

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

WLADIMIR DENKEWSKI

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

CURITIBA

2010

WLADIMIR DENKEWSKI

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Habilitação em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho.

CURITIBA

2010

AGRADECIMENTOS

A meus pais, pelo apoio prestado.

À minha esposa Claudia, pelo incentivo nos momentos difíceis e pela compreensão pelos instantes em que tive que ficar ausente.

Aos meus filhos Ana Maria e Carlos Eduardo, razões da minha alegria.

Ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho, pelos ensinamentos, orientação e confiança em mim depositada.

Aos amigos Valter Ribeiro da Silva e Silvino Schlickmann Junior, pelo apoio, pelas dicas e pelas palavras de incentivo para que este trabalho pudesse chegar ao fim.

A todos os meus familiares, pois acreditaram em meu potencial e sempre me incentivaram para a conclusão de mais esta etapa em minha vida.

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver
prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto
ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem
chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra,
a ter vergonha de ser honesto.

Rui Barbosa

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar os diversos pontos de vista dos principais autores do Direito Constitucional e do Direito Administrativo a respeito da aplicação prática dos princípios constitucionais no processo administrativo disciplinar.

Sabemos que embora a Constituição da República Federativa do Brasil tenha sido promulgada há mais de vinte anos, ainda temos nos dias de hoje alguns problemas de inconstitucionalidades na elaboração de processos administrativos disciplinares, principalmente no tocante aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do juiz natural, tanto com a regra escrita, quanto com a sua efetivação. Traremos algumas críticas à legislação atual, incoerente com os ditames constitucionais. Procuraremos trazer algumas jurisprudências que embasem a doutrina apresentada sem, no entanto, apontar uma conclusão definitiva para o tema, mas apenas os caminhos que podem ser seguidos. Não pretendemos esgotar aqui o assunto, mas somente levantar algumas questões que devem ser observadas pelo administrador no momento da lavratura e da decisão de um processo administrativo disciplinar.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Processo administrativo disciplinar. Contraditório. Ampla defesa. Juiz natural. Processo. Procedimento.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. O DIREITO ADMINISTRATIVO E A CONSTITUIÇÃO	3
2.1 O REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO	6
2.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	8
3. PROCESSO OU PROCEDIMENTO	11
3.1 OPINIÃO DOS DOUTRINADORES	11
3.2 O QUE DIZ A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	14
3.3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL	15
4. MEIOS DE EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR	20
4.1 SINDICÂNCIA.....	21
4.2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	25
4.2.1 <i>Conceito</i>	25
4.2.2 <i>Modalidades</i>	26
4.2.3 <i>Fundamento</i>	26
4.2.4 <i>Objeto e finalidade</i>	27
4.2.5 <i>Fases do processo administrativo disciplinar</i>	27
4.2.6 <i>Princípios</i>	29
5. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	30
5.1 LEGALIDADE	31
5.2 FINALIDADE	32
5.3 MOTIVAÇÃO	34
5.4 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.....	36
5.5 MORALIDADE	38
5.6 AMPLA DEFESA.....	42
5.7 CONTRADITÓRIO	47
5.8 SEGURANÇA JURÍDICA	54
5.9 INTERESSE PÚBLICO	54
5.10 EFICIÊNCIA.....	56
5.11 JUIZ NATURAL	57
6. CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho procuraremos abordar o tema dos processos administrativos disciplinares, analisando a observância dos princípios constitucionais na realização destes instrumentos de aplicação do poder disciplinar conferido ao Estado.

Iniciaremos nosso estudo fazendo uma breve análise histórica e conceitual sobre a origem e evolução das constituições, até chegarmos à nossa Constituição promulgada no dia 5 de outubro de 1988. Verificaremos os poderes dados pela Carta Magna nacional para os órgãos do Estado para poderem administrar a coisa pública. Veremos que junto aos poderes dados encontramos diversos deveres, que da mesma forma terão que ser observados pelo administrador público.

Face a importância da normatização do funcionamento do Estado, a Constituição Federal dedicou-lhe um capítulo exclusivo, colocando como pedras basilares de sua atuação cinco princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Veremos que face ao princípio federativo, o qual dá certo espaço de atuação aos Estados federados para legislarem sobre a atuação de seus órgãos, o Constituinte originário verificou a necessidade de colocar um núcleo comum a todos os órgãos da Administração Pública, para que certos direitos fossem observados por todos, visando um tratamento homogêneo aos administrados.

Depois desta introdução constitucional passaremos a estudar o processo administrativo disciplinar em si. Iniciaremos com uma discussão doutrinária a respeito da diferença e do tratamento legislativo dado a processo e procedimento. Veremos que os termos são usados certas vezes com incorreções. Colocaremos as diferentes posições de doutrinadores do Direito Administrativo, bem como o tratamento utilizado pelo legislador constitucional.

Passaremos então ao estudo dos mecanismos utilizados pelo Estado para a aplicação do seu poder disciplinar. Veremos que temos basicamente dois institutos: a sindicância e o processo administrativo disciplinar. Pontuaremos as principais

características dos dois procedimentos indicando em quais casos podem ser usados. Falaremos também sobre o instituto da verdade sabida: sua presença nas legislações infraconstitucionais e a sua concordância ou não com a atual realidade constitucional. Para a elaboração deste estudo tomaremos por base as Leis nº 8.112/90 e 9.784/99, as quais regulam os processos administrativos dos funcionários civis da União.

Após toda esta análise inicial finalmente passaremos a discorrer sobre os princípios constitucionais e sua aplicação e observância no Direito Administrativo Disciplinar, ao mesmo tempo em que traremos algumas jurisprudências que tragam relação com o assunto ora estudado, mostrando qual a tendência dos Tribunais brasileiros após a promulgação da “Constituição Cidadã.”

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO E A CONSTITUIÇÃO

Para entendermos a importância de uma Constituição e a sua função dentro de um sistema jurídico nacional, devemos primeiramente realizar uma análise da evolução histórica sobre os principais fatos que originaram e deram sustentação política e jurídica para a introdução definitiva das constituições nos Estados atuais.

Antes de tratarmos diretamente sobre a ligação do Direito Constitucional com o Direito Administrativo, lembremos que o Direito Constitucional costuma ser tratado dentro do ramo do direito público, destacando-se por seu objeto e princípios fundamentais orientadores de sua aplicação.

José Afonso da Silva observa que o Direito Constitucional “configura-se como Direito Público fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política”¹, motivo pelo qual possui estreito relacionamento com o Direito Administrativo.

Apesar do Direito Constitucional ser colocado no ramo do Direito Público, devemos alertar que, modernamente, vem sendo dito que o direito é uno, indivisível, devendo ser portanto interpretado como um sistema, em que tudo se harmoniza e deve ser entendido em seu conjunto.

Pedro Lenza, citando José Joaquim Gomes Canotilho define o constitucionalismo como:

Teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É no fundo uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.²

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed., p. 36.

² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12. ed., p. 4.

Kildare Gonçalves Carvalho vislumbra tanto uma perspectiva jurídica quanto sociológica:

Em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado.³

Como bem assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público” juntamente com o desenvolvimento da idéia de Estado de Direito, “estruturado sobre o princípio da legalidade e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado”.⁴

Nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, diferentemente das outras sete constituições anteriores, “é fruto da participação de todos os segmentos da sociedade”, como bem assevera o professor Romeu Felipe Bacellar Filho⁵, colocando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, sendo também chamada de “Constituição Cidadã”.

Uma das principais preocupações da Constituição de 1988 foi com os direitos e garantias fundamentais, o que a difere inicialmente da Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Com essa preocupação latente na garantia dos direitos do administrado, a Constituição da República trouxe várias alterações no que diz respeito aos processos e procedimentos administrativos.

Com a “Constituição Cidadã”, adotou-se uma concepção mais ampla do princípio da legalidade e a idéia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública. Não se aceitava mais o cometimento de abusos e irregularidades administrativas com a desculpa da busca pelo interesse público.

³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo**, 12. Ed., p. 211.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., p. 2.

⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed., p. 21.

Apoiado em Francisco Campos, Bacellar afirma que o poder público não é um poder irresponsável e arbitrário, ou seja, deve atender a um objetivo comum em suas ações e que por este motivo foi acrescentado o princípio da finalidade pública pelo qual, ao determinar-se na lei competências ao Administrador Público, “tem-se em foco um determinado bem jurídico que deva ser suprido, de forma que o sentido e o limite da competência são balizados pelo fim consubstanciado na lei.”⁶

O poder é uma prerrogativa do administrador público e deve ser utilizado dentro dos limites dados pela lei. Caso utilize este poder além dos limites legais, teremos a ilegalidade por abuso de poder. Caso haja fora das suas atribuições, praticará desvio de finalidade pública. Este conceito reduziu em muito a discricionariedade do agente público, pois tudo o que ele faz deve estar sempre conforme a determinação legal.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que a Constituição deu poderes ao administrador público, trouxe diversos deveres. Portanto, a administração não tem apenas o poder de cobrar atitudes corretas de seus administrados, mas muito mais do que isso, tem o dever de fazê-lo. Este poder de exercício obrigatório dado ao administrador, os autores chamam de poder-dever. Di Pietro afirma que “embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis.”⁷

Todo poder traz consigo uma dose de sujeição, neste caso, do administrado face o Estado. Mas temos que o poder é dado ao Estado pelo povo, portanto, nada mais justo que o Estado busque o bem comum em suas ações e não os seus interesses. Este deve ser o princípio geral de todas as suas ações: a busca do bem comum.

Bacellar⁸ afirma ainda que:

O bem comum não representa a soma de todos os bens individuais, mesmo porque os bens individualmente considerados podem conflitar com aquele.

⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed., p. 23.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., p. 77.

⁸ BACELLAR FILHO, op. cit., p. 25.

Pelo contrário, aqui está o limite negativo: a Administração Pública não pode objetivar interesses particulares. O administrador que transgrida este preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa. A Constituição referiu-se expressamente ao bem comum como objetivo fundamental de toda sua atividade.⁹

Tendo sempre em vista a busca pelo bem comum, torna-se imprescindível o tratamento impessoal da coisa pública, sem favorecimentos pessoais, busca por interesses próprios ou ações discriminatórias com os destinatários dos seus atos. Para que isto ocorra é que temos os princípios constitucionais que devem ser seguidos em todas as ações administrativas.

2.1 O REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO

Entre outros objetos analisados pelo Direito Administrativo temos a Administração Pública. Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz que:¹⁰

Basicamente, são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão Administração Pública:

- a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
- b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

Em razão desta importância do tema, por ser a mais problemática das funções do Estado, a Constituição de 1988 lhe dedicou um capítulo próprio – VII, inserido no Título III – Da organização do Estado, intitulado – Da Administração Pública.

⁹ A Constituição Federal faz menção ao bem comum quando trata do bem de todos no art. 3º, IV. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., p. 45.

Bacellar, citando Odete Medauar, comenta que:¹¹

Ao dispor expressamente sobre Administração Pública em tais preceitos, a Constituição Brasileira de 1988 fixa as diretrizes fundamentais que devem nortear sua atuação; portanto, daí se extrai a conformação institucional e funcional da Administração Pública brasileira e os princípios informadores do próprio direito administrativo.

Cita ainda o autor paranaense que:

Se uma das pedras de toque do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo, com a Constituição de 1988 restou identificada a presença de um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput).¹²

Como a Constituição é a base para todo o sistema normativo nacional, obrigatória que toda a produção legislativa seja levada a cabo seguindo os seus princípios expressos. Tudo que nela reside é norma jurídica, portanto de observância obrigatória. Nenhuma norma do sistema jurídico escapa da interpretação de acordo com a Constituição. Se não existir interpretação conforme a Constituição, esta norma deve ser retirada do sistema jurídico por completa inconstitucionalidade. Todas as leis infraconstitucionais devem ser elaboradas e interpretadas de acordo com a Constituição, mas a recíproca não é verdadeira. Não se pode realizar uma interpretação da Constituição para que ela se adéquie a uma lei infraconstitucional.

Bacellar Filho ainda assevera que “a compatibilidade entre Direito Administrativo infraconstitucional e constitucional deve ser formal e material”¹³, ou seja, elaborada por órgão constitucionalmente competente e possuir conteúdo que respeite os valores e princípios constitucionais.

