévia a toda decisão capaz de influir no convencimento do julgador; II) na exigência de defesa técnica; III) no direito à instrução probatória que, se de um lado impõe à Administração a obrigatoriedade de provar suas alegações, de outro, assegura ao servidor a possibilidade de produção probatória compatível; IV) na previsão de recursos administrativos, garantindo o duplo grau de exame no processo.

Das considerações acima, cabe inferir que os itens I e III encaixam-se perfeitamente no caso ora em exame. No que se refere à oportunidade de defesa da acusada, conforme consta do voto do ministro Relator, tal não se concretizou, pois a servidora sequer fora intimada para a oitiva de testemunhas. Se a acusada não estava presente no momento da colheita de provas, o seu direito à instrução probatória também ficou prejudicado. Isso porque, não participando da oitiva de testemunhas, foi-lhe negado o direito de reinquiri-las. E a reinquirição de testemunhas pode, sem dúvida, ser uma eficiente forma de defesa. Quanto ao desdobramento constante do item II (exigência de defesa técnica), este já foi tratado quando do estudo do princípio da ampla defesa no capítulo I do presente trabalho de monografia.

A respeito do item IV, em breves linhas, no âmbito do Direito Disciplinar, José Armando da Costa (2005, p. 448) entende que o recurso “é a

franquia legal que confere ao servidor a chance de provocar, na via administrativa, o reexame do ato punitivo constituído contra ele”.

Prossegue o autor, ensinando que, de acordo com sua abrangência, os recursos comportam três acepções, a saber: a) amplíssima – que compreende todos meios jurídicos que visam ao reexame do caso, seja ele a título de reconsideração (dirigido à autoridade que editou o ato) seja recurso hierárquico ou de revisão de processo (dirigido à autoridade superior àquela), seja, ainda, pelo controle externo feito pelo Poder Judiciário por meio de ação ordinária ou do mandado de segurança; b) ampla – que compreende todos os meios de recursos utilizados na acepção amplíssima, exceto o exercido pelo Judiciário (controle de legalidade); e c) restrita – nesta acepção, o reexame será feito sempre pela autoridade superior àquela que editou o ato impugnado. Assim, na acepção restrita não haverá pedido de reconsideração.

No Estatuto dos servidores públicos civis do Estado do Rio de Janeiro, o direito à ampla defesa e o direito de defesa técnica estão cravados no art. 71, parágrafo único, em que se lê que “nenhum acusado será julgado sem defesa que poderá ser produzida em causa própria” e que “será permitido o acompanhamento do inquérito pelo funcionário acusado ou por seu defensor”.

No Decreto nº 2479/79, que aprova o regulamento do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, há previsão expressa de que o acusado deverá ser intimado para assistir, pessoalmente ou acompanhado de defensor, aos atos processuais, ocasião na qual poderá levantar contradita, formular perguntas e reinquirir testemunhas; interferir nas perícias, bem como juntar documentos em qualquer fase do processo.

Da leitura dos dispositivos citados, verifica-se que, no caso em questão, a servidora não teve a menor chance de influir no convencimento do julgador, pois este tomou sua decisão baseando-se, exclusivamente, nas provas colhidas na oitiva de testemunhas. Ora, se a servidora não estava presente na oitiva de testemunhas, tampouco seu advogado, por não haverem sido intimados para tal, como poderia a acusada exercer o seu mais lúdimo direito de defesa? No presente caso, não resta nenhuma dúvida de que o

princípio da ampla defesa foi fulminantemente atingido, de modo a não permitir que a acusada oferecesse qualquer reação às imputações de irregularidade que lhe foram feitas, razão pela qual seu recurso ordinário em mandado de segurança encontrou guarida na superior instância federal.

Assim, de acordo com as lições de José Armando da Costa, mencionadas, a servidora acusada, recorrente no recurso ordinário em mandado de segurança em análise, utilizou recurso na acepção amplíssima, situação em que o controle do ato administrativo editado é feito pelo Poder Judiciário (controle externo).

