

**FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO**

WESLEY LÍDIO FROTA

**A IMPRESCINDIBILIDADE DO ADVOGADO NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

RUBIATABA – GO

2013

FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

WESLEY LÍDIO FROTA



A IMPRESCINDIBILIDADE DO ADVOGADO NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Monografia apresentada à Facer – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Especialista Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende.

5. 41885

Tombo nº:	19583
Classif:	
Ex:	1
Origem:	d
Data:	11-02-14

RUBIATABA – GO

2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

WESLEY LÍDIO FROTA

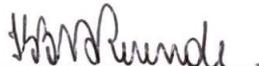
**A IMPRESCINDIBILIDADE DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientadora: _____


Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

1º Examinador: _____


Pedro Henrique Dutra
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

2º Examinador: _____


Leidiane de Moraes e Silva
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

RUBIATABA, 2013.

DEDICATÓRIA

Dedico este a todos os amigos adquiridos no decorrer do curso, pelo companheirismo e amizade. E em especial, à minha família, que sempre me apoiou e incentivou-me durante toda a jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pelas oportunidades me concedidas. Aos meus pais, pelos exemplos de luta e confiança depositados em mim. Aos mestres, pela doação de parte de seus conhecimentos, dia a dia. À minha esposa e filhos, por tantas vezes terem convivido com a minha ausência só para presenciar este dia e os frutos colhidos pelas sementes cultivadas no decorrer destes cinco anos.

*"Refrigera a minha alma. Guia-me nos trilhos da justiça
por causa do seu nome"*

(Salmo 23, cap. 03)

RESUMO: O estudo sobre a importância e imprescindibilidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar é um assunto extremamente relevante quando se pretende discutir a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório nos procedimentos realizados pela Administração Pública, já que a Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal determinou que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. O presente estudo pretende ponderar sobre até que ponto a ausência do advogado intervém dentro dos trâmites do Processo Administrativo Disciplinar.

Palavras-chave: Processo Administrativo; Processo Administrativo Disciplinar; Princípio da Ampla Defesa; Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal federal.

ABSTRACT: The study on the importance and imprescindibility of the presence of the lawyer in the Administrative proceeding To discipline it is an extremely excellent subject when it is intended to argue the constitutional guarantee of legal defense and the contradictory in the procedures carried through for the Public Administration, since the Binding Abridgement nº 05 of the Supreme Federal Court determined that the defense lack technique for lawyer in the administrative proceeding to discipline does not offend the Constitution. The present study it intends to ponder on until point the absence of the lawyer inside intervines of the proceedings of the Administrative proceeding to discipline.

Keywords: Administrative proceeding; Administrative proceeding To discipline; Principle of Legal defense; Binding abridgement nº 05 of the Supreme Federal Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DIREITO PÚBLICO.....	13
1.1 Direito Administrativo.....	13
1.1.1 Origem.....	13
1.1.2 Conceito.....	14
1.1.3 Fontes.....	15
1.2 Administração Pública.....	15
1.2.1 Princípios Básicos da Administração.....	15
1.2.3 Poderes da Administração Pública.....	16
1.2.4 Atos Administrativos.....	17
1.2.5 Procedimentos Administrativos.....	17
1.3 Serviços Públicos.....	18
1.4 Servidores Públicos.....	18
1.5 Controle da Administração.....	20
2 PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	22
2.1 Noções Preliminares.....	22
2.2 Espécies de Processo Administrativo.....	23
2.3 Princípios do Processo Administrativo.....	24
2.3.1 Princípio da Legalidade Objetiva.....	24
2.3.2 Princípio da Oficialidade.....	24
2.3.3 Princípio do Informalismo.....	24
2.3.4 Princípio da Verdade Material.....	25
2.3.5 Princípio da Garantia de Defesa.....	25
2.4 Fases do Processo Administrativo.....	26
2.4.1 Instauração.....	26
2.4.2 Instrução.....	26
2.4.3 Defesa.....	27
2.4.4 Relatório.....	27
2.4.5 Julgamento.....	27
2.5 Modalidades de Processo Administrativo.....	28
2.5.1 Processo de Expediente.....	28
2.5.2 Processo de Outorga.....	28
2.5.3 Processo de Controle.....	29
2.5.4 Processo Punitivo.....	29
3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	30
3.1 Noções Preliminares.....	30
3.2 Evolução Histórica.....	30
3.3 Conceito.....	32
3.4 Formalização do Processo Administrativo Disciplinar.....	33
3.5 Fases do Processo Administrativo Disciplinar.....	34
3.5.1 Fase de Instauração.....	34
3.5.2 Fase de Instrução.....	35
3.5.3 Fase de Defesa.....	36

3.5.4	Fase do Relatório.....	38
3.5.5	Fase do Julgamento.....	38
4	A DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	40
4.1	O Direito a Ampla Defesa.....	40
4.2	Comissão Processante.....	41
4.3	O Processo Disciplinar e o Direito à Defesa.....	42
4.3.1	Sindicância.....	43
4.3.2	Verdade Sabida e Termo de Declaração.....	43
4.4	A Nulidade do Processo Disciplinar.....	44
4.5	Ampla Defesa X Súmula Vinculante nº 05 do STF.....	46
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
	REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

Na Administração Pública, os atos administrativos são todas as ações exteriorizadas pelos órgãos públicos executadas pelos seus agentes no desempenho de suas funções buscando atender aos interesses da coletividade.

Apurada alguma infração funcional do servidor na execução ou omissão de suas atribuições, os mesmos deverão ser responsabilizados no âmbito interno da Administração através da instauração do Processo Administrativo Disciplinar.

Assim, aberto o Processo Administrativo Disciplinar, o servidor tem o direito ao devido processo legal, previsto inclusive na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LV, onde confere que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Acontece que, ao servidor litigante, o assessoramento por advogado é opcional. Já a Administração Pública tem sempre em sua Comissão Processante um assessor jurídico que acompanha todas as fases do processo disciplinar.

Diante disso, a presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar ainda continua gerando pontos controversos no mundo jurídico nos dias atuais. Tudo porque sobreveio a Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal que faculta a defesa técnica por advogado nos Processos Disciplinares.

A controvérsia é causada porque em 2007, o Superior Tribunal de Justiça, com intuito de garantir a ampla defesa e o contraditório, que são garantias constitucionais, e reiterando os julgados dos tribunais brasileiros, aprovou a Súmula nº 343 onde preceituava a obrigatoriedade da presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça estava preservando o artigo 133 da Constituição Federal de 1988 onde dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Daí toda a problemática. Questiona-se muito sobre se o advogado é dispensável ou não, e se a ausência da defesa técnica causa prejuízos ao servidor litigante como cerceamento de defesa e abuso de poder nos processos administrativos disciplinares.

O presente estudo tem o objetivo de analisar o pleno atendimento do princípio da ampla defesa e a prescindibilidade do advogado no processo administrativo disciplinar e seus efeitos, bem como estudar a origem e evolução do processo administrativo disciplinar, inteirar-se com os princípios constitucionais aplicáveis no processo, observar e compreender a aplicabilidade da ampla defesa e se há cerceamento da defesa com a ausência do advogado no processo administrativo disciplinar, e por fim, analisar sua eficácia e seus efeitos.

Toda essa discussão justifica a escolha do tema deste estudo, pois servem para esclarecer, de maneira simplificada, os questionamentos sobre a maneira correta de proceder ao processo administrativo disciplinar sem ferir os princípios constitucionais preconizados na nossa Constituição Federal.

A metodologia a ser usada para a realização do estudo será através de pesquisas bibliográficas com a finalidade de acompanhar e embasar cada descoberta, garantindo assim maior credibilidade à proposta de trabalho. Desta maneira, as pesquisas bibliográficas serão o eixo fundamental para a coletânea e apreensão do conhecimento almejado, contribuindo para a excelência do tema proposto.

Inicialmente, nos três primeiros capítulos, mesmo que de maneira sucinta, veremos matérias introdutórias para melhor sedimentar o tema proposto, que virá em seguida, no quarto e último capítulo.