A evolução da importância dada ao Direito Administrativo, elevando seus princípios básicos e elementares ao patamar constitucional, num processo de constitucionalização deste ramo do Direito, que não é apenas sua exclusividade –

¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed., pp. 26 e 27.

¹² Idem, p. 27.

¹³ Idem, p. 29.

pois este fenômeno também é visto no Direito Civil, no Direito Tributário e no Direito Penal – possui grande relevância nos Estados federativos, como é o caso do Estado brasileiro, “porque diante da repartição constitucional de competências legislativas entre as unidades federativas garante-se um núcleo mínimo de unidade e coerência a partir dos postulados constitucionais.”¹⁴

A autonomia dos entes federados, bem como suas competências legislativas, devem se subordinar aos princípios constitucionais estabelecidos, o que enseja num núcleo mínimo em comum entre todos os entes da federação, visando um tratamento homogêneo dos administrados em âmbito nacional.

2.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O Direito Administrativo Disciplinar encontra amparo na competência constitucional da Administração Pública, portanto em seu poder-dever, de definir condutas a seus administrados, impondo as respectivas sanções pela sua violação. Seu campo de estudo é delimitado, possuindo objeto próprio, como afirma Egberto Maia Luz, com normas específicas, porém, não distante do sistema de Administração Pública, que, “embora não o deferindo ao Poder Judiciário, consagra-lhe normas e princípios que este adota, quer algumas de natureza civil e muitas outras de natureza penal e processual penal.”¹⁵

Decorre, portanto, do seu poder disciplinar, que segundo Di Pietro “é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa.” Ainda segundo a autora “não abrange as sanções impostas a particulares não sujeitos à disciplina interna da Administração, porque, nesse caso, as medidas punitivas encontram seu fundamento no poder de polícia do Estado.”¹⁶

¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed., p. 30.

¹⁵ LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar**. 4. ed., p. 62.

¹⁶ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., p. 82.

Romeu Felipe Bacellar Filho, citando Hely Lopes Meirelles, traz um conceito mais amplo, o qual abrange o funcionário público e o particular que se sujeita à disciplina dos órgãos e serviços da administração:

Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente.¹⁷

Este poder disciplinar é decorrente da hierarquia, ou seja, uma relação de coordenação e subordinação entre os vários órgãos que integram a Administração Pública. Mesmo nos órgãos que não possuem hierarquia no exercício de suas funções institucionais, como no Ministério Público e Poder Judiciário, “ela existe quanto ao aspecto funcional da relação de trabalho, ficando os seus membros sujeitos à disciplina interna da instituição”.¹⁸

Lembremos que o poder disciplinar é discricionário, mas esta discricionariedade não é ampla. A Administração Pública, ao tomar conhecimento de uma falta, não pode escolher entre punir ou não punir. Deve instaurar o processo e, se for o caso, tomar as medidas disciplinares cabíveis.

Lembremos também que as esferas de atuação do Direito Administrativo Disciplinar e do Direito Penal são independentes. São ramos autônomos, cada um com sua esfera de competência. Bacellar cita como exemplo “o parágrafo único do art. 52, da Constituição Federal, que comina à prática do crime de responsabilidade, a pena de perda do cargo com a inabilitação para o exercício da função pública ‘sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.’”¹⁹

Continua ainda o autor, embasando sua teoria na explanação de Hely Lopes Meirelles:

¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed., p. 32.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., p. 82.

¹⁹ BACELLAR FILHO, op. cit., p. 34.

A punição disciplinar e a criminal têm fundamentos diversos, e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau; é de substância. Dessa substancial diversidade resulta a possibilidade da aplicação conjunta das duas penalidades sem que ocorra bis in idem. Por outras palavras, a mesma infração pode dar ensejo a punição administrativa (disciplinar) e a punição penal (criminal).²⁰

Importante salientarmos que, se de um lado, o Direito Administrativo Disciplinar estabelece condutas a serem seguidas pelos administrados de maneira genérica e abstrata, por outro lado, por imposição constitucional, existe a necessidade de se estabelecer um processo adequado para a aplicação de sanções pela violação desses preceitos.

Emprestando a perspectiva do Direito Penal e do Direito Processual Penal, podemos falar em Direito Administrativo Disciplinar processual e material. Tratando do Direito Administrativo Disciplinar processual temos o surgimento do Processo Administrativo Disciplinar, sobre o qual iremos tratar nos próximos capítulos, pois nenhuma penalidade pode ser aplicada sem prévia apuração por meio de processo legal, em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da Constituição).

²⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed., p. 34.

3. PROCESSO OU PROCEDIMENTO

No estudo do Direito Administrativo muito já se questionou a respeito da aplicação dos termos processo e procedimento administrativo. Vemos que até mesmo a legislação utiliza os conceitos, às vezes, de forma pouco cuidadosa, empregando os vocábulos sem prestar a devida atenção no seu verdadeiro significado.

Veremos neste capítulo as opiniões dos diversos autores a respeito do assunto, bem como demonstraremos a posição adotada pela Constituição da República.

3.1 OPINIÃO DOS DOUTRINADORES

Podemos começar a pesquisa de distinção entre processo e procedimento administrativo através de uma simples leitura do dicionário jurídico, tendo em mente que para um estudo acadêmico jurídico mais aprofundado da matéria, isto não será suficiente para uma total concepção.

Nas palavras de Deocleciano Torrieri Guimarães, procedimento é:

Conjunto de atos que constituem o modo pelo qual se desenvolve e se aplica o processo, a sua dinâmica. Modo de agir, rito, forma legal de movimentar a lide.²¹

Definindo processo, Deocleciano Guimarães afirma que é:

Conjunto organizado de preceitos legais que dão forma e movimento à ação; compõe-se de peças, termos e atos com que se instrui, disciplina e promove a lide em juízo para efetivação do direito nela pleiteado. Seqüência de atos interdependentes que se destinam a solucionar litígio, vinculando o juiz e as partes a direitos e obrigações.²²

²¹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 7. ed., p. 455.

²² Idem, p. 456.

Mais adiante quando trata mais especificamente de processo administrativo, Deocleciano diz que “é aquele que encerra litígio entre a Administração Pública e o administrado ou o servidor”.²³

Após a leitura desses vocábulos jurídicos temos uma conceituação inicial clara: procedimento é o conjunto de atos que constituem o modo pelo qual se desenvolve e se aplica o processo, sendo a forma de desenvolvimento deste, o seu rito.

Passando para o estudo da opinião de alguns doutrinadores, iniciaremos com a opinião de Lucia Valle Figueiredo a qual cita as divergências entre os doutrinadores a respeito da questão afirmando que uns defendem a idéia de “que processo é a palavra adequada, pois é típica a conotar as atividades legislativas, executivas e judiciais.” Por outro lado cita ainda que existem alguns autores “que entendem inadequada a utilização do termo processo, por objetarem que haveria confusão com o judicial (cuja nota mais tipificadora é a coisa julgada); assim, acreditam ser própria a expressão procedimento, pois nela encontrar-se-ia tipificada a função administrativa.”²⁴

Nesta controvérsia, a autora tenta fazer uma sistematização do assunto, compatibilizando-a com a Constituição:

Temos, pois, processo (gênero): 1) procedimento, como forma de atuação normal da Administração Pública; 2) procedimento, seqüência de atos ordenada para a emanação de um ato final, dependendo a validade do ato posterior sempre de seu antecedente, subdividindo-se em: a) procedimentos nominados; b) procedimentos inominados; 3) processo, em sentido estrito, em que a litigiosidade ou as acusações encontram-se presentes, obrigando-se o contraditório e a ampla defesa: a) processos revisivos; b) processos disciplinares; c) processos sancionatórios. Entendemos, por consequência, como se verificou, que se possa referir a processo, em sentido estrito, quando estivermos diante dos denominados de segundo grau, por Giannini, quer sejam disciplinares, sancionatórios ou revisivos (quando houver, portanto, litigantes ou acusados); do contrário, como requisito essencial da atividade administrativa, normal da explicitação da competência, haverá procedimento, que se conterá dentro do processo em sentido amplo.²⁵

²³ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 7. ed., p. 456.

²⁴ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed., p. 410.

²⁵ Idem, pp. 411 e 412.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que não se confunde processo com procedimento administrativo. Para ela processo administrativo:

Existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração.²⁶

Afirma ainda que “o procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.”²⁷

Diógenes Gasparini, quando trata do assunto cita que:

Ao se observar o agir da Administração Pública, nota-se que o resultado por ela desejado somente é alcançado depois da realização de uma série de atos administrativos interligados, em que a prática de um depende da efetivação do que lhe é imediatamente anterior. Quando isso ocorre, está-se diante do que os autores chamam de procedimento administrativo.²⁸

Cita o autor na seqüência de seu texto uma afirmação de Celso Antonio Bandeira de Mello, o qual trata do procedimento como “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo.”²⁹

Ao conceituar processo administrativo Gasparini afirma o seguinte:

A locução processo administrativo é formada pelo substantivo processo e pelo adjetivo administrativo. Enquanto processo designa o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados, e necessários a alcançar uma decisão sobre certa controvérsia, administrativo indica, além da sede em que se desenvolve o processo, a natureza do litígio. Assim, tecnicamente pode-se definir o processo administrativo como o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia de natureza administrativa. De sorte que somente os processos administrativos que encerram litígio entre a Administração Pública e o administrado ou o servidor são merecedores dessa denominação.³⁰

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., p. 578.

²⁷ Ibidem.

²⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., p. 87.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Idem, p 781.

Tratando do assunto, Romeu Felipe Bacellar Filho explana que procedimento administrativo é “uma sucessão ordenada, seqüencial e legal de atos e operações que conduzem a um ato final almejado pela Administração Pública.”³¹

Acrescenta ainda que:

Quando do procedimento puderem advir efeitos à esfera jurídica das pessoas e estas vierem a participar sob o prisma do contraditório, ou ainda quando externar uma acusação, tem-se o processo. Assim, do procedimento, se formulada alguma acusação ou constatada a participação de interessados em contraditório, pode resultar um processo, de modo que todo processo é procedimento, mas a recíproca não é verdadeira. Afirma-se, deste modo, que procedimento é gênero e processo é espécie.³²

Bacellar faz ainda um apanhado das diversas opiniões expostas em seu livro e conclui afirmando que o processo administrativo é uma modalidade de exteriorização da função administrativa, sendo que esta modalidade é qualificada pela participação das partes em contraditório, imposto pela circunstância de se tratar de procedimentos elaborados antes de um provimento, apto a interferir na esfera jurídica das pessoas.³³

3.2 O QUE DIZ A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Romeu Felipe Bacellar Filho aprofunda ainda mais seu parecer ao embasar seu ponto de vista na opção constitucional pelo processo administrativo. A Constituição da República inovou ao introduzir em seu artigo 5º, LV, o processo administrativo, “este entendido em sentido amplo em face do servidor ou do particular, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos inerentes.”³⁴

A opção constitucional pelo termo processo administrativo ao invés de procedimento administrativo é mais profunda do que somente uma preferência pelo

³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 88.

³² Ibidem.

³³ Idem, pp. 47 e 48.

³⁴ Idem, p. 89.

emprego deste termo jurídico. Ela envolve em seu emprego a obrigatoriedade do regime jurídico processual nas atividades administrativas trazidas pela Constituição Federal.

Além do artigo 5º, LV, podemos citar outros dispositivos constitucionais que trazem a expressão processo administrativo:

Art. 5º, LXXII: conceder-se-á "habeas-data":

(...)

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

(...)

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

Desta análise podemos verificar que o conceito de processo não está aplicado de forma restrita, mas comporta a idéia de processualidade ampla, não se referindo somente à função jurisdicional, mas também sendo forma de desenvolvimento das funções administrativa e legislativa.

3.3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

Conforme cita Romeu Felipe Bacellar Filho em seu livro, Processo Administrativo Disciplinar, “o processo administrativo ingressou nos textos

constitucionais mediante a consagração de um regime processual disciplinador da perda do cargo dos servidores públicos.”³⁵

Na Constituição de 1934 havia duas previsões de processo administrativo. A primeira tratava da perda do cargo por parte dos membros do Ministério Público Federal, trazendo em seu art. 95, § 3º, o seguinte:

Art 95 - O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.