Para Bacellar Filho (1998, p. 271):

O acusado, no processo disciplinar, tem o direito de se defender não porque seja culpado, mas porque a eventualidade da defesa é protegida: não se questiona as razões que fundamentam a oposição, simplesmente assegura-se-lhe a oportunidade de fazer valer suas razões.

Tal assertiva vai ao encontro do comando do princípio da ampla defesa insculpido no texto constitucional, que é o de oportunizar aos acusados em geral o direito de defender-se amplamente, utilizando todos os meios admitidos para tal fim. Na mesma esteira da ampla defesa, está o princípio do contraditório que dá completude àquele.

3.5 Considerações Finais do Estudo de Caso

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso ordinário em mandado de segurança objeto do presente estudo de caso, acolhendo os termos do voto do ministro relator, deu-lhe provimento.

O voto do ministro relator foi fundamentado no art. 5º, LIV e LV, que consagram os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa também no âmbito administrativo; na legislação relativa aos servidores

públicos civis do Estado do Rio de Janeiro; no princípio “pas de nullité sans grief”, que exige real prejuízo à defesa do acusado para que seja declarada a nulidade de processo administrativo.

Durante o presente estudo de caso, foi possível avaliar o voto do ministro relator, no qual ficou patente a ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa conforme entendimento no mesmo sentido largamente encontrado na melhor doutrina sobre o tema. Corroborando o mesmo entendimento acerca da questão, encontram-se, com facilidade, inúmeros julgados dos quais citam-se alguns para ilustração.

Por todo o exposto, não há dúvida quanto à elevada importância da aplicação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar. A falta de observância de tais princípios no âmbito do direito sancionador como visto acima é por demais deletéria para o servidor, para a Administração Pública e toda a sociedade.

Para o servidor, porque são retirados dele direitos fundamentais, o que acaba lhe trazendo prejuízos, em sua maioria, irreparáveis. Tais prejuízos, muitos deles de ordem emocional, moral, fruto do desgaste sofrido por quem enfrenta um processo disciplinar que dificilmente é superado, ainda que, ao final, depois de toda a batalha na via administrativa e, quando necessário, como foi o caso em questão, na via judicial, o servidor obtenha resultado que lhe seja favorável. É uma batalha desigual, em que o servidor se vê como Davi diante de Goliás na narrativa bíblica.

Para a Administração Pública, porque evidente o desperdício de recursos que processos dessa qualidade trazem aos cofres públicos, decorrente do uso indevido de toda a máquina administrativa (pessoal, material, tempo etc.) nesses processos mal feitos, demorados, caros, que acabam, em sua maioria, esbarrando em nulidades.

Por fim, para a sociedade, que se sente impotente, quando assiste, perplexa, a servidores que deveriam ser punidos escaparem das punições, porque conseguem, no Judiciário, anular os processos disciplinares que os condenaram, por tais processos conterem vícios insanáveis, consistentes na

violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

CONCLUSÃO

O Direito Administrativo Brasileiro, após a promulgação da Constituição de 1988, como foi possível observar em linhas pretéritas, vem paulatinamente se constitucionalizando. Essa tendência vai ao encontro dos ideais de justiça e democracia consubstanciados no Estado democrático de direito, insculpidos no texto constitucional.

Seguindo essa esteira, a busca de um Estado que atenda os anseios dos cidadãos, proporcionando-lhes serviços públicos de boa qualidade, com racionalidade adequada, passa pela transformação da máquina administrativa e de seus agentes.

Nessa perspectiva, a Administração Pública não pode se afastar de sua obrigação de observar os princípios constitucionais que lhe são atinentes, pois é da essência de um Estado democrático de direito que ele próprio se submeta aos ditames da lei maior que o rege.

Nesse sentido, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, o processo administrativo disciplinar é o meio adequado a ser utilizado pela Administração Pública para apurar faltas funcionais praticadas por seus servidores, entendendo-se que tal ferramenta deve se pautar nos mesmos princípios administrativos pelos quais ela (Administração) se pauta.