Num primeiro momento, será contextualizado ponderações sobre o Direito Administrativo, a Administração Pública, os Serviços Públicos, os Servidores Públicos e sobre o Controle da Administração, discorrendo sobre as origens, conceitos e princípios. Dentro da prerrogativa de controle administrativo que a Administração Pública possui, está o seu poder-dever de controle na dissolução de controvérsias com os administrados e/ou servidores, onde se utiliza o Processo Administrativo e seus procedimentos.

Passa-se a discorrer então sobre o Processo Administrativo, suas espécies, princípios, fases e modalidades, para compreensão dos procedimentos aplicáveis pela Administração Pública pertinente a solução de contestações com o administrado e/ou servidores. Assim, entende-se que, entre as espécies de Processos Administrativos, o instrumento utilizado para resolução das contendas com o servidor público é a Processo Administrativo Disciplinar.

Após compreender toda a sistemática do Processo Administrativo, passa-se a contemporizar sobre o Processo Administrativo Disciplinar, sua evolução histórica na Constituição Brasileira, conceito, formalização e fases. Esse capítulo servirá para estreitar o conhecimento sobre o cabimento da abertura do processo de acordo com a Lei 8.112/90 e a Lei 9.527/97, de como é feita sua formalização, discorrendo sobre as fases de instauração, instrução (dando ênfase à ampla defesa) e do relatório.

Concluída a compreensão sobre todas as etapas do Processo Administrativo Disciplinar, segue-se então para o ponto chave do presente estudo, ou seja, o pleno atendimento da ampla defesa e a prescindibilidade da defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar e seus efeitos. Este último capítulo ainda discorrerá sobre formação e atuação da Comissão Processante, ocorrência da nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, fechando com pontuações sobre a Súmula Vinculante nº 05 de 16/05/2008 do Superior Tribunal Federal em contraposto com a Súmula nº 343 de 12/09/2007 do Superior Tribunal de Justiça.

Ao final, a presente monografia ambiciona humildemente contribuir com um debate junto aos possíveis leitores, bem como à Administração Pública, contemporizando sobre as técnicas de organização, atos, fatos, e procedimentos que dão funcionalidade e garantindo aos servidores públicos o devido processo legal, especificamente os Princípios e Garantias Constitucionais da ampla defesa e do contraditório em contraponto com a Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal.

Assim, mesmo diante do curto espaço de tempo, este trabalho encontrou substanciais fundamentos, amparo hermenêutico constitucional, diversos julgados e contribuições de autores e seus conceitos sobre esta área e tema. Como se pode perceber, a grande maioria dos autores têm a mesma interpretação das aludidas matérias não se debatendo em pequenas questões. Mas com as constantes e insistentes reintegrações dos servidores exonerados ou demitidos, torna-se necessário a busca de um procedimento sólido e imparcial, com atendimento a ampla defesa ainda dentro do processo administrativo disciplinar, com a finalidade de se fazer justiça no âmbito da Administração Pública.

1 DIREITO PÚBLICO

O Direito é um complexo orgânico cujo conteúdo é constituído pela soma de preceitos, regras e leis, com as respectivas sanções, que regem as relações do homem, vivendo em sociedade, e se divide basicamente em dois ramos: Direito Privado e Direito Público. Essa divisão se faz necessária em virtude do estudo do direito, sobretudo em relação ao conteúdo da norma jurídica.

O Direito Privado é formado por regras que visam organizar juridicamente os interesses de ordem individual, nos seus aspectos civis ou comerciais, que se registram nas relações entre particulares, ou mesmo entre estes e as pessoas jurídicas de Direito Público, quando agem como particulares.

Assim sendo, o Direito Privado existe para regular as atividades ou os interesses do homem, disciplinando as relações entre particulares. Esse ramo de direito então, não é o foco desse estudo.

Já o Direito Público, por sua vez, existe para regular os interesses de ordem coletiva. Subdivide-se em Direito Público Externo e Interno. Nas palavras de Meirelles (2001, pag. 32), o Direito Público Externo destina-se a reger as relações entre os Estados Soberanos e as atividades individuais no plano internacional. Conclui-se então que essa subdivisão não é base para a proposta desse trabalho.

Passa-se então ao estudo do Direito Público Interno como fonte principal, entendendo que o Direito Administrativo faz parte desse ramo de direito, concordando com a afirmação de Cretella Júnior (2001, pag. 4): o direito administrativo é, inequivocamente, ramo do direito público interno.

Este capítulo ponderará de maneira superficial sobre origens, conceitos e princípios de Direito Administrativo, de Administração Pública, Serviços Públicos, Servidores Públicos e Controle da Administração para que o leitor possa se familiarizar com a proposta do tema deste trabalho, para logo em seguida adentrar de maneira específica no assunto escolhido.

1.1 DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1.1 Origem

O Direito Administrativo apareceu para o mundo com o advento da Revolução Francesa, em 1789. É claro que antes disso já existia normas administrativas, mas

eram muito esparsas e mais focadas ao funcionamento da Administração Pública, pois sabemos que onde há Estado, há serviços administrativos.

No princípio, por ainda não ter autonomia, o direito administrativo não tinha formação e era encorpado no direito civil, onde eram inseridos todos os demais ramos que ainda não tinham soberania.

Mas diante da criação do Estado Moderno, viu-se a necessidade de criar um ramo do direito que colocasse limitações e sanções no âmbito administrativo do governo, assegurando o princípio da legalidade. Sobre esse assunto, Di Pietro (2012, pag. 2) leciona:

A formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que se tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Vê-se então que o Direito Administrativo tornou-se autônomo a partir do momento em que se desenvolveu a concepção de Estado de Direito, onde todos devem se submeter à lei, independentemente da pessoa, se jurídica ou física.

1.1.2 Conceito

Apesar de não ter uma norma codificada própria e nem ser considerado contencioso, o Direito Administrativo é amplamente estudado e tem várias conceituações.

Em termos universais, pode-se destacar a definição dada por Meirelles (1989, Pag. 24):

Direito Administrativo é o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes, as atividades públicas tendentes a realizar, concreta, direta e imediatamente os fins desejados do Estado.

Entende-se então que Direito Administrativo é um segmento autônomo do Direito Público Interno pertinente à atuação estatal perante a coletividade, objetivando disciplinar as atividades de seus órgãos e seus agentes para a satisfação do interesse público.

1.1.3 Fontes

Como não há codificação total, torna-se difícil o alcance e o conhecimento do direito administrativo pelos interessados. Diante disso, existem quatro fontes principais para a sua aquisição: leis, doutrinas, jurisprudência e costumes.

A lei é a fonte primária do Direito Administrativo, enquanto que a doutrina forma o sistema teórico de princípios aplicáveis ao Direito Positivo. A jurisprudência traduz os reiterados julgamentos, uniformizando a construção do direito. Já o costume ajuda nos julgados locais onde a lei deixa deficiências e/ou lacunas.

1.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Quando se fala em administração pública, a primeira coisa que vem a mente é todos os serviços públicos prestados pelo governo para a coletividade. Em outras palavras, administração pública é a gestão dos interesses públicos por meio da prestação de serviços públicos, que podem ser realizados através da administração direta e indireta. Numa conceituação mais aprofundada, Meirelles (2001, pag. 59) nos instrui:

Administração Pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes.

Como a Administração Pública é o objeto de estudo do Direito Administrativo, este existe para conduzir corretamente todas as prestações de serviços oferecidos pelo Estado à coletividade, sempre pautando pelos seus princípios.

1.2.1 Princípios Básicos da Administração

A Constituição Federal consolidou a previsão de cinco princípios básicos da administração pública, em seu art. 37, caput:

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...

Apesar de só cinco princípios estarem expressamente previstos na Constituição, ainda existem mais sete princípios que decorrem do nosso regime político, textualmente consubstanciados na Lei Federal nº 9.784/99, em seu art. 2º, que são: razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público.

Esses doze princípios são os sustentáculos da atividade pública. Eles deverão pautar todos os atos e atividades administrativas de todo poder público.

1.2.2 Poderes da Administração Pública

Os poderes administrativos nascem com a Administração e se prestam conforme as demandas dos serviços públicos, do interesse público e os fins aos quais devem atingir. Meirelles (2001, pag. 108) ensina que:

Para bem atender ao interesse público, a Administração é dotada de poderes administrativos – distintos dos poderes políticos – consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas.