(...)

§ 3º - Os membros do Ministério Público Federal que sirvam nos Juízos comuns, serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurada ampla defesa.

A outra previsão da Constituição de 1934 sobre o processo administrativo abordava a destituição dos funcionários públicos estáveis, ou seja, aqueles que possuíam dois anos, ou mais, de serviço, quando nomeados em virtude de concurso de provas, ou com dez anos de efetivo serviço. Em seu artigo 169 trazia a seguinte redação:

Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

Na Carta Constitucional de 1937³⁶ também existia a previsão de processo administrativo anterior à exoneração de funcionário público estável, no art. 156, alínea “c”:

Art 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

(...)

c) os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de

³⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed., p. 58.

³⁶ Egberto Maia Luz, em seu livro Direito Administrativo Disciplinar, 4. ed., p. 34, faz uma distinção entre Constituição e Carta Constitucional. Segundo o autor, “a distinção fundamental é que a Constituição é promulgada, enquanto a Carta Constitucional, é outorgada. A primeira origina-se do Poder Legislativo, que representa o povo, enquanto a segunda, origina-se do Poder Executivo (representa portanto, a vontade unilateral).”

exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se;

Da mesma forma que a Constituição de 1934, a de 1946 trata do processo administrativo em dois momentos: primeiro, no art. 127, com relação à demissão dos membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios:

Art 127 - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

No segundo momento, a Constituição de 1946 trata no art. 189, inciso II, da demissão dos funcionários públicos estáveis:

Art 189 - Os funcionários públicos perderão o cargo:
 (...)

II - quando estáveis, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa.

Em 24 de janeiro de 1967 a Constituição promulgada tratou em seu art. 103, inciso II, sobre a necessidade do processo administrativo para a demissão do funcionário estável:

Art 103 - A demissão somente será aplicada ao funcionário:
 (...)

II - estável, na hipótese do número anterior, ou mediante processo administrativo, em que se lhe tenha assegurado ampla defesa.

Seguindo-se à Constituição de 1967 tivemos a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, a qual fazia previsão do processo administrativo necessário para a perda do cargo para o funcionário estável, assim como na Constituição de 1967:

Art. 105. A demissão somente será aplicada ao funcionário:
 (...)

II - estável, na hipótese do número anterior ou mediante processo administrativo, em que lhe seja assegurada ampla defesa.

Vemos que todas as Constituições e Cartas Constitucionais citadas previam a necessidade do processo administrativo para a perda do cargo do funcionário público, variando apenas o adjetivo caracterizador da defesa: ampla ou plena, ou ainda utilizando a expressão “em que sejam ouvidos e possam defender-se.”³⁷

A Constituição de 1988, alterada pela Emenda Constitucional nº 19/98, não desfez esta seqüência de previsões e dispôs em seu art. 41:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Como cita Bacellar Filho, a Constituição de 1988 inovou ao inserir no art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” O autor comenta que o campo de abrangência do art. 5º, LV, é mais amplo que a regra do art. 41, § 1º, pois enquanto no art. 5º, LV, está garantido o processo administrativo com contraditório, ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes para todos os litigantes e acusados”, no art. 41, § 1º, “assegura-se o processo administrativo com ampla defesa para o servidor público estável diante da perda do cargo.”³⁸

A Constituição também trouxe em seu art. 5º, LIV, o princípio do devido processo legal: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o

³⁷ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 10 de novembro de 1937.

³⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed., pp. 60 e 61.

devido processo legal”, garantido que o mínimo de formalismo deve ser seguido para a aplicação do processo administrativo.

A instituição do art. 5º, LV, em conjunto com o art. 5º, LIV, trouxe para o nosso direito o processo administrativo inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais. Para Odete Medauar, o processo administrativo deve ser elevado ao status de garantia constitucional, destinado a “tutelar direitos, porque representa meio para que sejam preservados, reconhecidos ou cumpridos direitos dos indivíduos na atuação administrativa.”³⁹

Por sua vez, as garantias constitucionais apresentam as funções de proteger os direitos dos administrados, na sua função subjetiva, e de garantir a legalidade, em sua função objetiva.

Romeu Felipe Bacellar Filho, citando Dromi, faz a seguinte afirmação:

A análise isolada do art. 5º, inc. LV, poderia levar ao entendimento segundo o qual o procedimento somente estaria elevado à garantia constitucional quando inserido em um processo. Contudo, o art. 5º, inc. LIV, garante o ‘devido processo legal’. Vincula, portanto, o exercício do poder ao modelo procedural estabelecido pela Constituição e pela lei. O procedimento, até quando não inserido no processo, funciona como garantia constitucional, assegurando regularidade e racionalidade ao poder estatal e do dever particular.⁴⁰

Como o processo é garantia constitucional, o legislador não pode normatizar o processo administrativo ao seu bel prazer. Deve seguir o modelo definido pela Constituição, primando sempre pela observância dos princípios constitucionais, que visam garantir o mínimo de legalidade e seriedade no trato com os direitos dos cidadãos.

³⁹ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 76 e 77.

⁴⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed., p. 62.

4. MEIOS DE EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR

A Constituição Federal ao regular a forma de funcionamento do Estado, atribui responsabilidades ao administrador, dentre elas, a busca pelo bem comum. É de interesse da coletividade que os agentes do Estado trabalhem de maneira correta, protegendo o interesse público.

Para que seus agentes trabalhem sempre em busca do bem comum, protegendo o interesse público, o Estado dispõe de poder disciplinar para sancionar aqueles servidores que se desviem do caminho correto.

Veremos neste capítulo as formas práticas que o Estado aplica para a apuração destes desvios de conduta, os processos integrantes do Direito Administrativo Disciplinar, sempre tendo em consideração o seu enquadramento com os princípios constitucionais.

No passado, a apuração das faltas disciplinares dos funcionários públicos, muitas vezes era feita de forma sumária. Um dos institutos aplicado até pouco tempo, e que não foi recepcionado pela Constituição Cidadã, é a aplicação de punição através da verdade sabida.

Segundo o art. 271,⁴¹ da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, do Estado de São Paulo (Estatuto dos funcionários públicos civis do Estado de São Paulo), verdade sabida é “o conhecimento pessoal e direto de falta por parte da autoridade competente para aplicar a pena.” Pelo *caput* do dispositivo legal, seria possível aplicar pena pela verdade sabida, quando se tratasse de transgressão funcional passível de repreensão e suspensão.

Egberto Maia Luz define a verdade sabida como “o conhecimento individual exclusivo, e imediato sem intermediários, de falta por parte da autoridade competente para aplicar a pena.”⁴²

⁴¹ Art. 271. No caso dos arts. 253 e 254, poder-se-á aplicar a pena pela verdade sabida, salvo se, pelas circunstâncias da falta, for conveniente instaurar-se sindicância ou processo.

Parágrafo único. Entende-se por verdade sabida o conhecimento pessoal e direto de falta por parte da autoridade competente para aplicar a pena.

⁴² LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar**. 4. ed., p. 123.

Com relação ao instituto da verdade sabida, Di Pietro afirma o seguinte:

Este dispositivo estatutário não mais prevalece, diante da norma do artigo 5º, LV, da Constituição, que exige o contraditório e ampla defesa nos processos administrativos. Mesmos antes da atual Constituição, já se entendia que o princípio da ampla defesa, previsto no artigo 153, § 16, para o processo penal, era aplicável às esferas civil e administrativa.⁴³

A lei nº 8.112/90, bem como a Lei nº 9.784/99 não prevêem a aplicação de pena através da verdade sabida.

Temos hoje no Direito Administrativo Disciplinar a previsão expressa de dois ritos: a Sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar, os quais abordaremos a seguir.

4.1 SINDICÂNCIA

Comecemos nosso estudo da Sindicância pelo estudo etimológico feito por José Cretella Junior, citado por Di Pietro, em seu livro Direito Administrativo:

No idioma de origem, os elementos componentes da palavra sindicância, do origem, são o prefixo syn (junto com, juntamente com) e dic (mostrar, fazer ver, pôr em evidência), ligando-se este segundo elemento ao verbo deiknymi, cuja acepção é mostrar, fazer ver. Assim, sindicância significa, em português, à letra, 'a operação cuja finalidade é trazer à tona, fazer ver, revelar ou mostrar algo, que se acha oculto.'⁴⁴

Romeu Felipe Bacellar Filho, em seu livro de Direito Administrativo, traz um conceito de Sindicância muito claro, preciso e conciso:

A sindicância, a rigor, é um procedimento administrativo de cunho eminentemente investigatório, o qual, por não encerrar acusação, prescinde de defesa e, portanto, não admite a aplicação de sanção. A sindicância, em sua concepção mais pura, é realizada para apurar fatos e eventual presunção de autoria, constituindo impropriedade dirigi-la contra uma pessoa em especial.⁴⁵

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., p. 594.

⁴⁴ Idem, p. 593.

⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. p. 104.

Com relação à existência ou não de Sindicado, Diógenes Gasparini⁴⁶ defende a possibilidade de ser instaurado o procedimento contra um sindicado. Segundo ele, “a sindicância pode ser aberta com ou sem sindicado; exige-se somente a indicação ou descrição da falta a apurar.”

A sindicância configura procedimento de investigação, de apuração de fatos. É correto falarmos que a Sindicância está para o processo administrativo assim como o inquérito policial está para o processo penal. Convém esclarecer que tanto a sindicância quanto o inquérito policial não são indispensáveis. Egberto Maia Luz afirma existir uma verdadeira regra de três, consagrando o inquérito policial e a sindicância:

A sindicância está para o processo disciplinar, assim como o inquérito policial está para o processo criminal. Vale observar a respeito dessa verdadeira analogia que, enquanto inquérito é peça informativa quase 100% obrigatória, a sindicância é quase 100% dispensável. A pergunta, então é: pode haver processo criminal sem o inquérito policial? Pode, mas isso é exceção. O reverso assim se apresenta, pode haver processo administrativo disciplinar, sem a prévia sindicância? Claro que pode e deve, eis que isso é regra, enquanto a ocorrência da sindicância é a exceção.⁴⁷

A única diferença entre sindicância e inquérito é que este não pode ser arquivado pela polícia⁴⁸, enquanto a sindicância pode e deve, se estiver destituído de fundamento o seu objeto.

A sindicância como procedimento deve ser instaurada em duas únicas hipóteses:

I – quando a autoria for desconhecida;

II – quando o fato ainda não está tipificado.

A Lei nº 8.112/90 prevê a instauração da sindicância para a apuração de irregularidades dela podendo resultar: arquivamento do processo, aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias ou instauração de processo disciplinar. Na hipótese de aplicação de penalidade de advertência ou

⁴⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., p. 815.

⁴⁷ LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar**. 4. ed., p. 136.

⁴⁸ CPP, art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

suspensão de até 30 (trinta) dias, a sindicância deve ser realizada como processo, oferecendo oportunidade de ampla defesa e contraditório, obedecendo ainda o devido processo legal para não ser considerada constitucional. Bacellar afirma que se por acaso alguma lei dispor sobre a sindicância para apurar faltas, como é o caso da Lei nº 8.112/90, ou se durante o procedimento administrativo o encarregado verificar a existência de irregularidade passível de punição administrativa de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias, “tratar-se-á de procedimento a ser convertido em processo (contraditório e ampla defesa) sempre que se deflagrar em seu curso, litigância ou acusação.”⁴⁹

Quanto à forma da sindicância, Egberto Maia Luz afirma:

O formalismo excessivo deve ser abolido firmemente do bojo da sindicância e em seu lugar, adotado os atos e termos responsáveis pela perfectibilidade do feito sempre no sentido de assegurar a firme e inquestionável verdade dos fatos, seu objeto.⁵⁰

Afirma ainda o autor que “a sindicância deve sempre observar o rito processual, mantido pelo processo disciplinar, podendo apenas diminuir-lhe os prazos e, também, alguns termos não essenciais.”⁵¹ Na mesma esteira Bacellar esclarece o seguinte:

A matriz da inconstitucionalidade das leis reside na equívoca e infeliz tradição de compreensão da sindicância como ‘meio’, termo contraposto a procedimento, sem controle sobre o caminho a ser seguido pela administração. Frise-se: a sindicância não é meio e sim procedimento, ao contrário de decisão veiculada por maioria de votos do Superior Tribunal de Justiça.⁵²

Complementa ainda o autor paranaense, corroborando seu ponto de vista, que “a sindicância comporta-se, constitucionalmente, como procedimento porque dela decorre sempre um provimento administrativo, entendido como ordem que atinge a esfera individual.”⁵³

⁴⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar.** p. 93.