Todavia, como visto no presente trabalho, isso não ocorre. Ao contrário, foi possível constatar que, ainda hoje, a Administração Pública, nos processos disciplinares, tem incidido em afronta aos princípios constitucionais que norteiam sua atuação, notadamente, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, levando a decisões injustas, eivadas de nulidades, passíveis de correção pelo controle externo.

Tal situação se perpetua, no mais das vezes, por falta de preparo dos servidores que são indicados para compor as comissões sindicantes ou processantes. Alia-se a isso a falta de interesse dos gestores em qualificar servidores para, em sendo necessário, atuar nas referidas comissões disciplinares.

Neste cenário, apresentam-se como uma possível solução para o caso as chamadas comissões permanentes, que possibilitam aos seus integrantes maior proximidade com a matéria disciplinar. Reiterando, porém, como dito alhures, que se deve atentar para a alternância de servidores nas composições de tais comissões, para que não ocorra a perpetuação deles em funções para as quais não prestaram concurso.

Diante do exposto, conclui-se que não é mais possível, nos dias de hoje, depois de tanto tempo decorrido da edição da Constituição cidadã, em que os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa foram estendidos como garantias fundamentais aos litigantes em processo administrativo, que a Administração Pública continue a ignorá-los quando do exercício de sua competência disciplinar. É urgente, portanto, que a Administração Pública busque medidas para evitar que processos disciplinares inconstitucionais se formem em seu interior, a fim de evitar que ela (Administração), lamentavelmente, contribua para o enfraquecimento do Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

Brasil. Decreto nº 2.479, de 8 de março de 1979. Aprova o Regulamento do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 14.set.2010. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/968d5212a901f75f0325654c00612d5c/2c aa8a7c2265c33b0325698a0068e8fb?OpenDocument>.

Brasil. Decre-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código e Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

Brasil. Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 14 de set.2010. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/e00625242f74e100032569bb0074c7c1/c b7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>.

Brasil. Lei 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. Brasília, 14.set.2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm.

Brasil. Lei 10.261, de 28 de outubro de 1968. Atualizada pela Constituição Federal de 1988 e pela Constituição do Estado de São Paulo de 1989. Disponível em: [HTTP:// www.funap.sp.gov.br/legislacao/estatuto/estatuto_func _public_esp.pdf](http://www.funap.sp.gov.br/legislacao/estatuto/estatuto_func_public_esp.pdf)

BRAZ, Petrônio. **Processo Administrativo Disciplinar**. Campinas/SP: Servanda Editora, 2007.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de n. 1, de 1992, a 55, de 2007, e pelas emendas constitucionais de revisão de n. 1 a 6, de 1994. Brasília: Centro de Documentação e Informação Coordenação de Publicação, 2007, 8.

Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; e, Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª edição, revista e atualizada, 2009.

COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 5ª ed. 2005.

COSTA, José Armando da. **Direito Disciplinar – Temas Substantivos e Processuais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade / Demian Guedes; prefácio**

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

iDicionárioAulete <http://aulete.uol.com.br>

LESSA, Sebastião José. **Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância** – de acordo com as Leis 8.112/90, 8429/92 e 9.784/99 – Doutrina, Jurisprudência e Prática. 3ª ed. Revista e atualizada. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

LOUBACK, Gilberto Fernando. **Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância – Doutrina, prática e jurisprudência – Atualizada de acordo com a Lei 9.784/99 – Procedimento Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Palpite, 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010 por EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, DÉLCIO BALESTERO, São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo** Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª ed. Revisada, atualizada e ampliada, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo** – O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Editora **Lumen Juris**, 2009.

REIS, Palhares Moreira Reis (Antônio Carlos). **Processo Disciplinar** – Comentários com instruções e esclarecimentos desde a denúncia de irregularidades até a revisão do processo. Brasília: Editora Consulex, 2ª ed. ampliada e atualizada, 1999.

SÉRGIO, Ferraz e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores.

SILVA, Edson Jacinto da. **Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar – Teoria e Prática**. 3. ed. Revista ampliada e atualizada. Campinas/SP: Servanda Editora.

SOUZA NUCCI, Guilherme de. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.