Compreende-se então que os poderes administrativos são ferramentas de trabalho intrínsecas à Administração Pública. Classificam-se em: Poder Vinculado; Poder Discricionário; Poder Hierárquico; Poder Disciplinar; Poder Regulamentar; e Poder de Polícia.

Poder Vinculado é o direito conferido à Administração Pública para exercer atos de sua competência, desde que expressamente dentro dos limites da norma. Ou seja, o administrador não pode praticar atos que não estejam previamente previstos em lei. Qualquer ato praticado sem previsão é um ato nulo.

Já o Poder Discricionário confere à administração pública a liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade, desde que dentro dos limites permitidos em lei.

O Poder Hierárquico estabelece a relação de subordinação entre os servidores do Executivo, tendo como objetivo controlar, coordenar, ordenar e corrigir as atividades administrativas dentro do âmbito interno da Administração Pública.

Poder Disciplinar é o poder concedido a Administração Pública para punir as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da administração.

O Poder Regulamentar é a atribuição que o Executivo dispõe para produzir regulamentos, decretos, portarias, que explicam a lei para a sua correta implementação.

Por último, o Poder de Polícia. Segundo Meirelles (2001, pag. 123) Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

1.2.3 Atos Administrativos

Ato Administrativo é toda manifestação exteriorizada pela Administração Pública para materializar o exercício da função administrativa. Na conceituação de Gasparini (2012, pag. 112):

Ato Administrativo é toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.

Entende-se então que Atos Administrativos são todos os atos praticados pelo executivo no exercício de suas funções administrativas, impondo obrigações ou garantindo direitos de interesse da coletividade.

Assim também se manifesta Mello (2001, pag. 343), conceituando Ato Administrativo como:

Declaração do Estado (ou que lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Então, o ato administrativo tem por finalidade atingir o objetivo de interesse público, através de ações do executivo devidamente previsto em lei, tais como suspensão, revogação, modificação, extinção, entre outros.

1.2.4 Procedimentos Administrativos

Cabe aqui destacar a diferença entre Processo e Procedimento, tendo em vista que no significado geral, o sentido de ambos equivale a ação de proceder ou ação de prosseguir. Meirelles (1989, pag. 581) ensina que Processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no

âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual.

Compreende-se claramente que processo é o modelo que se usa para investigar e solucionar pretensões submetidas à tutela jurídica ou administrativa, enquanto que procedimentos são os trâmites, as ações tomadas no processo.

1.3 SERVIÇOS PÚBLICOS

A Administração Pública tem como atribuição principal prestar serviços com qualidade e eficiência à coletividade. Mello (2001, pag. 597) conceitua:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

O conceito de serviço público não é unânime na doutrina, existindo inúmeras definições. De maneira mais clara e objetiva, Meirelles (1989, pag. 289) traz sua definição: Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado.

Atualmente a sociedade já cobra mais pela qualidade e eficiência dos serviços públicos, exigindo seus direitos e garantias, pois a cada dia que passa cresce a consciência do cidadão que passa a exigir mais dos seus governantes.

1.4 SERVIDORES PÚBLICOS

Compreende-se que servidor público, em sentido amplo, são todos os indivíduos que têm vínculo empregatício no regime estatutário ou contratual, permanente ou eventual, com a Administração Pública direta ou indireta, com retribuição pecuniária. Leciona o professor Motta (1999, pag. 201):

Servidores públicos são aqueles ocupantes de cargos públicos no Estado (Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo, excluindo destes os cargos eletivos), nas autarquias e fundações de direito público das três esferas de poder – União, Estado, Distrito Federal e Municípios.

O regime estatutário é um regime jurídico estabelecido para os servidores públicos que institui os direitos, deveres e demais parâmetros que regulam a relação entre o empregado e o empregador.

É no regime estatutário que se prevê o ingresso no serviço público, através de concurso, como também formas e limites de remuneração, deveres e direitos dos servidores, planos de carreira, investiduras em cargos em comissão e funções de confiança e, ainda, casos de contratação por tempo determinado.

Após ser classificado no concurso público para provimento de um cargo efetivo, vem a nomeação e posse do servidor. A posse marca o início de direitos e deveres funcionais, como também gera as restrições, impedimentos e incompatibilidade para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos, salvo casos previstos na lei.

Empossado, o servidor passa pelo estágio probatório, que é o período em que ele é observado pela Administração, para análise de seu perfil em consonância com os requisitos pré-estabelecidos do cargo. Não satisfazendo as exigências legais da Administração, o servidor pode ser exonerado, desde que justificadamente. Essa exoneração não é penalidade e nem demissão; é simples dispensa do funcionário, uma vez que na fase experimental, o servidor não atendeu as expectativas.

Passando pelo estágio probatório, o servidor conquista a estabilidade no emprego, não podendo ser exonerado, exceto se praticar ato infracionário grave.

No exercício de suas atribuições, o servidor público tem deveres e direitos funcionais estabelecidos e garantidos na Constituição Federal, nos estatutos, planos de cargos e salários e regimentos internos. Cometendo a infração, seja administrativa, civil ou criminal, deverão ser responsabilizados no âmbito interno da Administração e perante a Justiça Comum.

No âmbito da Administração, a infração funcional resulta em responsabilidade administrativa. Meirelles (1989, pag. 412) conceitua:

Responsabilidade administrativa é a que resulta da violação de normas internas da Administração, pelo servidor sujeito ao Estatuto e disposições complementares, estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública. A falta funcional gera o ilícito administrativo, e dá ensejo à aplicação de pena disciplinar, pelo superior hierárquico, no devido processo legal.

Feita a apuração da infração funcional através da sindicância, e transformada em processo administrativo disciplinar, o servidor fica sujeito, desde logo, às

sanções administrativas correspondentes, independentemente se essa falta desencadeou processo civil ou criminal.

Para isso é necessário que a Administração tenha total controle do órgão administrado. O controle da Administração é uma das funções administrativas necessárias para a supervisão sobre a conduta funcional.

1.5 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

Para melhor compreendermos sobre Controle da Administração Pública, utilizaremos a conceituação de Meirelles (1989, pag. 564), que preceitua que controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.

Já Motta (1999, pag. 548) também conceitua controle no âmbito da administração pública como:

...poder-dever de inspeção, registro, exame, fiscalização pela própria Administração, pelos demais Poderes e pela sociedade, exercidos sobre a conduta funcional de um Poder, órgão ou autoridade com o fim precípua de garantir a atuação da Administração em conformidade com os padrões fixados no ordenamento jurídico.

O controle tem abrangência bem ampla. Qualquer órgão público em qualquer esfera de Poder, interno ou externo, com função tipicamente administrativa, tem o controle como autotutela.

Assim nos ensina Mello (2001, pag. 212):

A Administração pública, direta, indireta ou fundacional, assujeita-se a controles internos e externos. Interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. Externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração.

Entende-se que a Administração justapõe a autotutela sobre seus próprios atos e servidores decorrente da legitimidade de aplicar o controle administrativo derivado do seu poder-dever.

Confirmando essa conclusão, Meirelles (1989, pag. 569) preceitua:

Controle administrativo é todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo que é um controle de legalidade e de mérito.

Conclui-se então que, utilizando a prerrogativa do controle administrativo e sempre visando o interesse público, a Administração Pública pode anular, revogar ou alterar os seus próprios atos. Também pode desempenhar seu poder-dever de controle na dissolução de controvérsias dos administrados, bem como exercer o controle da conduta de seus servidores, utilizando-se do processo administrativo e seus procedimentos.

2 PROCESSO ADMINISTRATIVO

Todo órgão público tem à sua disposição instrumentos administrativos para controlar, fiscalizar e corrigir sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação.

Dentre as diversas formas e tipos de controle administrativo que a Administração Pública possui para registrar seus atos, controlar a conduta dos seus agentes e solucionar quaisquer contestações dos administrados, existe o mais comum e usual: o Processo Administrativo.

Este capítulo discorrerá, de maneira metódica, sobre o Processo Administrativo, suas espécies, princípios, fases e modalidades, para depois penetrar especificamente na proposta deste trabalho, numa tentativa de sistematização do tema escolhido.