⁵⁰ LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar.** 4. ed., p. 137.

⁵¹ Idem, p. 132.

⁵² BACELLAR FILHO, op. cit., p. 95.

⁵³ Idem, pp. 95 e 96.

Isto não quer dizer que todos os seus atos devam ser enrijecidos, mas possuir um “sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparação do provimento final.”⁵⁴

No sentido oposto, Diógenes Gasparini defende a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça ao assentar no Recurso de Mandado de Segurança nº 281/SP, que os vícios da sindicância, praticados pelo responsável ou pela comissão designada para a condução desse processo, a exemplo de intimação irregular, falta de advogado, indeferimento de prova, não levam a nulidade da pena aplicada ao servidor em razão de posterior processo administrativo disciplinar a que vier a ser submetido. A ementa do recurso em questão traz a seguinte redação:

O processo da sindicância não tem forma e nem figura de juízo, não obedece a procedimento específico, nem ao princípio do contraditório ao indiciado não cabe alegar defeitos ou irregularidades na sindicância (ou vícios de intimação), porquanto a sua defesa será sempre feita, de forma exaustiva e eficiente, na fase do inquérito administrativo, como ocorreu, na hipótese. Os defeitos de intimação, na fase da sindicância, não se podem refletir para efeito de anulação de punição irrogada, ao sindicado, com base em processo administrativo regular, mediante o asseguramento da mais ampla defesa.⁵⁵

Bacellar Filho lembra que por mais que não estejam presentes na sindicância o contraditório e a ampla defesa, por não haver litigantes ou acusados, os demais princípios constitucionais aplicados à Administração Pública devem ser obedecidos – legalidade, moralidade, publicidade, impensoalidade e eficiência.⁵⁶

Em sentido contrário, Diógenes Gasparini alega que em razão de sua natureza, finalidade e objeto é natural que a sindicância não precisa de publicidade, podendo ser promovida sigilosamente.⁵⁷

⁵⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplina.**, p. 96.

⁵⁵ Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em Mandado de Segurança nº 281/SP. Relator: Ministro Garcia Vieira. Relator do Acórdão: Ministro Demócrito Reinaldo. 1ª Turma. 31 mar. 1993. Diário de Justiça da União, p. 9292, 17 mai. 1993.

⁵⁶ BACELLAR FILHO, op. cit., pp. 94 e 95.

⁵⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., p. 817.

4.2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

4.2.1 Conceito

Podemos começar a análise do Processo Administrativo Disciplinar através do conceito dado por Deocleciano Torrieri Guimarães, no dicionário Técnico Jurídico:

O Processo Administrativo Disciplinar (inquérito administrativo) é meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos. É sempre necessário para imposição de pena de demissão a funcionário estável e também o é para o efetivo, ainda que em estágio probatório.⁵⁸

Cabe, no entanto, uma ressalva ao conceito dado por Torrieri. Não é técnico chamar o processo administrativo de inquérito administrativo, pois ele não se assemelha com o inquérito policial, visto que em nada é inquisitorial. Assim, como afirma Diogenes Gasparini, “a semelhança que se quer estabelecer com o inquérito policial, cuja essência é inquisitorial, é improcedente.”⁵⁹

A lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, define o processo administrativo desta forma:

Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Romeu Felipe Bacellar Filho afirma que o processo administrativo disciplinar é “uma das modalidades de processo administrativo, é o meio, composto de uma sucessão de atos e solenidades legalmente previstas, destinado a apurar infrações já detectadas, presumivelmente cometidas por determinado(s) servidor(es) público(s), aplicando-se, quando for o caso, as penalidades cabíveis.”⁶⁰

⁵⁸ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 7. ed., p. 456.

⁵⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., p. 802.

⁶⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 105.

4.2.2 Modalidades

Em alguns países temos uma dualidade de jurisdição, ou seja, a existência de um contencioso administrativo ao lado da jurisdição comum. Nestes países é possível falar em dois tipos de processos administrativos: o gracioso e o contencioso.

Segundo Maria Silvia Zanella Di Pietro o processo administrativo contencioso se desenvolve perante um órgão cercado de garantias que proporcionam a sua isonomia, com competência para proferir decisões com força de coisa julgada sobre as lides surgidas entre administração e administrados. Diferentemente, no processo gracioso, a própria Administração faz atuar a vontade da lei, com vistas à consecução dos fins estatais que lhe estão confiados e que nem sempre envolvem decisão sobre pretensão do particular. Existe uma série de atos que constitui o processo, culminando na edição de um ato administrativo. No Direito Brasileiro o processo administrativo é gracioso⁶¹, por força do art. 5º, XXXV, o qual prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, estabelecendo desta forma a unidade de jurisdição.

4.2.3 Fundamento

Podemos afirmar que existem dois fundamentos que permitem à Administração Pública instaurar um processo administrativo disciplinar: um fundamento constitucional, previsto no art. 5º, LV, que assegura aos acusados o contraditório e ampla defesa, e art. 41, § 1º, que exige o processo administrativo para a demissão de servidor estável, em que lhe seja assegurada ampla defesa; e outro legal, consubstanciada em lei, como é o exemplo do art. 143, da Lei nº 8.112/90, que obriga a autoridade que tiver ciência de irregularidades no serviço a

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., pp. 579 e 580.

promover a sua imediata apuração através de sindicância ou processo administrativo disciplinar. Também é utilizada como fundamento de maneira supletiva no âmbito federal, a Lei nº 9.784/99.

4.2.4 Objeto e finalidade

O objeto do processo administrativo disciplinar é a apuração das infrações e a respectiva aplicação das penas correspondentes aos servidores da Administração Pública autores da infração apurada, caso seja comprovada a existência de irregularidade e a autoria desta infração. Pode ocorrer de se chegar ao final do processo e se decidir pela inexistência de irregularidade funcional ou não se chegar a um culpado.

Por outro lado a finalidade do processo administrativo disciplinar é sempre o controle da conduta dos servidores.

Face aos dispositivos constitucionais, Diógenes Gasparini entende que o processo administrativo disciplinar é obrigatório sempre que se tiver um servidor acusado de infração, pois só nessa espécie de processo podem realizar-se, efetivamente, essas garantias constitucionais, independentemente da gravidade da infração.⁶²

4.2.5 Fases do processo administrativo disciplinar

De uma maneira geral, nas leis estatutárias o processo administrativo disciplinar é composto de três fases: instauração, inquérito e julgamento. A instauração ocorre com o ato da autoridade competente determinando o início do processo administrativo disciplinar. O ato de instauração deve indicar o servidor acusado, enunciar os fatos e condutas que lhe são imputadas, bem como os

⁶² GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., p. 803.

dispositivos legais concernentes. Deve se levar em conta a total clareza do ato para oportunizar a defesa plena do servidor. Pode a instauração coincidir com a constituição da comissão processante, o que não é recomendável, na opinião de Bacellar Filho, sugerindo a necessidade de comissões permanentes.⁶³

O inquérito é dividido em instrução, defesa e relatório. A instrução nada mais é que a busca por elementos de fato e de direito sobre as circunstâncias do caso e da conduta do acusado. Se o processo for precedido de sindicância, esta será peça informativa da instrução.⁶⁴

A defesa ocorre após a instrução e alguns autores entendem que não se apresentam plena se não for elaborada por advogado. Sobre este tema em particular, trataremos mais especificamente no capítulo referente à ampla defesa no processo administrativo disciplinar.

Após a apresentação da defesa, a comissão elaborará um relatório contendo a descrição dos fatos e das provas colhidas durante o processo, um resumo dos pontos mais importantes dos depoimentos e dos argumentos de defesa e concluirá, fundamentadamente, a respeito da condenação ou absolvição do acusado.⁶⁵

O julgamento é competência da mesma autoridade que determinou a instauração do processo, outro ponto bastante discutido na doutrina. Aqui, a autoridade competente deve dizer se o acusado deve ser condenado ou absolvido. Caso condenado, a sanção que lhe será imposta. O art. 168, da Lei nº 8.112/90, determina que o relatório da comissão processante possui efeito vinculante, ou seja, a autoridade competente deve acatar o relatório da comissão, salvo se este for contrário à prova dos autos, onde poderá discordar, desde que o faça fundamentadamente.

⁶³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed., p. 106.

⁶⁴ Idem, p. 107.

⁶⁵ Ibidem.

4.2.6 Princípios

Analisaremos no próximo capítulo alguns dos princípios aplicáveis ao processo administrativo disciplinar. Como sabemos que o direito deve ser estudado sempre como um sistema, em que os diversos compartimentos se comunicam, não podemos deixar de considerar que muitos dos princípios aplicados no direito penal também devem ser observados nos processos administrativos disciplinares.

Estudaremos mais profundamente neste trabalho os princípios considerados indispensáveis para a execução, conforme a Constituição, do processo administrativo, analisando as diferentes discussões doutrinárias a respeito da matéria. Procuraremos trazer algumas decisões jurisprudenciais que embasam os pontos de vista dos diversos doutrinadores que estudam o assunto.

Não esgotaremos o tema, nem é esta a nossa pretensão, posto o vasto campo fértil que temos para plantar idéias sobre o assunto, sempre cabendo mais de uma espécie de opinião, buscando sempre um lugar ao sol e a opinião favorável do leitor.

5. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que “os princípios fundamentais de toda a atividade da Administração Pública encontram-se, explícita ou implicitamente, no texto da Constituição de 1988.”⁶⁶

As leis que tratam sobre princípios fundamentais são decorrentes do que a Constituição dispõe sobre a atuação da Administração Pública em geral. Tomaremos por base e analisaremos neste trabalho os princípios indicados no art. 2º, da Lei nº 9.784/99⁶⁷, quais sejam: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Além desses princípios trazidos como indispensáveis para o bom desenrolar do processo administrativo disciplinar, também faremos alguns comentários a respeito do princípio do juiz natural, muito discutido pelos doutrinadores do Direito Administrativo.

Os princípios são as idéias basilares de um sistema, dando a ele um norte e um núcleo comum, buscando tratamento igualitário entre aqueles que estão sob sua égide. Dão um sentido às regras estabelecidas e indicam qual a interpretação que deve ser dada, direcionando a própria produção das normas legais.

O art. 37 da Constituição de 1988 encontra-se inserido no Capítulo VII – “Da Administração Pública”, mais especificamente na Seção I deste capítulo, o qual trata das “Disposições Gerais”. Como bem observam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, esse fato evidencia que os princípios ali numerados são obrigatórios para todos os Poderes, quando estiverem no exercício de funções administrativas, bem como para todos os entes da federação, alcançando ainda a Administração Direta e a Indireta.⁶⁸

⁶⁶ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 17. ed., p. 189.

⁶⁷ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁶⁸ ALEXANDRINO, Marcelo. Op. cit., p. 190.

5.1 LEGALIDADE

O Direito Administrativo se apresenta como mecanismo indispensável para a proteção dos cidadãos contra abusos do poder estatal. Nas relações entre o Estado e os particulares temos uma relação verticalizada, sempre com a Administração em poder de superioridade. Em razão dessa posição superior da Administração Pública, faz-se necessária a observância das normas jurídicas, tanto nas relações entre os órgãos do Poder Público ou entre estes e os particulares.

Essa observância do sistema jurídico se aplica sobremaneira quando a Administração realiza qualquer Processo Administrativo Disciplinar. Antes de tudo e de qualquer outro princípio, a Administração Pública deve levar em consideração que todos os seus atos devem estar amparados no sistema jurídico para terem a devida validade. Lucia Valle Figueiredo assinala que o princípio da legalidade é muito mais amplo do que a simples sujeição do administrador à lei, pois obriga, além disso, também a submissão ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.⁶⁹ Este princípio está expresso na Constituição Federal, no *caput* do art. 37⁷⁰, e no art. 2º, da Lei nº 9.784/99.

É um princípio decorrente do Estado de Direito e exprime a idéia da lei como instrumento mais apropriado para definir o regime de certas matérias e de instrumento normativo de vinculação jurídico-constitucional da Administração.⁷¹

A formulação mais ampla deste princípio é trazida no art. 5º, II, da CF/88. Neste artigo se inserem alguns dos mais importantes direitos e garantias fundamentais de nosso ordenamento jurídico.

Os autores fazem uma distinção entre a legalidade para o particular e a legalidade que deve ser observada pelo administrador público. O particular obedece

⁶⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed., p. 417.

⁷⁰ Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

⁷¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. pp. 157 e 158.

ao chamado princípio da legalidade mínima, ou seja, existe uma relação de não contrariedade das ações do particular com as leis do país. O lema mais conhecido desta concepção mínima é: “se não for proibido, é permitido.”

Para a Administração a idéia de legalidade é muito mais ampla. O administrador só pode fazer aquilo que está previsto em lei. É uma relação de conformidade com ela, ou seja, todos os seus atos devem estar previstos em lei. Não pode o administrador tomar determinadas atitudes justificando seu ato pela simples alegação de que não existe proibição da lei em sentido contrário. Somente deve ele fazer o que está previsto em lei, através de atos vinculados ou discricionários.

Desta forma, a Administração Pública só poderá aplicar qualquer punição ao administrado se a falta do servidor público estiver anteriormente prevista em lei, não podendo sancionar o agente do Estado sem o devido processo legal que respeite os princípios constitucionais citados no art. 2º da Lei nº 9.784/99, bem como outros previstos na Constituição Federal.

A Administração, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir conforme a lei. Os atos praticados fora destes parâmetros são atos inválidos e podem ter sua invalidade decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário que irá exercer o controle sobre os atos administrativos, mas somente com referência a sua legalidade.

5.2 FINALIDADE

A finalidade é outro princípio que deve ser observado pelo administrador público sempre que for praticar qualquer ato na função de agente do Estado. A Administração Pública deve buscar sempre o bem comum e o atingimento do interesse público nas suas realizações.

Bacellar Filho quando trata dos princípios atinentes ao processo administrativo disciplinar, mais especificamente do princípio do formalismo

moderado, comenta que “a finalidade, submissa à idéia de bem comum, revela-se imprescindível em qualquer ato ou procedimento da Administração Pública.”⁷²

Diógenes Gasparini, comentando o princípio da finalidade afirma o seguinte:

O processo administrativo tem por finalidade específica o registro de ato da Administração Pública, o controle da conduta de seus agentes e administrados, a compatibilização do interesse público e privado, a outorga de direitos e a solução de controvérsias entre a Administração Pública e seus agentes ou administrados.⁷³

Termina o autor afirmando que existem duas finalidades nos atos administrativos: a primeira, específica, é o que a Administração Pública se propõe a obter com a instauração de um processo administrativo; a segunda, genérica, é a busca pelo interesse público como instrumento de realização da função administrativa.⁷⁴

O afastamento da Administração Pública da finalidade de interesse público denomina-se desvio de finalidade, conforme expõe Diógenes Gasparini.⁷⁵ Continua o autor classificando o desvio de finalidade como genérico ou específico. Afirma que será genérico o desvio, quando o ato apenas deixar de atender ao interesse público, citando o exemplo da edição de atos preordenados para satisfazer interesses privados, como uma desapropriação de bens para doação à particular ou como uma forma de vingança. Por outro lado, o desvio será específico quando o ato desatender a finalidade indicada na lei. O autor dá o exemplo da utilização de um instrumento jurídico criado para um fim, para se alcançar outro (utilização da Carteira de Identidade, criada para o sistema de Segurança Pública, para se aumentar a arrecadação). Tais atos desviados de suas finalidades são nulos.⁷⁶

⁷² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo Disciplinar.** 2. ed., pp. 181 e 182.

⁷³ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 6. ed., p. 787.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Idem, p. 13.

⁷⁶ Ibidem.

5.3 MOTIVAÇÃO

Este é outro princípio trazido pela lei nº 9.784/99, que nos dá a idéia de que todos os atos praticados pela Administração Pública devem ser motivados, e não apenas isso, mas este motivo deve fazer o liame subjetivo do caso fático com a legislação vigente.

Romeu Felipe Bacellar Filho, ao comentar sobre o princípio da motivação afirma que “o motivo é a adequação da hipótese fática à prescrição legal.”

Segundo texto contido no site Central Jurídica⁷⁷, motivar significa mencionar o dispositivo legal aplicável ao caso concreto e relacionar os fatos que concretamente levaram à aplicação daquele dispositivo legal.

A motivação deve existir para que o Poder Judiciário possa controlar o mérito da sua legalidade. O Judiciário não pode intervir na discricionariedade do ato, mas vai verificar se a motivação legal da decisão administrativa está coerente, se fato e norma se ajustam perfeitamente. Para esta verificação da legalidade da decisão administrativa, os motivos devem estar expostos nos atos administrativos, embasando a decisão do administrador.

Tratando ainda do princípio da motivação, o site Central Jurídica⁷⁸ afirma que o entendimento majoritário da doutrina é de que, “mesmo no ato discricionário, é necessária a motivação para que se saiba qual o caminho adotado pelo administrador.” Cita o autor do texto uma passagem de Diógenes Gasparini, o qual, com base no art. 50 da Lei n. 9.784/98,⁷⁹ aponta inclusive a superação das

⁷⁷ Direito Administrativo – Introdução e princípios. Princípio da motivação. Disponível em: <http://www.centraljuridica.com/doutrina/8/direito_administrativo/principio_da_motivacao.html>. Acesso em: 02/10/2010.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
V - decidam recursos administrativos;

discussões doutrinárias a respeito da aplicação ou não do princípio da motivação para os atos administrativos discricionários, pois o referido artigo exige a motivação para todos os atos nele elencados, compreendendo entre estes, tanto os atos discricionários quanto os vinculados.

Temos ainda o princípio da motivação dos atos administrativos previsto na Constituição Federal de 1988, conforme consta em seu artigo 93, incisos IX e X, respectivamente.⁸⁰ Se o Poder Judiciário, quando exerce função atípica, é obrigado a obedecer ao princípio da motivação, o que dizer do administrador em sua função primordial.⁸¹

Afirma ainda Lucia Valle Figueiredo que a motivação atende às duas faces do princípio do devido processo legal, com o qual possui vinculação direta. Atende à face formal, porque tal princípio está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988. Quanto à face material, alega que “sem a motivação não há possibilidade de aferição da legalidade ou ilegalidade, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa.”⁸²

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

⁸⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

⁸¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed., p. 51.

⁸² Idem, p. 52.

5.4 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Lucia Valle Figueiredo, em seu Curso de Direito Administrativo, ao tratar sobre os princípios da função administrativa, afirma que “é por meio da razoabilidade das decisões tomadas que se poderá contrastar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito.”⁸³

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a razoabilidade é um princípio aplicado ao Direito Administrativo na tentativa de impor limitações à discricionariedade do administrador, ampliando-se o leque de observação do ato administrativo por parte do Judiciário.⁸⁴

Di Pietro cita que Diogo de Figueiredo Moreira Neto dá maior realce ao fator de que o administrador não atende ao princípio da razoabilidade quando na elaboração de seu ato não guarda uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionalada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar. O autor citado por Di Pietro afirma que:

Pelo princípio da razoabilidade, o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos. A razoabilidade, agindo como um limite à decisão na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à decisão na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.⁸⁵

Diógenes Gasparini comentando o princípio ora estudado, afirma que a Administração Pública quando estiver no exercício de atividade discricionária, deve atuar racionalmente e conforme o senso comum das pessoas, tendo em vista a competência recebida para a prática discricionária dos atos administrativos.⁸⁶

⁸³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed., p. 50.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. – 20. ed., p. 71.

⁸⁵ Ibidem, p. 72.

⁸⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., p. 22.

Embora os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade sejam tratados separadamente pela Lei nº 9.784/99, a proporcionalidade constitui em aspecto observado na aplicação razoável de um ato administrativo. O ato para ter razoabilidade deve ser proporcional. Tais princípios administrativos não se encontram expressos no texto constitucional, são considerados por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo como princípios gerais do Direito, aplicáveis a quase todos os ramos da ciência jurídica.⁸⁷

Tais princípios estão sendo muito utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade das leis. Não pode este egrégio Tribunal deixar, desta forma, de observar a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no controle dos atos administrativos ligados aos processos administrativos disciplinares, principalmente no momento da aplicação de uma sanção ao servidor acusado de uma falta funcional. A punição deve ser proporcional ao ato irregular cometido. É nesta seara, da aplicação de sanções disciplinares aos administrados é que estes princípios devem ser rigorosamente observados.

Com a emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, foi acrescentado o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Di Pietro afirma que este inciso trata “da razoabilidade no prazo de tramitação dos processos judiciais e administrativos.”⁸⁸

Usando as palavras de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, podemos afirmar então que:

O princípio da razoabilidade tem por escopo aferir a compatibilidade entre os meios empregados e os fins visados na prática de um ato administrativo, de modo a evitar restrições aos administrados inadequadas, desnecessárias, arbitrárias ou abusivas por parte da Administração Pública.⁸⁹

⁸⁷ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 17. ed., p. 206.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., p. 73.

⁸⁹ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 17. ed., p. 208.

O princípio da proporcionalidade, conforme maioria da doutrina, seria uma das vertentes do princípio da razoabilidade. Tal se afirma porque a razoabilidade exige, entre outros aspectos, que haja proporcionalidade entre os meios utilizados pela Administração Pública e os fins pretendidos. Se não existe esta proporção o ato é excessivo, desarrazoado e desproporcional em relação a essa finalidade almejada.

Lembremos que na Lei nº 9.784/99, razoabilidade e proporcionalidade são princípios expressos no art. 2º, *caput*. Além disso, o conteúdo desses princípios também é explicitado ao determinar que será observada, nos processos administrativos, “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” conforme prevê o art. 2º, parágrafo único, VI.

A importância da observação destes princípios está no fato de que se a Administração não os observar dará margem para que o Poder Judiciário interfira em suas decisões, pois a não observância destes, resulta em ilegalidade, estando o ato administrativo passível de anulação, o que poderá ser feito pelo Judiciário ou pela própria Administração, e não de revogação (controle de mérito, de oportunidade e de conveniência) que é ato exclusivo da Administração Pública.

Importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado o princípio da razoabilidade como critério de interpretação de outros princípios constitucionais, como é exemplo o princípio da igualdade, aceitando algumas restrições de editais de concursos públicos (altura mínima, limite de idade) se considerar que a discriminação tem justificativa razoável.

5.5 MORALIDADE

Embora alguns autores entendam que o conceito de moralidade é vago e impreciso e que acaba sendo absorvido pelo princípio da legalidade, desde o início do século XX, os administrativistas já falavam sobre o tema. Maurice Hauriou foi o

primeiro a falar em moralidade administrativa.⁹⁰ Lucia Valle Figueiredo cita uma passagem de Hauriou:

Quanto à moralidade administrativa, sua existência provém de tudo que possui uma conduta prática, forçosamente da distinção do bem e do mal. Como a administração tem uma conduta, ela pratica esta distinção ao mesmo tempo que aquela do justo e do injusto, do lícito e do ilícito, do honorável e do desonorável, do conveniente e do inconveniente. A moralidade administrativa é freqüentemente mais exigente que a legalidade. Veremos que a instituição do excesso de poder, graças à qual são anulados muitos atos da Administração, é fundada tanto na noção de moralidade administrativa quanto na legalidade, de tal sorte que a Administração é ligada, em certa medida, pela moral jurídica, particularmente no que concerne ao desvio de poder.⁹¹

Diógenes Gasparini afirma que “o ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas à própria moral, porque nem tudo o que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos.”⁹²

Ao ser inserido na Constituição da República e nos demais ordenamentos, o princípio da moralidade administrativa tornou jurídica a exigência de atuação ética dos agentes da Administração Pública. Difere da moral comum justamente por ser jurídica e pela possibilidade de invalidação dos atos administrativos praticados sem a sua observância.⁹³

Da mesma forma que o desapego aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade geram a nulidade dos atos administrativos, pois são requisitos de validade dos atos administrativos, e não apenas de mérito, o desrespeito à moralidade na execução de qualquer ato administrativo leva a uma análise de legalidade e não de oportunidade e conveniência, ou seja, pode ser considerado nulo pelo Poder Judiciário, aumentando a proteção do administrado. Diógenes Gasparini lembra que a importância deste princípio já foi ressaltada pelo Tribunal de

⁹⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed., p. 55.