2.1 Noções Preliminares

Para o registro de seus atos, controle da conduta dos subordinados e solução de controvérsias sobre os administrados, a Administração Pública dispõe como procedimento regimentar, a abertura de Processo Administrativo.

Conforme definição dada por Silva (2008, pag. 1104), processo administrativo é uma denominação genérica dada ao processo que se opera perante a autoridade administrativa, quando não é de natureza contenciosa e provocada por iniciativa dela. Ou seja, é um processo que tramita na esfera administrativa e que se executa através de ato *ex officio*¹.

O processo administrativo é um controle da Administração que lhe dá a faculdade de vigilância, orientação e correção sobre a conduta funcional de outro. Portanto, o controle é essencial na fiscalização e supervisão hierárquica da administração pública sobre os servidores e administrados.

No dia a dia da Administração Pública, o Processo Administrativo é um dos instrumentos mais eficazes para o controle de toda e qualquer situação de contradição. Nas palavras de Medauar (2001, pag. 195):

O processo administrativo caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, seja ante a própria Administração, seja ante outro sujeito (administrado em geral, licitante, contribuinte, por exemplo), todos, neste caso, confrontando seus direitos ante a Administração.

¹ Ato "ex officio" é o ato que se executa de ofício ou oficialmente, isto é, em razão do ofício ou por dever do ofício (cargo ou função).

Pode-se compreender que o processo administrativo é um instrumento que, apesar de burocrático, garante aos litigantes todo o amparo legal, criando um vínculo jurídico entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, enquanto permanecerem na relação processual, na busca por uma decisão mais acertada e justa sobre a ocorrência.

A Constituição de 1988, no art. 5º, inc. LV consagrou essa afirmação: 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 preceito acima está inserido entre os direitos e garantias fundamentais previstos na nossa Constituição. Fica claro então que aos litigantes, também em processo administrativo, está garantida a preservação de seus direitos, com todos os meios e recursos cabíveis para o contraditório e sua ampla defesa.

Se num primeiro momento o processo administrativo proporciona dentro dos seus trâmites um meio de observância dos requisitos de legalidade do ato administrativo e garantia de respeito dos direitos dos indivíduos, seus objetivos foram se ampliando à medida que se alteravam as relações do Estado/Administração com a sociedade. Ou seja, extrapolou-se o perfil de processo administrativo ligado somente à dimensão do ato administrativo em si, para chegar a legitimação do poder. Por isso, a necessidade de tutela dos direitos dos servidores e administrados preceituados na Constituição de 1988.

2.2 ESPÉCIES DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

São duas as espécies de processo administrativo no âmbito da Administração Pública: Processo Disciplinar e o Processo Tributário ou Fiscal.

O processo administrativo tributário ou fiscal tem como finalidade apurar e determinar exigências dos créditos tributários, bem como responder sobre as consultas acerca da aplicação da legislação tributária.

Já o processo disciplinar, na prática administrativa, ocorre em toda situação onde há uma má conduta funcional, tendo ou não natureza jurisdicional. Segundo Meirelles (1989, pag. 590), processo administrativo disciplinar é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração. Ou seja, é através do Processo Administrativo Disciplinar que se finaliza uma demanda entre Administração e o servidor, não deixando de observar os princípios que o norteiam.

2.3 PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Em todas as doutrinas, o rol dos princípios do processo administrativo varia de autor para autor. Como se está acompanhando um doutrinador em especial, para Meirelles (1989, pag. 582), o processo administrativo, nos Estados de Direito, está sujeito a cinco princípios de observância constante, a saber: o da legalidade objetiva, o da oficialidade, o do informalismo, o da verdade material e o da garantia de defesa.

2.3.1 Princípio da Legalidade Objetiva

O princípio da legalidade objetiva determina que todo processo administrativo seja instaurado com base e preservação da lei. Então, todo o processo administrativo deve fundamentar-se em uma norma legal específica, sob pena de invalidade.

2.3.2 Princípio da Oficialidade

O princípio da oficialidade, conforme leciona Medauar (2001, pag. 203), é também denominado de impulso oficial ou impulsão de ofício, e significa o dever, atribuído à Administração, de tomar todas as providências para se chegar, sem delongas, à decisão final. Assim sendo, no âmbito administrativo, esse princípio assegura a possibilidade de instauração do processo por iniciativa da Administração e ainda possibilita impulsioná-lo, adotando todas as medidas cabíveis a sua adequada instrução.

2.3.3 Princípio do Informalismo

O princípio do informalismo prevê que o processo administrativo deve ser simples, sem muita rigidez nas exigências formais. Porém, deve sempre atender aos ritos e formas inerentes a todo procedimento para que se tenha a segurança procedimental e a certeza jurídica. Essa simplicidade processual despida de formalidades excessivas consiste na previsão de ritos e formas simples suficientes para que a defesa possa ficar a cargo do próprio administrado, nem sempre familiarizado com os meandros processuais.

2.3.4 Princípio da Verdade Material

Também denominado da liberdade na prova, o princípio da verdade material autoriza a Administração a aceitar provas durante todo o processo administrativo até o julgamento final. Este princípio é que permite a *reformatio in pejus*² nos recursos administrativos, pois ao contrário dos processos judiciais onde as provas devem ser apresentadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo elas são aceitas a qualquer momento, desde que antes da decisão.

2.3.5 Princípio da Garantia de Defesa

O princípio da garantia de defesa significa essencialmente o direito de se defender e resistir às pretensões adversárias em todas as etapas do processo. Ou seja, busca assegurar a defesa contra atos, medidas, condutas, decisões e declarações vindos de outrem. Segundo entendimento de Meirelles (1989, pag. 585):

Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.

A ampla defesa e o contraditório estão assegurados no inciso LV, do art. 5º da atual Constituição Federal, como decorrência do devido processo legal.

Entende-se que o processo administrativo, apesar de tramitar na esfera da Administração, deve obedecer a todos os ritos e formalidades exigidas, seguindo sempre os princípios elencados acima.

Se a Administração, utilizando-se do seu poder administrativo, cercear ou criar limitações dentro do processo administrativo aos seus administrados ou servidores, não dando oportunidade de defesa, omitindo informações e criando barreiras, tornará o processo nulo.

Toda vez que o administrado ou servidor se sente lesado no julgamento final do processo administrativo, recorrem aos Tribunais Judiciais. E eles sempre têm decidido pela nulidade de tais processos, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal ou princípio da garantia de defesa.

Não poderíamos também deixar de ressaltar a Lei nº 9.784/99 (Lei do

² Reformatio in pejus. Reforma para pior. Não é admissível que, ao julgar o recurso, o Tribunal piore a condenação do recorrente, sem ter ocorrido recurso da parte contrária.

Processo Administrativo Federal) que prevê princípios informadores da atuação da Administração nos processos administrativos: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Essa lei atualiza e amplia a aplicação dos princípios dentro do processo administrativo, deixando claro a preocupação e o zelo que nossos legisladores tiveram na formulação de regras que consubstanciassem expressão dos dois objetivos primordiais da lei: criar meios para o melhor cumprimento dos fins da Administração Pública e proteger os direitos dos administrados, respeitando as particularidades das normas que disciplinam processos específicos.

2.4 FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

São etapas comuns que devem ser seguidas junto ao processo administrativo para favorecer uma decisão acertada sobre atos, fatos, situações e controvérsias perante a Administração Pública. São cinco as fases, que seguem essa ordem: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento.

2.4.1 Instauração

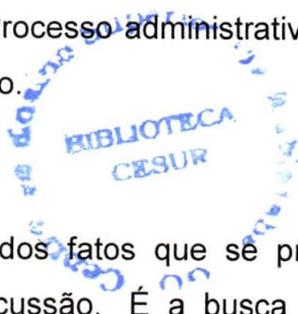
É o ato de abertura do processo administrativo. Tanto pode ser por iniciativa própria da Administração como pode ser provocado. Segundo leciona Meirelles (2001, pag. 649),

A instauração é a apresentação escrita dos fatos e indicação do direito que ensejam o processo. Quando provém da Administração deve consubstanciar-se em portaria, auto de infração, representação ou despacho inicial da autoridade competente; quando provocada pelo administrado ou pelo servidor deve formalizar-se por requerimento ou petição.