⁹¹ Ibidem.

⁹² GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., p. 9.

⁹³ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 17. ed., p. 197.

Justiça do Estado de São Paulo, “ao afirmar que a moralidade administrativa e o interesse coletivo integram a legalidade do ato administrativo.”⁹⁴

A moralidade administrativa lembra a idéia de probidade e boa-fé. A Lei nº 9.784/99, traz no seu art. 2º, parágrafo único, a seguinte redação: “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

A Constituição da República Federativa do Brasil além de fazer expressa menção ao princípio da moralidade na Administração Pública⁹⁵, no *caput* do art. 37, traz no parágrafo 4º deste mesmo artigo a lesão à moralidade, referindo-se à improbidade administrativa, nos seguintes termos:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o resarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Ao lado desses dispositivos, a Constituição trouxe ainda um remédio constitucional para garantir este direito ao administrado. No art. 5º, inciso LXXIII, deu o poder ao cidadão de peticionar mediante ação popular, buscando anular ato que atente contra a moralidade administrativa:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a **anular** ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (grifo nosso)

A Ação Popular existe no Brasil desde a Constituição de 1934, sendo repetida nas Constituições de 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69, porém, somente na Constituição de 1988 é que o Constituinte colocou a

⁹⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., p. 9.

⁹⁵ Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

possibilidade de anulação de atos lesivos à moralidade administrativa de forma expressa.⁹⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro resume o princípio da moralidade administrativa da seguinte forma:

Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.⁹⁷

Bacellar Filho afirma ainda que o princípio da moralidade administrativa “configura princípio ético com ampla abrangência sobre a atividade administrativa.” Afirma que no processo administrativo disciplinar importa a análise de sua incidência sobretudo pela lealdade e boa-fé.⁹⁸

Trata também o autor sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, com o qual correlaciona com o princípio da moralidade na Administração Pública. Segundo ele, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas está consagrado na Constituição Federal (art. 5º, LVI), sendo que na seara do processo e do procedimento administrativo, possui forte ligação com o princípio ora estudado, posto que não admite meios imorais ou amorais para colher prova dos fatos ou para convencer o julgador. Afirma Romeu Felipe Bacellar Filho:

Embora a finalidade do processo seja a busca da certeza dos fatos litigiosos, esta certeza não pode ser obtida de qualquer modo, pois o processo não é um jogo ou uma guerra onde os fins justificam os meios, não pode transmudar-se num campo de batalhas onde são permitidas todas as artimanhas úteis para triunfar.⁹⁹

Na esfera da competência disciplinar, o art. 5º, LVI, da CF, incide tanto na sindicância-investigatória, quanto nos demais processos administrativos disciplinares que interfiram na esfera do administrado ou do particular.¹⁰⁰

⁹⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed., pp. 658 e 659.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., p. 70.

⁹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed., p. 194.

⁹⁹ Idem, p. 198.

¹⁰⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo Disciplinar**. 2. ed., p. 202.

5.6 AMPLA DEFESA

Podemos extrair do art. 5º, incisos LIV¹⁰¹ e LV¹⁰² que o princípio constitucional do devido processo legal, com as conseqüentes garantias do contraditório e da ampla defesa se aplicam a todos os processos, seja no âmbito administrativo ou judicial. Conforme Bacellar, no processo disciplinar o acusado tem o direito de se defender não porque seja culpado, mas porque a oportunidade de defender-se é protegida: não se questiona as razões para defender-se, assegura-lhe apenas a oportunidade de apresentá-las.¹⁰³

Conforme afirma Pollyanna de Melo Brito, o princípio da ampla defesa ganha maior destaque na proteção do particular em sua relação com a Administração Pública de possíveis desmandos por parte desta, estando consagrada internacionalmente, entre outros, pela Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (art. 8º, item 2, "d" e "f").¹⁰⁴ Afirma ainda a autora que o STF já definiu que no Brasil os tratados vigentes possuem valor supra legal, estando acima das leis ordinárias, formal e hierarquicamente.¹⁰⁵

No processo administrativo disciplinar o princípio da ampla defesa se expressa por meio de atos como a notificação dos atos à parte interessada, a possibilidade de exame das provas, o direito de assistir à produção de prova e a possibilidade de produção de defesa escrita.

Há uma discussão atual a respeito da obrigatoriedade ou não da presença de advogado no processo administrativo disciplinar. Como sabemos, a defesa se

¹⁰¹ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹⁰² LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁰³ BACELLAR FILHO, op. cit., p. 304.

¹⁰⁴ BRITO, Pollyanna de Melo. **Ausência/Presença do Advogado em Processo Administrativo Disciplinar e o Princípio Constitucional da Ampla Defesa - Uma análise da Súmula 343 do STJ e da Súmula Vinculante 5 do STF**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 28 set. 2010, p. 16.

¹⁰⁵ Idem, pp. 18 e 19.

divide em defesa técnica e autodefesa. A autodefesa se realiza pelo próprio servidor, ao ser parte num processo administrativo disciplinar, realizando as condutas e providências para preservar-se de prejuízos ou sanções. Nela o servidor dá sua versão dos fatos e participa de todos os atos processuais, inclusive fazendo perguntas às testemunhas. A defesa técnica só poderá ser realizada pelo procurador do interessado, o advogado, conchedor dos dispositivos legais e preparado para tal mister.

A questão estaria assim exposta. Seria obrigatoria ou mera faculdade do servidor em fazer-se assistir por um defensor? As posições da doutrina são as mais inúmeras possíveis.

Podemos afirmar que com o conceito de ampla defesa dividido em autodefesa e defesa técnica, fica claro que sem a presença do advogado no processo administrativo disciplinar, parte da defesa ficaria prejudicada, portanto, o acusado não teria a sua defesa realizada de maneira ampla, conforme previsto constitucionalmente. Seguindo esta linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº 343¹⁰⁶, de 14 de setembro de 2007, na qual previa a necessidade da presença do advogado nos processos administrativos disciplinares.

Como as leis federais nº 8.112/90 e 9.784/99 estabeleciam regras a respeito das investigações administrativas para apurar irregularidades funcionais, sendo nelas dispensada a intervenção do advogado, não tendo sido tais leis declaradas inconstitucionais, temos que os efeitos da Súmula nº 343 do STJ possuem efeitos não retroativos - *ex nunc*.

Tal entendimento começou a ser exigido somente após a edição desta súmula, tendo o STJ pugnado pela obrigatoriedade da defesa técnica, realizada pelo advogado, como requisito de validade para o processo administrativo disciplinar. Com este entendimento temos a seguinte decisão:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DEFESA TÉCNICA CONSTITUÍDA APENAS NA FASE FINAL DO PROCEDIMENTO. INSTRUÇÃO REALIZADA SEM A PRESENÇA DO ACUSADO.

¹⁰⁶ É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

INEXISTÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INOBSERVADOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO. 1. Apesar de não haver qualquer disposição legal que determine a nomeação de defensor dativo para o acompanhamento das oitivas de testemunhas e demais diligências, no caso de o acusado não comparecer aos respectivos atos, tampouco seu advogado constituído - como existe no âmbito do processo penal -, não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica. 2. A constituição de advogado ou de defensor dativo é, também no âmbito do processo disciplinar, elementar à essência da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. 3. O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a oportunização ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas com a efetiva constituição de defensor durante todo o seu desenvolvimento, garantia que não foi devidamente observada pela Autoridade Impetrada, a evidenciar a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Precedentes. 4. Mandado de segurança concedido para declarar a nulidade do processo administrativo desde o início da fase instrutória e, por consequência, da penalidade aplicada.¹⁰⁷

Após a edição desta súmula, o Egrégio Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 05, aprovada em 07 de maio de 2008 e publicada em 16 de maio do mesmo ano, na qual deu nova interpretação à situação jurídica existente, desobrigando no processo administrativo disciplinar a presença do advogado, fundamentado no RE 434.059.¹⁰⁸

¹⁰⁷ BRASIL – STF - Acórdão MS 10837/DF, MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0120158-6, 28/06/2006, Terceira Seção - Rel. Min. PAULO GALLOTTI.

¹⁰⁸ Informativo 505: Decisão: O Tribunal aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante 5 nestes termos: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”. Essa orientação foi firmada pelo Tribunal ao dar provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que concedera mandado de segurança para anular a aplicação de penalidade expulsiva, ao fundamento de ausência de defesa técnica no curso do processo administrativo disciplinar instaurado contra o impetrante, servidor público. Salientou-se, inicialmente, que a doutrina constitucional vem enfatizando que o direito de defesa não se resume a simples direito de manifestação no processo, e que o constituinte pretende garantir uma pretensão à tutela jurídica. Tendo em conta a avaliação do tema no direito constitucional comparado, sobretudo no que diz respeito ao direito alemão, afirmou-se que a pretensão à tutela jurídica, que corresponderia exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da CF, abrangeia o direito de manifestação (que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes); o direito de informação sobre o objeto do processo (que assegura ao deficiente a possibilidade de se manifestar oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos no processo); e o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas). Asseverou-se, ademais, que o direito à defesa e ao contraditório tem aplicação plena em relação a processos judiciais e procedimentos administrativos, e reportou-se, no ponto, ao que disposto no art. 2º, e parágrafo único, da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, enfatizando que o Supremo, nos casos de restrições de direitos em geral e, especificamente, nos de punições disciplinares, tem exigido a observância de tais garantias. Considerou-se, entretanto, que, na espécie, os direitos à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos

Conforme Pollyanna Brito verificou, “o entendimento predominante nos tribunais em relação ao instante de produção dos efeitos da SV nº 05 do Supremo foi, na contramão do que se concebeu para a súmula do STJ, vindo a dar-lhe eficácia *ex tunc*”.¹⁰⁹ Cita ainda a autora a ementa que confirmou tal decisão:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRESENÇA DO ADVOGADO EM TODAS AS FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESNECESSIDADE. EDIÇÃO SÚMULA VINCULANTE N.º 5, DA EGRÉGIA SUPREMA CORTE. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA EX TUNC. ART. 4.º DA LEI 11.417/2007. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padecer de omissão, contradição ou obscuridade, consoante dispõe o art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material. 2. A incidência da Súmula Vinculante n.º 5, da Excelsa Corte, in casu, mostra-se inarredável, ainda que mesma tenha sido editada após o julgamento do recurso em mandado de segurança em foco. É que, ao sumular o tema, o egrégio Supremo Tribunal Federal, de uma forma ou de outra, declarou a constitucionalidade de normas que regem o processo administrativo ao assentar que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição. 3. A declaração de constitucionalidade de dispositivos que orquestram o processo administrativo disciplinar confere eficácia *ex tunc* à Súmula Vinculante n.º 5, com arrimo no art. 4º, da Lei 11.417/2006. 4. Embargos de declaração acolhidos, com atribuição de efeito infringente aos mesmos, a fim de negar provimento ao recurso em mandado de segurança.¹¹⁰

Outra corrente afirma que mais importante do que a presença ou não do advogado, seria analisar se houve ou não prejuízo da parte interessada, verificando o caso concreto.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO E DE DEFENSOR DATIVO. ARTS. 156 E 159 DA LEI Nº 8.112/90. OFENSA REFLEXA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. O acórdão recorrido está assentado na interpretação da legislação infraconstitucional pertinente. Presente essa moldura, as ofensas à

manifestados teriam sido devidamente assegurados, havendo, portanto, o exercício da ampla defesa em sua plenitude. Reportando-se, ainda, a precedentes da Corte no sentido de que a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo não importa nulidade de processo administrativo disciplinar, concluiu-se que, o STJ, ao divergir desse entendimento, teria violado os artigos 5º, LV e 133, da CF. Alguns precedentes citados: RE 244027 AgR/SP (DJU de 28.6.2002); AI 207197/PR (DJU de 5.6.98); MS 24961/DF (DJU de 4.3.2005). (RE 434059/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 7.5.2008).

¹⁰⁹ BRITO, Pollyanna de Melo. Op. cit., p. 48.

¹¹⁰ BRASIL – STJ - Acórdão EDcl no RMS 21719/DF, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0052411-6, 18/09/2008, Primeira Turma - Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES.

Constituição Federal, se existentes, ocorreriam de modo reflexo ou indireto, o que não autoriza a abertura da via extraordinária. Precedentes. Por outra volta, para se chegar a conclusão diversa da adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, faz-se necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental desprovido.¹¹¹

Alguns doutrinadores entendem que a Súmula nº 343 do STJ causaria uma série de ações judiciais solicitando a nulidade de processos administrativos disciplinares por falta do causídico intervindo em defesa do acusado. Para estes doutrinadores a presença ou não do advogado seria facultada ao acusado, não sendo de caráter obrigatório. Podemos verificar esta corrente através das Leis 8.112/90 e 9.784/99:

Art. 156, Lei nº 8.122/90. “É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Lei nº 9.784/99 - Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

- I – (...)
- II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;
- III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;
- IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Por outro lado, doutrinadores entendem que a Súmula Vinculante nº 05 fere o texto constitucional, sendo um retrocesso jurídico, implantada em desacordo com a garantia do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade. Somam-se a isto as severas críticas da doutrina contra as súmulas vinculantes, pois são consideradas impeditivas de recursos, limitando o poder de interpretação dos magistrados nos casos concretos.

¹¹¹ BRASIL – STF – Acórdão RE-AgR 487236/DF, 14/12/2006, Primeira Turma. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO.

5.7 CONTRADITÓRIO

Segundo Deocleciano Torrieri Guimarães, contraditório é a “garantia constitucional do direito de defesa. Princípio pelo qual as partes têm o direito de serem ouvidas e apresentar as suas razões antes que o juiz decida o pleito.”¹¹² Conforme o mesmo autor ampla defesa é o “princípio de direito que assegura a todos a mais ampla defesa quando processados, com a admissão do contraditório.”¹¹³

¹¹³

Por estas simples definições podemos resumir que contraditório seria gênero da espécie ampla defesa. O contraditório faz parte da ampla defesa. É a possibilidade do acusado, ou seu procurador, de se contrapor às provas produzidas pela outra parte, solicitando inclusive a produção de contra provas, de perícias, a oitiva de testemunhas de defesa, entre outras providências julgadas necessárias.

Hoje o direito ao contraditório foi estendido ao processo administrativo, no art. 5º, LV, da Constituição Federal.¹¹⁴

Só teremos os direitos à ampla defesa e ao contraditório observados se o processo atender ao princípio matriz dos demais princípios processuais: o devido processo legal.

Conforme afirma Bacellar Filho, o princípio do contraditório pressupõe uma maneira muito peculiar das decisões processuais resultante da construção humana levada a cabo a partir do desenvolvimento normativo das normas jurídicas e da comprovação de sua aplicação ao caso concreto.¹¹⁵

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o contraditório é decorrente da bilateralidade do processo. Se uma das partes alega algo, a outra também deve ser

¹¹² GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 7. ed., p. 210.

¹¹³ Idem. p. 75.

¹¹⁴ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹¹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo Disciplinar**. 2. ed., p. 228.

ouvida, dando-lhe a oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de reação.¹¹⁶

O contraditório pressupõe iguais condições das partes de interferir no processo cognitivo do julgador, no momento em que possuem os mesmos direitos de produção de provas, num processo bilateral, de apresentação de uma tese, e logo após de uma antítese.

O contraditório exige a existência de pelo menos duas partes. No processo administrativo disciplinar uma das partes também é a autoridade competente para tomar a decisão. Quando estiver nesta posição, a Administração precisa se colocar no mesmo plano do acusado, pois se for posta em posição de supremacia e o servidor, na de episódico interlocutor, Romeu Felipe Bacellar Filho afirma que não teremos contraditório ou processo.¹¹⁷

Não basta a possibilidade do acusado de contradizer as provas somente antes da decisão final. O contraditório deve ser exercido durante todo o processo, sob pena de ser um simulacro de contraditório.¹¹⁸

Di Pietro alega que a Lei nº 9.784/99 assegura ao administrado os seguintes direitos, contidos no contraditório:

O direito de ter ciência da tramitação dos processos administrativos que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.¹¹⁹

A primeira fase que exige o direito ao contraditório é a fase de constituição. Nela, para se exercer o contraditório, deve-se informar o acusado através dos atos de comunicação processual: a citação e a intimação.

¹¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., p. 586.

¹¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed., p. 236.

¹¹⁸ Idem, p. 245.

¹¹⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 586.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

O processo sem citação é processo nulo; a citação irregular corresponde à citação inexistente e as intimações são indispensáveis a todo momento. É claro, diante do princípio da instrumentalidade das formas fica afastada a anulação do processo quando por outro meio a parte tome conhecimento de uma prova ou da própria demanda.¹²⁰

Na citação devem ser expostos os motivos do processo instaurado. Isto abre para a outra parte o entendimento para o correto exercício do contraditório.

Também é exigência do contraditório a motivação da instauração do processo administrativo disciplinar, conforme prevê o art. 26, § 1º, da Lei nº 9.784/99:

Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

§ 1º A intimação deverá conter:

- I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;
- II - finalidade da intimação;
- III - data, hora e local em que deve comparecer;
- IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar;
- V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;
- VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

Portanto, todas estas informações devem estar presentes na intimação para ser considerada válida. Porém, a primeira fase do processo administrativo disciplinar é a instauração, conforme se vê no art. 151, da Lei nº 8.112/90:

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

- I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;
- II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;
- III - julgamento.

Bacellar cita passagem de Hely Lopes Meirelles a respeito da instauração de processo disciplinar, o qual acredita aplicável a qualquer tipo de processo administrativo disciplinar:

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.¹²¹

¹²⁰ DINAMARCO. Cândido Rangel. **O princípio do contraditório.** p. 31.

¹²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar.** 2. ed., p. 253.

Ainda segundo Bacellar o próximo passo do processo seria a citação oportunamente, a qual deve propiciar ao acusado o inteiro conhecimento da acusação e dos autos do processo, bem como delimitar o prazo de manifestação a respeito da acusação.¹²²

A citação no processo é regulada pelos art. 156 e 161, § 1º, ambos da Lei nº 8.112/90:

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.

§ 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.

Na segunda fase do processo, a fase de instrução, o acusado deve ter conhecimento de todos os atos do processo, bem como ter a possibilidade de produzir as provas necessárias para a demonstração do que alega.

O próximo passo do exercício do direito ao contraditório se encontra na fase probatória, a qual não se confunde com a fase de instrução do processo disciplinar, regulada pela Lei nº 8.112/90, como explica o professor Bacellar:

No regime legal, a assim chamada fase de instrução constitui a primeira fase do inquérito administrativo, momento da admissão e produção das provas. A partir do exame do conjunto probatório, a Comissão formula novo juízo de acusação ‘tipificando a infração disciplinar’ e ‘formulando a indicação do servidor’ (art. 161).

Bem por isso, abre-se a fase de defesa, momento em que se propicia a contestação da acusação formulada pela Comissão. No entanto, se a acusação for alterada, dependendo da análise dos fatos nela contida, será necessária a reabertura da fase probatória. Assim, a fase probatória estende-se tanto à fase legal de instrução como de defesa.¹²³

A doutrina majoritária entende que existe uma íntima relação da disciplina da prova com o contraditório, podendo ser considerada de duas formas: como no

¹²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed., p. 261.

¹²³ idem, p. 270.

sentido de averiguação e comprovação e no sentido de auxílio na formação da convicção do magistrado.¹²⁴

Posteriormente à fase probatória, temos a fase de defesa, que constitui o segundo momento do inquérito administrativo do processo disciplinar, conforme a Lei nº 8.112/90. Caso haja a necessidade de reformulação da acusação, nova fase probatória deve ser oportunizada.

Conforme previsto no art. 161, § 1º, da Lei nº 8.112/90, podemos ter uma interpretação errônea de que esta seria a primeira defesa do servidor no processo. O princípio do contraditório impõe que a defesa seja feita em todas as fases do processo, desde a sua instauração.

Como próxima fase do processo temos o Relatório, regulado pelo art. 165 da Lei nº 8.112/90:

Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.

§ 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

O Relatório é peça fundamental do processo disciplinar, sendo que a autoridade julgadora somente poderá dele divergir se contrário à prova dos autos.¹²⁵

O princípio do contraditório exige que as alegações contidas no Relatório sejam devidamente motivadas, a fim de possibilitar a resposta da defesa.¹²⁶

Bacellar defende a tese de que após as alegações finais da acusação deve seguir-se as da defesa, sob pena de quebra do liame contraditório entre os sujeitos

¹²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed., p. 272.

¹²⁵ Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. 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.

¹²⁶ BACELLAR FILHO, op.cit., p. 289.

processuais. Segundo o autor, “a situação de inconstitucionalidade é ainda mais grave quando as alegações finais da acusação cumprem um papel decisivo no processo”, como é o caso da Lei nº 8.112/90, ao determinar que imediatamente após o Relatório, o ‘processo disciplinar’ seja remetido à autoridade que determinou sua instauração (art. 166).¹²⁷

A Lei nº 9.784/99 não trata expressamente a respeito do direito do acusado se manifestar após o Relatório, mas indiretamente o faz no art. 44: “Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado.” Bacellar expõe a opinião que o processo só se encerra após o Relatório, portanto, teria o acusado o direito a expor suas alegações finais de defesa após a elaboração do Relatório pelo encarregado do processo.¹²⁸

Na fase de julgamento também existe a preocupação com o contraditório, posto que a decisão da autoridade julgadora deve ser bem fundamentada, para propiciar a possibilidade de defesa da parte acusada, após a sua ciência da decisão. Deve levar em conta a autoridade competente da decisão que, os elementos probatórios produzidos devem ser levados em consideração, segundo procedimento em que as partes hajam tido oportunidade de participação.¹²⁹

Não podemos esquecer que a motivação deve ser colocada, mesmo quando a autoridade julgadora concorda *in totum* com o Relatório da Comissão, conforme observamos nas decisões abaixo:

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conceder a segurança. EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PROCESSO - PROVAS - RELATÓRIO - CONCLUSÃO - SANCIONAMENTO - RECURSO - PENA - DEMISSÃO - REFORMATIO IN PEJUS - DECRETO INSUBSTÊNCIA - DESCONSTITUIÇÃO - ORDEM - CONCESSÃO. Não se pode negar ao

¹²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar.** 2. ed., p. 289.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Idem, p. 291.

Poder Judiciário o exame do processo administrativo, a fim de indagar se o ato dele resultante se acha ou não calçado na prova (STF - RDA 101/149). Insuficiente um procedimento formal, intrinsecamente correto, mas sobretudo exigível é que de sua essência fluia a certeza da culpabilidade quanto a conduta típica infratora do acusado para propiciar o seu apenamento. O ato punitivo decorrente de tal procedimento não é de puro arbítrio, do agente sancionador, ao contrário, deve emanar de acurada análise das provas que foram carreadas aos autos na apuração do fato inquinado como infracional. Ausência de fundamentação contrária a conclusão absolutória do relatório da Comissão processante. Desde que não provado, extreme de dúvidas, o cometimento de infrações disciplinares, quer porque não havendo previsão de recurso de ofício em recurso administrativo manejado pelo impetrante, aplicou-se-lhe pena mais grave, o que revela ilegal o ato hostilizado. Princípio do non reformatio in pejus. Desconstituição do decreto demissionário. Ordem. Concessão.¹³⁰

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA A SECA - DNOCS. SERVIDOR PUNIDO POR INFRAÇÃO DIVERSA DAQUELA PELA QUAL FORA INDICIADO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE DO ATO. Hipótese configurada na punição, por "aplicação irregular de dinheiros públicos e lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional", do Diretor-Geral do DNOCS, que havia sido indiciado em processo administrativo disciplinar como responsável por "irregularidades nos procedimentos de análise dos planos de trabalho e custos dos projetos objeto de convênios e/ou repasses, possibilitando a existência da prática de preços superiores aos da tabela do DNOCS" e "alocação de recursos em áreas de menor prioridade social... em detrimento de outras obras que, por falta de recursos orçamentários, não foram concluídas", sem que houvesse sido chamado a defender-se sobre os novos fatos. Mandado de segurança deferido.¹³¹

Se por acaso a autoridade julgadora for contrária à decisão da Comissão e imputar novas condutas que venham a agravar a situação do acusado, deverá novamente oportunizar a defesa, sob pena de nulidade do processo, por não atender aos princípios aqui estudados.¹³²

¹³⁰ Tribunal de Justiça do Paraná. Mandado de Segurança. Órgão Especial. Relator: Desembargador Altair Patitucci. Julgamento: 05/06/1998. Unânime. Acórdão nº 3697.