Para a instauração do processo administrativo, seja provocado ou *ex officio*, deve a petição inicial ser bem embasada e constar todos os fatos devidamente discriminados, de modo que permita a identificação e delimitação do objeto da controvérsia e possibilite a sua ampla defesa. Processo administrativo iniciado com uma instauração imprecisa e/ou com vícios é nulo.

2.4.2 Instrução

Instrução é a etapa que visa à elucidação dos fatos que se precisam saber para conhecimento e/ou esclarecimento da discussão. É a busca pela verdade.



Conforme nos ensina Silva (2008, pag. 755),

Instrução é a soma de atos e diligências que, na forma das regras legais estabelecidas, devem ou podem ser praticados, no curso do processo, para que se esclareçam as questões ou os fatos que constituem o objeto da demanda ou do litígio.

Ou seja, a instrução é a fase promovida dentro do processo que busca provar a realidade através de documentos, testemunhos, inspeções pessoais e até perícias técnicas, propiciando materialidade para o fato. Havendo defeitos na instrução pode ocorrer à invalidação do processo ou do julgamento.

2.4.3 Defesa

Numa compreensão comum, defesa são todos os meios que a pessoa possui para rebater aos ataques a si ou aos seus bens, contestando as pretensões do autor.

Como já vimos, a defesa é uma garantia constitucional de todo acusado, seja em processo judicial ou administrativo (art. 5º, LV). Compreende a ciência da acusação, o acesso aos autos no órgão administrativo, oportunidade para contestação e provas, indagação e reperguntas as testemunhas e a observância do devido processo legal. Cabe salientar que processo administrativo sem oportunidade de ampla defesa ou com defesa restringida é nulo.

Também é mister pontuar neste momento que, no processo administrativo é admissível a defesa pelo próprio acusado ou por advogado regularmente constituído no processo.

2.4.4 Relatório

Relatório é uma peça informativa e opinativa, sem efeito vinculante para a Administração ou para os interessados no processo, feita pela comissão processante ou por quem a presidiu, relatando sinteticamente a apuração realizada nas fases anteriores.

2.4.5 Julgamento

Julgamento é a decisão pronunciada pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo. Essa decisão tanto pode ser fundamentada nas conclusões do relatório como pode ser baseada na interpretação diversa das normas legais aplicáveis no caso pelo julgador.

O que se tem que levar em consideração é que o julgamento deve ser feito em cima da acusação, da defesa e das provas, sendo ilícito ao julgador proferir a decisão fundamentando em fatos alheios ao processo, pois isso conduzirá à sua nulidade.

Conclui-se então que, todo o processo administrativo próprio deve percorrer todas as fases mencionadas acima, atendendo todos os princípios, na busca pela solução mais justa do litígio entre a Administração e o administrado ou servidor, independentemente da modalidade que se instaure, como veremos a seguir.

2.5 MODALIDADES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo administrativo tem quatro modalidades: processo de expediente, processo de outorga, processo de controle e processo punitivo.

2.5.1 Processo de Expediente

Processo Administrativo de Expediente é toda autuação que tramita pelas repartições públicas solicitando as devidas providências. Esses expedientes são simplesmente a rotina burocrática da Administração Pública, como por exemplo, protocolos, pedido de certidões, pareceres, informações, despacho. Por não terem rito sacramental, não geram, nem alteram, nem suprimem direitos dos administrados, da Administração ou dos servidores, e, por isso, são irrecuráveis e não geram preclusão, pois admitem sempre a renovação do pedido e a modificação do despacho.

2.5.2 Processo de Outorga

Processo administrativo de outorga é todo processo em que se reivindica a garantia de um direito pessoal perante a Administração Pública. Por exemplo: Registro de marcas ou patentes, pedido de licenciamento para construção, pedido de isenção de tributos, entre outros.

As decisões finais deferindo esses processos geram direito subjetivo para o beneficiário e, por isso, são irretratáveis pela Administração, exceto quando se refere aos atos precários que, por natureza, admitam modificação ou supressão sumária a qualquer tempo.

2.5.3 Processo de Controle

Processo administrativo de controle é todo aquele em que a Administração Pública realiza verificações de atividades sujeitas a fiscalização, declara situação de direito ou conduta do administrado ou do servidor, e ao final, divulga o resultado para efeitos futuros.

Tais processos têm rito próprio. Constatando-se irregularidades puníveis, garante a oportunidade de defesa do interessado antes de seu encerramento, sob pena de invalidade do resultado da apuração.

Este tipo de processo não é auto-executável e necessita de outro processo administrativo complementar, seja de pronunciamento executório de outro Poder, ou ainda de ação civil ou criminal, ou mesmo de caráter punitivo ou disciplinar.

2.5.4 Processo Punitivo

Processo administrativo punitivo é todo aquele promovido pela Administração Pública para a imposição de penalidade por infração da lei, regulamento ou contrato.

Tais processos obedecem às particularidades do devido processo legal, assegurado o contraditório e a ampla defesa, sob pena de nulidade da sanção imposta. O importante é que se desenvolva com regularidade formal em todas as suas fases, para legitimar a decisão.

Concluída a apreciação das espécies, princípios, fases e modalidades do Processo Administrativo para compreensão dos procedimentos aplicáveis na Administração pertinente a solução de controvérsias com o administrado ou servidores, passaremos agora a contemplar especificadamente o Processo Administrativo Disciplinar – PAD, para ponderarmos sobre a problemática e o objetivo do nosso tema, ou seja, analisar o pleno atendimento do princípio da ampla defesa e a prescindibilidade do advogado no processo administrativo disciplinar e seus efeitos.

3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD

3.1 Noções Preliminares

O Processo Administrativo Disciplinar, ou simplesmente PAD, é uma ferramenta de controle que a Administração Pública possui em qualquer órgão da administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Em cada uma dessas esferas existem leis que disciplinam a atuação dos servidores que possuem direitos e deveres nos órgãos onde estão lotados.

Caso algum servidor público cometa alguma improbidade, será aberto um Processo Administrativo Disciplinar, que tramitará administrativamente e deve oferecer ao servidor as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

O Processo Disciplinar está preceituado no artigo 148, caput³, Estatuto Federal dos Servidores (lei 8.112/90), que assim estabelece:

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.

Sendo instaurado o processo administrativo disciplinar, ordenado pela autoridade competente e julgado pela comissão processante vinculada ao órgão, observa-se os meios sumários para sua realização e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Esse capítulo abrangerá todas as etapas do Processo Administrativo Disciplinar, iniciando por uma rápida incursão pela evolução histórica na Constituição Brasileira, conceito, formalização e fases, para melhor sedimentar este trabalho.

3.2 Evolução Histórica do Processo Administrativo Disciplinar

Historicamente, para falarmos sobre Processo Administrativo Disciplinar, faremos uma rápida remissão ao devido processo legal e o seu surgimento na sociedade.

O devido processo legal dentro de um contexto histórico mundial teria iniciado nos idos da antiga Grécia, passando pelo Império Romano, a legislação patricia e

³ Caput é o termo, geralmente usado nos textos legislativos, em referência ao enunciado do artigo. Caput vem do latim e significa "cabeça".

germânica e por fim, na monarquia brasileira, república, ditadura e findando na democracia após a Constituição Cidadã de 1988.

Ou seja, os registros históricos revelam que a aplicação da Justiça era considerada um fundamento sagrado para a humanidade desde muitos anos antes de Cristo. Compreende-se então que a justiça é uma corrente universal antiga.

No Brasil, a história do Processo Administrativo Disciplinar se confunde com o nascimento do Direito Administrativo. Desde a época do Império até nossos dias, passando pela Proclamação da República em 1889 até a Constituição Federal de 1988, o processo administrativo obteve diversas e relevantes influências.

Apesar de centenário, o processo administrativo disciplinar só veio a ser constitucionalizado no Brasil na Carta Magna de 1934, em seu artigo 169:

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.