¹³¹ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22939, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2000, DJ 06-04-2001 PP-00070 EMENT VOL-02026-03 PP-00652.

¹³² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed., p. 295.

5.8 SEGURANÇA JURÍDICA

Este princípio foi inserido entre os princípios da Administração Pública pelo art. 2º, da Lei nº 9.784/99. Maria Sylvia Zanella Di Pietro participou da Comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de que resultou esta lei, e afirma que o objetivo da inclusão deste dispositivo foi “o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública.” Explica a autora que esta idéia ficou clara no parágrafo único, inciso XIII, do artigo 2º, quando impõe entre os critérios a serem observados, “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”¹³³

A autora afirma ainda que este princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, a mudança de interpretação de determinadas normas legais, afetando algumas situações já reconhecidas por força de interpretação anterior. A mudança na orientação é possível, o que não seria possível seria que ela retroagisse a casos pretéritos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada.¹³⁴

5.9 INTERESSE PÚBLICO

Abordaremos o tema do interesse público voltado para a área do Direito, quando do agir estatal. Este princípio é dividido pela doutrina em dois princípios: princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e princípio da indisponibilidade do interesse público.

A supremacia do interesse público sobre o privado é um princípio implícito na Constituição Federal, decorrência das instituições adotadas no Brasil.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., p. 76.

¹³⁴ Idem, pp. 76 e 77.

Por força do regime democrático e do sistema representativo, toda atuação do poder público deveria ser pautada pelo interesse público, pela busca do bem comum, subordinando os interesses privados.¹³⁵

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que o Estado, embora atue sob a égide do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, não pode atuar como se este princípio lhe desse poderes absolutos:

Embora tenha assegurada pela ordem constitucional a prevalência dos interesses em nome dos quais atua, está adstrito aos princípios constitucionais que determinam a forma e os limites de sua atuação, como o princípio do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, da proporcionalidade, dentre outros.¹³⁶

Portanto, o Estado ao atuar no processo administrativo disciplinar deve respeitar o princípio do interesse público, no entanto não deve esquecer de que os outros princípios também são de observância obrigatória.

No que tange à indisponibilidade do interesse público vale ressaltar que os agentes da Administração Pública são gestores da coisa pública, não são seus proprietários, cabendo apenas a administração dos bens públicos em prol da sociedade, verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

Di Pietro entende que o princípio da indisponibilidade do interesse público dá ao administrador poderes que ele deve exercer: é o poder-dever. Justamente por não ter a disponibilidade do interesse público a Administração tem a obrigação de exercer todos os poderes a ela atribuídos por lei, sob pena de responder por omissão. A autora conclui afirmando que “a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo”, sendo que toda vez que a Administração Pública se omite no exercício de seus poderes, é o interesse da sociedade que está sendo prejudicado.¹³⁷

¹³⁵ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 17. ed., p. 190.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., p. 61.

5.10 EFICIÊNCIA

Incluído no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, no *caput* do art. 37, ao lado dos quatro outros princípios já expressos, o princípio da eficiência é aplicável a toda atividade administrativa de todos os Poderes de todas as esferas da Federação.¹³⁸

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.¹³⁹

Segundo Bacellar o princípio da eficiência no processo administrativo disciplinar assegura a responsabilização dos agentes e servidores públicos, em face do descumprimento de normas constitucionais e legais, informando sobretudo as regras sobre a profissionalização e responsabilização do servidor público, atreladas aos demais princípios expressos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.¹⁴⁰

No que concerne ao processo administrativo disciplinar, podemos enfocar dois comandos genéricos: a eficiência é o fundamento de um sistema racional de distribuição de competência na Administração Pública; e, um dos critérios orientadores da sumarização do procedimento administrativo, com vistas à celeridade e simplicidade, de um lado, e a proteção às situações de emergência do outro. Porém, em nome da eficiência a Administração não pode se descuidar dos demais princípios constitucionais.¹⁴¹

¹³⁸ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 17. ed., p. 204.

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed., p. 75.

¹⁴⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed., pp. 218 e 220.

¹⁴¹ Idem, p. 221.

5.11 JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural é previsto em nossa Carta Magna no art. 5º, incisos XXXVII¹⁴² e LIII¹⁴³. Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, a Constituição institui a reserva da lei para fixar a competência do juiz, o qual julgará somente os fatos ocorridos anteriormente à fixação de sua competência, desde que não possua interesse no resultado da causa e proibindo a criação de tribunais de exceção, criados “para decidir um caso concreto ou determinado número de casos com quebra das regras gerais de competência”.¹⁴⁴

Lucia Valle Figueiredo afirma que juiz natural é o juiz competente antes do fato acontecido e não aquele designado para determinada controvérsia. “Conseqüentemente, também não pode haver administrador denominado *ad hoc*, ou órgão colegiado *post facto*.¹⁴⁵

Bacellar Filho é um dos doutrinadores do Direito Administrativo que defendem a incidência do princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar. Segundo ele:

Embora garanta-se o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo disciplinar, sem a incidência do princípio do juiz natural, pode-se escolher a dedo um julgador predeterminado a condenar ou absolver. Neste caso, estaríamos diante de um verdadeiro ‘faz de conta’. O julgador parece levar em consideração o resultado da participação do servidor quando, na verdade, já tem sua decisão pronta.¹⁴⁶

Para Bacellar, a previsão das Comissões Provisórias pela Lei nº 8.112/90 é de duvidosa constitucionalidade, pois a sua composição é posterior ao fato a ser apurado, constituindo-se em verdadeiro Tribunal de Exceção.¹⁴⁷

¹⁴² XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

¹⁴³ LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

¹⁴⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed., pp. 324 e 325.

¹⁴⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed., p. 419.

¹⁴⁶ BACELLAR FILHO, op.cit., p. 337.

¹⁴⁷ Idem, p. 348.

Corrobora com sua posição Eduardo Chemale Selistre Peña, o qual afirma que só haverá respeito ao princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar quando a Comissão responsável pela apuração houver sido nomeada antes da ocorrência do fato a ser julgado, de forma que o acusado tenha condições de saber quem será seu julgador bem como seu acusador.¹⁴⁸

Porém a matéria não é pacífica. O próprio Bacellar cita que Lucia Valle Figueiredo e Carmem Lucia Antunes Rocha aceitam a instituição da Comissão Processante posteriormente ao fato a ser investigado.¹⁴⁹

Quanto às situações de imparcialidade, as quais abarcam o impedimento e a suspeição, a Lei nº 9.784/99 trouxe as regras para aplicação no processo administrativo disciplinar.

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

- I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;
- II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;
- III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.

Por força do art. 69¹⁵⁰ da mesma lei, podemos aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil para abranger os casos de impedimento e suspeição, conforme opinião de Bacellar Filho.¹⁵¹

¹⁴⁸ SELISTRE PEÑA, Eduardo Chemale. **O Princípio do Juiz Natural.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/oprincipio_eduardochemaleselistrepena.htm>. Acessado em: 08 set. 10.

¹⁴⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar.** 2. ed., p. 349.

¹⁵⁰ Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

¹⁵¹ BACELLAR FILHO, op. cit., p. 365.

Romeu Felipe Bacellar Filho opina ainda pela revisão legal no processo administrativo disciplinar, à medida que a Emenda Constitucional nº 19/98 pôs fim à obrigatoriedade do regime jurídico único dos servidores, permitindo à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios o estabelecimento de Regimes Jurídicos adequados a sua realidade, podendo aproveitar este momento para atualizar as normas jurídicas que tratam do processo administrativo disciplinar às regras constitucionais vigentes.¹⁵²

¹⁵² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed., p. 375.

6. CONCLUSÃO

O tema abordado relaciona-se aos princípios constitucionais aplicados ao processo administrativo disciplinar, especialmente, aos princípios elencados na Lei nº 9.784/99, quais sejam: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, além do princípio do juiz natural e do devido processo legal, o qual é o cerne de todos os princípios ligados ao processo.

Procuramos fazer uma análise dos princípios buscando as discussões doutrinárias a respeito da matéria, sem possuir a presunção de esgotar as discussões, nem mesmo de determinar qual a vertente correta.

Em alguns casos, além da discussão doutrinária, trouxemos à lume as decisões dos tribunais superiores do país, os quais, muitas vezes, são discordantes, deixando o aplicador do Direito ainda mais confuso no caminho a trilhar.

Sem dúvida, o processo administrativo disciplinar é instrumento de que se serve a Administração Pública para zelar pela atitude correta de seus agentes dentro de seu âmbito de atuação. Contudo, ele não deve ser usado como meio para embasar punições sem real comprovação de culpa ou utilizando procedimentos inconstitucionais. Por estes motivos é de suma importância a consagração dos princípios constitucionais dentro do processo administrativo disciplinar como meio de se atestar a imparcialidade daqueles que conduzem o processo disciplinar.

Pudemos verificar neste estudo que, embora nossos administradores estejam muito mais conscientes da necessidade de observância das normas constitucionais no exercício da difícil tarefa de colocar em prática as normas pertinentes ao processo administrativo disciplinar, algumas questões legais ainda precisam ser modificadas para que possam estar enquadradas nos ditames constitucionais, pois apenas uma interpretação conforme a Constituição, muitas vezes não supre todas as necessidades práticas para adequar a norma à nossa Carta Magna e aos princípios nela elencados.

O administrador, a partir do filtro constitucional, deve sempre realizar uma interpretação sistematizada da legislação, para poder aplicar sempre a lei sem incorrer em inconstitucionalidades, as quais muitas vezes não estão aparentes, dependendo de um estudo e um conhecimento mais aprofundado da ciência do Direito, o que muitas vezes não é próprio do administrador.

Cabe inicialmente ao encarregado do processo administrativo disciplinar e posteriormente à autoridade competente para exarar a decisão, a observância dos princípios constitucionais na execução dos processos, principalmente no que se refere ao devido processo legal, com os seus princípios formadores da ampla defesa e do contraditório. Caso esta obrigatoriedade de condução do processo segundo as normas constitucionais não seja observada, a nós, aplicadores do Direito, resta buscar os remédios necessários para ver os direitos fundamentais respeitados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito administrativo descomplicado.** 17. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo.** 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. – (Coleção curso & concurso / coordenação Edílson Mougenot Bonfim).

_____, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 12 out. 2010.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 12 out. 2010.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 12 out. 2010.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 12 out. 2010.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2010.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 12 out. 2010.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 12 out. 2010.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9784.htm>>. Acesso em: 12 out. 2010.

BRITO, Pollyanna de Melo. **Ausência/Presença do Advogado em Processo Administrativo Disciplinar e o Princípio Constitucional da Ampla Defesa - Uma análise da Súmula 343 do STJ e da Súmula Vinculante 5 do STF**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 28 set. 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo**, 12. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **O princípio do contraditório**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, nº 19, dez. 81/dez. 82.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 20. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.

DIREITO ADMINISTRATIVO – Introdução e princípios. Princípio da motivação. Disponível em:<http://www.centraljuridica.com/doutrina/8/direito_administrativo/principio_da_motivacao.html>. Acesso em: 02/10/2010.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed. ver. atual. e aum. – São Paulo: Saraiva, 2001.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar: teoria e prática**. 4. ed. rev., atual., ampl. – Bauru, SP: EDIPRO, 2002.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

Universidade Federal do Paraná. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos: Referências**. Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

_____. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos: Citações e notas de rodapé.** Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

_____. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos: Redação e editoração.** Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

_____. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos: Teses, dissertações, monografias e outros trabalhos científicos.** Curitiba: Ed. UFPR, 2007.