A Constituição Brasileira de 1937, no artigo 156, c, também se preocupou em garantir a ampla defesa ao servidor público, mediante o devido processo administrativo:

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

Na Carta Magna Brasileira de 1946, artigo 189, expunha que os funcionários públicos tinham a estabilidade funcional assegurada e não podiam ser demitidos sem o devido processo disciplinar:

Art 189 - Os funcionários públicos perderão o cargo:

I - quando vitalícios, somente em virtude de sentença judiciária;

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.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, artigo 103, também fazia referência a estabilidade funcional e a segurança do devido processo administrativo:

Art 103 - A demissão somente será aplicada ao funcionário:

I - vitalício, em virtude de sentença judiciária;

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

Parágrafo único - Invalidada por sentença a demissão de funcionário, será ele reintegrado e quem lhe ocupava o lugar será exonerado, ou, se ocupava outro cargo, a este será reconduzido, sem direito à indenização.

Como podemos perceber até agora, o direito à ampla defesa num hipotético processo administrativo disciplinar está presente em todas as Constituições brasileiras. Mas a ampla defesa só foi constitucionalizada em 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, que contempla aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o direito ao contraditório e à ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes.

Ou seja, o servidor que já se encontra estabilizado tem essa garantia constitucional que contribui para a redução do arbítrio da autoridade pública, conforme preceitua o artigo 41 da Carta Magna de 1988:

§ 1º O servidor estável só perderá o cargo:

(...);

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

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

Essa garantia legítima é um instrumento que funciona como caução que reduz o arbítrio da autoridade pública a bem de todos os servidores nos tempos atuais. Espera-se que as garantias evoluam com a sociedade e que os princípios constitucionais garantam, não só o devido processo legal, mas, a continuidade do Estado Democrático de Direito.

3.3 Conceito

Várias definições já foram dadas para o Processo Disciplinar. Veremos a seguir, a exposição de algumas.

No pensamento de Meirelles (2001, pag. 654), Processo Administrativo Disciplinar é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração.

Conforme leciona Cretella Júnior (1999, pag. 67),

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

Para o grande doutrinador Gasparini (2012, pag. 1103) o processo disciplinar pode ser conceituado como o procedimento formal, instaurado pela Administração Pública, para a apuração das infrações e aplicação das penas correspondentes aos servidores, seus autores.

Conforme convencionou Di Pietro (2012), o processo administrativo disciplinar é obrigatório, de acordo com o artigo 41 da constituição, para a aplicação das penas que impliquem perda de cargo para o servidor estável. No âmbito federal, a lei 8.112/90 exige a realização desse processo para a aplicação das penas de suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, dentre outros. Ainda exige o mesmo processo para a demissão ou dispensa do servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos a ele atribuído ou desidioso no cumprimento dos deveres laborais.

Observando todos os conceitos acima relatados e mais alguns outros estudados, pode-se ponderar que, embora expressado com linguagem diferente, a conclusão é a mesma: o processo disciplinar é um instrumento administrativo utilizado pela Administração Pública na apuração de falta e punição dos agentes públicos, imprescindível para a demissão do servidor estável, estendido também para o efetivo que ainda se encontra em estágio probatório.

3.4 FORMALIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Havendo alguma infração funcional do servidor na execução ou omissão de suas atribuições previstas no Estatuto, será formalizado o processo administrativo disciplinar pertinente à esfera de governo da qual o infrator esteja lotado.

Assim que a Administração Pública toma conhecimento de um fato tem o dever de apurá-lo. Visando o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, a Administração Pública fundamentada no bom andamento dos trabalhos e no respeito ao erário público deve apurar e punir o servidor infrator.

Parafraseando Di Pietro (2012, pag. 693): (...) os meios de apuração de ilícitos administrativos são o processo administrativo disciplinar e os meios sumários,

que compreendem a sindicância e a verdade sabida. Tipificando crime quando da apuração dos fatos, o processo será enviado ao Ministério Público. Neste trabalho iremos verificar somente o processo administrativo disciplinar, não adentrando em outras possibilidades processuais.

A formalização do processo pela Administração Pública é realizada através de portaria, decreto ou outros atos previstos em lei. Após a formalização, de acordo com as normas legais, o processo administrativo disciplinar, necessita de atender algumas fases essenciais para que exista a validade dos atos.

3.5 FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

As fases obedecidas no processo disciplinar são as mesmas compreendidas no processo administrativo: instauração, instrução, relatório e decisão, cuja realização cumpre rigorosamente essa sequência ou ordem. Mas por ter caráter punitivo, o processo disciplinar engloba entre as fases de instrução e relatório, a fase da ampla defesa.

Assim preceitua o art. 151 da Lei Federal 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.

Ou seja, quando o processo administrativo for punitivo/disciplinar, há um enfoque maior na fase da ampla defesa e do contraditório, obedecendo fielmente o rito do devido processo legal.

3.5.1 Fase de Instauração

A instauração do Processo Administrativo Disciplinar pode ser principiada por provocação ou *ex officio*. Tem início com a edição de Portaria que deve ser devidamente publicada pela Administração Pública. A partir da publicação da Portaria, inicia-se o processo de investigação.

A peça inicial do processo administrativo, sempre em termos, pode ser instruída com documentos comprovadores das informações e fatos retratados e com o rol de testemunhas que poderão esclarecer e confirmar o alegado. No caso de denúncia, nem mesmo precisa ser assinada, mas deve constar obrigatoriamente o nome e endereço do denunciante para evitar acusações inconsistentes.

Deste modo, o processo administrativo disciplinar segue os ritos definidos em lei própria de cada esfera administrativa, sendo que a Lei Federal 8.112/90 é aplicada subsidiariamente nos estados e municípios.

Na edição da Portaria que prevê a instauração do processo disciplinar deverá conter a denominação e qualificação dos servidores que irão compor a comissão de processo administrativo disciplinar, notadamente servidores estáveis, e, preferencialmente, com formação na área jurídica, trazendo em seu bojo a indicação do servidor que presidirá a Comissão Processante; os fatos que indiquem o comportamento irregular atribuído ao servidor acusado, o nome e qualificação deste servidor, bem ainda a tipificação da infração e o prazo para a conclusão do processo, na forma da legislação própria.

3.5.2 Fase de Instrução

É a segunda fase do processo disciplinar. É na etapa de instrução que a Comissão Disciplinar busca elementos suficientes para descobrir sobre o indiciamento ou não do servidor acusado, respeitando, sempre, o devido processo legal e as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Nesta fase são realizadas diligências, perícias, oitiva do indiciado e testemunhas, juntada de documentos, informações, dentre outros, ou seja, são reunidos todos os elementos probatórios da falta disciplinar e de sua autoria.

Realizada a análise exaustiva e minuciosa sobre todo o material obtido e havendo provas suficientemente claras de que o investigado seja o autor, concluirá a comissão pelo seu indiciamento, e abrirá o prazo para defesa. Caso contrário optará pelo arquivamento do processo.

Sobre o assunto, disserta Costa (1996, pag. 138):

Havendo comprovação suficiente da prática de transgressão disciplinar e elementos indicativos de que o acusado seja o seu autor, concluirá a comissão, nos termos do artigo 161 da Lei 8.112/90, pela indicição deste, apontado, numa síntese escrita a que se chama de despacho de instrução e indicição, as razões autorizadoras de tal ilação, bem como declinando as disposições da lei ou do regulamento em que deve ser feito o enquadramento.

Logo após a conclusão pelo indiciamento, a comissão deve citar o indiciado para, em regra, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar sua defesa por escrito. Caso haja mais de um indiciado, recomenda-se que esse prazo seja estendido.

Sempre será concedida vista dos autos ao servidor indiciado ou ao seu procurador legalmente constituído. Se o indiciado se recusar a opor o ciente na cópia de citação, o prazo contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo servidor que entregou o mandado, com a assinatura de testemunhas.

Ao servidor revel, deverá ser oferecido defensor dativo, designado pela autoridade instauradora da comissão disciplinar, sendo que a recusa por parte do servidor designado, injustamente, será considerada insubordinação grave.

Tal nomeação do defensor dativo está fundamentado no Acórdão sobre o agravo regimental no Recurso Extraordinário impetrado em 2012 no Supremo Tribunal Federal, a seguir:

Nomeação de defensor dativo e defesa técnica

"Conforme já assentado pela decisão ora agravada, tendo sido o recorrente omissivo quanto à apresentação de defesa, a comissão processante cuidou de nomear, em substituição ao advogado oficiante no feito, um defensor dativo, a fim de que fosse sanada tal omissão. (...)

Assim, ao contrário do afirmado pelo recorrente, não houve cerceamento de defesa.

Ademais, o fato de a defesa final ter sido realizada por bacharel em direito, em vez de advogado inscrito na OAB, não viola o texto constitucional, pois, conforme entendimento já firmado por esta Corte, *a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição (Súmula Vinculante n. 5)*.

Dessa forma, não há fundamentos capazes de infirmar a decisão agravada."

RE 570.496 AgR (DJe 13.3.2012) - Relator Ministro Gilmar Mendes - Segunda Turma.

Compreende-se que a revelia não induz verdadeiras as alegações contra o acusado, pois, prevalece a verdade real.

3.5.3 Fase da Defesa

Chegando à terceira fase do processo, cabe salientar que dentro da defesa existem pontos a serem abordados, tais como: a ciência ao acusado da acusação, que é feita através de citação pessoal e de responsabilidade do processante; a vista aos autos do processo administrativo na repartição, que é garantida ao processado; a oportunidade para oferecimento de contestação e provas; a inquirição e reperguntas de testemunhas e a observância do devido processo legal, assim como os princípios do contraditório e da ampla defesa, dentre outras medidas a serem adotadas, para que o processo tenha sua forma e validades garantidas.

Sobre a ampla defesa, Gasparini (2012, pag. 1106) nos ensina:

Consiste em reconhecer ao acusado o direito de saber que está e porque está sendo processado; de ter vista do processo administrativo disciplinar para apresentação de sua defesa preliminar; de indicar e produzir as provas que entender necessárias à sua defesa; de ter advogado quando for economicamente insuficiente; de conhecer com antecedência a realização de diligências e atos instrutórios para acompanhá-los; de perguntar e reperguntar; de oferecer a defesa final; de recorrer, para que prove sua inocência ou diminua o impacto e os efeitos da acusação.

Nesta fase, também é usado o bom senso e a transparência, devendo ser indeferidos atos que se apresentem como protelatórios ao andamento do processo administrativo disciplinar, bem como situações que possam tentar confundir a comissão processante, sendo nulo processo administrativo disciplinar que cerceie a defesa.

Relembramos aqui o texto constitucional que assegura a fase da defesa, em seu artigo 5º, LV, que diz: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes.

Não há que se falar em princípios do contraditório e da ampla defesa, sem que seja garantido o devido processo legal. Pode-se afirmar que o contraditório e a ampla defesa com os recursos e meios a eles inerentes só poderá ser alcançado se houver a concretização do princípio do devido processo legal, mesmo na esfera administrativa.

As sanções administrativas, para que tenham validade, devem estar revestidas de legalidade, onde seja assegurada a oportunidade de defesa, a manifestação do interessado e a produção de provas alcançadas lícitamente.

Tendo em vista à bilateralidade do processo administrativo disciplinar, a administração não pode estar num patamar de supremacia, pois o contraditório concentra a oportunidade de diálogo entre as partes. É a manifestação das partes moldadas em forma de processo.

Como a lide abarca duas situações, de um lado a administração e de outra o administrado, não pode a mesma ser parte e julgadora ao mesmo tempo, uma vez que não terá cunho isonômico.

Esta é a função das comissões formadas. Tendo caráter apurativo e autonomia em seus pareceres, está alheia a influências tanto da administração quanto do administrado. Seus pareceres serão formados pelo livre convencimento da comissão de forma que seja expedido um relatório ponderado retratando a

realidade dos fatos.

Há de se destacar nesta fase também, a presença imprescindível ou não do advogado no processo disciplinar. O Supremo Tribunal de Justiça, pela Súmula 343, estabeleceu a presença obrigatória de advogado nos processos administrativos disciplinares. Contudo, prevalece a orientação determinada pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula Vinculante nº 5, segundo a qual a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Este tópico deverá ser sedimentado mais adiante por ser objeto de estudo deste trabalho.

3.5.4 Fase do Relatório

Nessa etapa, a Comissão processante manifesta-se sobre todas as suas conclusões acerca do ilícito de sua autoria. É nesta fase em que se conclui pela inocência ou culpabilidade do indiciado. Assim, o relatório da Comissão Disciplinar deverá ser minucioso e conclusivo, além de conter o resumo das peças principais dos autos, as provas em que se baseou para formar a sua convicção, bem como o ilícito praticado pelo indiciado e a sua cominação legal.

Porém, se a autoridade julgadora divergir da conclusão e da pena proposta pela comissão processante, a mesma deverá, com base em fundamentos jurídicos embasar sua oposição ao relatório conclusivo apresentado pela comissão. Sabe-se, no entanto, que o relatório não tem cunho de sentença, podendo a autoridade julgadora divergir. É importante ressaltar, mais uma vez, que esse livre convencimento e essa discricionariedade da autoridade julgadora devem estar fundamentados nos elementos dos autos e nos regramentos legais distintos.

3.5.5 Fase do Julgamento

A fase do julgamento é a etapa final onde a autoridade competente, ao receber os autos do processo administrativo disciplinar, profere a decisão.

O julgamento, em regra, acatará o relatório conclusivo da comissão disciplinar, salvo quando contrário às provas dos autos. Ou seja, é lícito ao julgador proferir decisão diferente do sugerido no relatório, desde que seja fundamentada em fatos concretos e não alheios ao processo. O julgador pode contrariar o relatório da comissão processante por entender e/ou interpretar as normas legais aplicáveis ao caso, podendo inclusive, abrandar ou agravar a pena, ou até mesmo isentar o

servidor de sua aplicação, desde que haja motivação.

O processo também poderá ser declarado nulo ou parcialmente nulo, pela autoridade julgadora, quando eivados de vícios insanáveis, constituindo, desta feita, nova comissão para a instauração de novo processo. A comissão processante pode sanear os vícios não passíveis de nulidade absoluta.

A Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal dispõe que:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvadas, em todos os casos, a apreciação judicial.

Compreende-se então que a Administração pode retificar ou revogar seus atos quando perceber que existe algum tipo de falha, mesmo no processo disciplinar.

Nesta parte, não se pode deixar de ressaltar que, quando a infração cometida for capitulada como sendo crime, a autoridade julgadora encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, para a instauração da competente ação penal.

Concluído o entendimento sobre todas as etapas do Processo Administrativo Disciplinar, sua evolução histórica na Constituição Brasileira, conceito, formalização e fases, passaremos a contemporizar a seguir, o pleno atendimento do princípio da ampla defesa e a prescindibilidade do advogado no processo disciplinar e seus efeitos, analisando até que ponto a ausência de defesa técnica intervém dentro dos trâmites do Processo Administrativo Disciplinar, com foco na Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal.

4 A DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Os Princípios e Garantias Constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório no Processo Administrativo Disciplinar tendem a afixar o devido processo legal e assegurar uma carreira sólida para os Servidores Públicos sem que os mesmos passem pelo constrangimento da perda de cargo efetivo, simplesmente pelo capricho e vaidade dos detentores do poder.

Instaurado o Processo Administrativo Disciplinar, ordenado pela autoridade competente e julgado pela comissão processante vinculada ao órgão, é fundamental observar os meios sumários para sua realização e os princípios e garantias constitucionais já mencionados.

Neste capítulo observaremos melhor o pleno atendimento do princípio da ampla defesa e do contraditório e a prescindibilidade do advogado no Processo Administrativo Disciplinar e seus efeitos, analisando até que ponto a ausência de defesa técnica intervém dentro dos trâmites do Processo Administrativo Disciplinar, com foco na Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal.

4.1 O DIREITO À AMPLA DEFESA

Qualquer processo que envolva em uma lide, existe a necessidade do direito de defesa. É o que assegura o artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna Republicana de 1988, onde se verifica que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

A ampla defesa é bem da vida, decorrente da personalidade e da dignidade da pessoa humana, inserindo-se no patamar de direito fundamental. Esse direito, portanto, garante ao réu a possibilidade de trazer aos autos elementos que esclareçam a verdade, impedindo que o processo seja benéfico somente à parte acusadora. Ou seja, ele iguala as partes e possibilita que se produzam elementos e fundamentações a respeito das provas que auxiliam a alcançar a verdade real.

O direito à ampla defesa contém vários meios e recursos a ela inerentes para ser aplicado/usado de diversas formas dentro do processo disciplinar, exceto os que forem obtidos por meios ilícitos. Assim sendo, os meios e recursos devem estar assegurados para que não ocorram processos sigilosos e/ou tendenciosos. Neste sentido a ampla defesa induz ao contraditório numa busca para alcançar a verdade.

E para que todos esses direitos sejam assegurados no devido processo disciplinar, também é necessário que se tenha uma Comissão Processante competente e imparcial para que todos os procedimentos sejam realizados e não haja cerceamento da defesa, ficando possível ao julgador ser justo na decisão sobre a lide.

4.2 COMISSÃO PROCESSANTE

Cabe a uma comissão, comumente chamada de Comissão Processante, a condução dos processos administrativos disciplinares. Conforme nos esclarece Gasparini (2012, pag.1112):

Essa comissão é o órgão competente para apurar os fatos delituosos praticados pelo denunciado e sugerir a absolvição ou a condenação conforme num ou noutro desses sentidos conduzir a prova consubstanciada no processo disciplinar.

Então, no processo administrativo disciplinar é indispensável a publicação do ato que constitui a Comissão Processante, claramente assegurada pela lei nº 8.112/90, no artigo 151, inciso I.

As Comissões Processantes, permanentes ou especiais, são constituídas por três membros nomeados pela autoridade competente. Seus membros devem ser de ilibada reputação pessoal e profissional, e sempre que possível, de comprovada experiência na condução do processo disciplinar. Também deve ser estáveis e de categoria hierárquica, no mínimo, igual à do acusado.

A estabilidade dos membros é requisito necessário para que suas atividades não sejam ardilosamente ameaçadas de demissão, e o grau hierárquico superior é relevante para a manutenção do princípio da hierarquia.

Também vale dizer que nenhum dos membros pode ter com o denunciado grau de parentesco consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. O servidor não pode recusar-se ao chamamento para a composição de uma Comissão, dado que a aceitação constitui dever funcional, salvo se impedido.

Geralmente os estatutos dos servidores costumam regulamentar a duração de 2 anos para a Comissão Permanente, facultada a recondução. Em relação às Comissões Processantes Especiais, a nomeação é feita até a conclusão dos respectivos trabalhos.

A presidência desses órgãos deve ser atribuída ao procurador ou, no mínimo,

a um servidor formado em Direito, justamente para que pessoas leigas em direito não atropelem ou ignorem a formalização dos atos processuais e com isso prejudicar tanto os interesses estatais como a livre manifestação da defesa.

A Comissão Processante tem a competência de apurar as infrações atribuídas ao servidor infrator, podendo para tanto praticar todos os atos e promover todas as medidas que se fizerem necessárias, desde que lícitas, sem abuso de poder ou desvio de finalidade, objetivando o bom desempenho dos trâmites processuais, primando pela ampla defesa e contraditório.

Concluída a instrução, a Comissão Processante elabora o relatório sugerindo a absolvição ou a condenação do indiciado. Ao relatório sugerindo a condenação deve também acompanhar a sugestão da aplicação da pena cabível proporcionalmente e legalmente prevista no estatuto dos servidores.

4.3 O PROCESSO DISCIPLINAR E O DIREITO À DEFESA

Fortemente utilizado pela Administração Pública, o processo administrativo disciplinar é um meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas ligadas ao regime funcional. É um processo punitivo e sua tramitação geralmente está regulamentada nos estatutos dos servidores públicos.

O poder disciplinar da administração tem como base os princípios da moralidade administrativa e a eficiência na verificação da força laborativa dos seus servidores. Assim sendo, a Administração Pública tem poder de punir os que não se empenham em transformar o serviço público mais eficiente, ou seja, menos moroso. No entanto, o Processo Disciplinar é sempre necessário para a imposição de pena de demissão ao servidor estável e ao efetivo ainda que em estágio probatório, assegurando o direito à defesa.

Entende-se que o poder de aplicar sanções aos servidores públicos não pode ser utilizado à revelia e só se manifestará através de um processo. Ou seja, é através do processo administrativo que o poder público apurará e aplicará a sanção cabível, desde que respeitados o devido processo legal e a ampla defesa.

Além do processo disciplinar, existem meios sumários para elucidação preliminar de determinados fatos para a sua posterior instauração: sindicância, verdade sabida e termo de declarações.

4.3.1 Sindicância

No tocante a defesa, sabe-se que o processo de apuração poderá conter duas fases. A primeira fase é a Sindicância. Assim afirma o professor Meirelles (2001, pag. 656) onde define sindicância administrativa como meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subseqüente instauração de processo e punição do infrator.

Compreende-se que esta fase consiste em buscar indícios da possível autoria quando não houver elementos suficientes para se concluir pela existência de falta ou de sua autoria, e quando não for obrigatória a instauração de processo administrativo. É semelhante ao inquérito policial no direito penal e por isso dispensa publicidade e defesa no seu procedimento por se tratar de simples expediente de verificação de irregularidades.

O Supremo Tribunal de Justiça pacificou esse entendimento sobre a dispensa da defesa na fase de sindicância:

Instaurado o processo administrativo disciplinar, não há que se alegar mácula na fase de sindicância, porque esta apura as irregularidades funcionais para depois fundamentar a instauração do processo punitivo, dispensando-se a defesa do investigado nessa fase de mero expediente investigatório. (STJ RMS nº 10.472-ES, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fisher, Julg., em 17/08/2000).

A segunda fase, depois de apurados os fatos, é a instauração do processo administrativo disciplinar propriamente dito e, deste, caberá a garantia constitucional do contraditório e ampla defesa para o indiciado.

Qualquer processo disciplinar que provoque os direitos garantidos caberá o controle jurisdicional e será nulo de pleno direito. O processo será invalidado, pois o indiciado não se valeu das garantias a ele condicionadas, principalmente, onde houve o cerceamento de defesa, o que frequentemente acontece.

4.3.2 Verdade Sabida e Termo de Declaração

A verdade sabida e o Termo de Declaração são meios sumários de apuração de irregularidades e de punição dos servidores que não podem ser utilizados no Brasil por não propiciar aos acusados a garantia do contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

O professor Meirelles (2001, p. 656/657) nos ensina que verdade sabida é o conhecimento pessoal da infração pela própria autoridade competente para punir o

infrator. Em dado momento ainda pondera que, tem-se considerado, também como verdade sabida a infração pública e notória, estampada na imprensa ou divulgada por outros meios de comunicação de massa.

Pelo Termo de Declaração, a comprovação da falta do servidor surge com a tomada de depoimento do acusado sobre a irregularidade que lhe é imputada. Se esta é confessada, o termo de declaração serve de base para a aplicação da pena. Para a plena validade da declaração ela deve ser tomada na presença de no mínimo duas testemunhas, que também assinaram ao final.

Apesar de serem contundentes, a verdade sabida e o termo de declaração serve apenas para evitar sindicâncias demoradas. Ou seja, apurados os fatos comprobatórios, existe ainda a oportunidade para o indiciado defender-se por si só ou fazer-se defender por defesa técnica, fazendo prova ou produzindo contraprova, através das garantias da ampla defesa e do contraditório dentro de um justo e devido processo legal.

4.4 A NULIDADE DO PROCESSO DISCIPLINAR

A nulidade do processo disciplinar pode acontecer quando o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório é ferido. A inobservância de tais princípios muitas vezes leva a lide para apreciação do poder judiciário, saindo da esfera administrativa.

A Constituição Federal de 1988 preconiza em seu artigo 2º que os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si. Ou seja, nenhum poder poderá invadir a esfera de atribuições que são reservadas ao outro, ressalvadas algumas exceções previstas na Carta Magna.

Mas, diante da não observância de diversos aspectos legais pela Comissão Processante e pela Administração, a lide pode ser alvo da apreciação do Poder Judiciário e, nesse caso, haverá uma decisão judicial contrária às pretensões administrativas. Ou seja, o processo disciplinar será nulo porque está cheio de vícios insanáveis.

Como vício insanável, por exemplo, temos a citação do servidor acusado por meio de edital, sendo que o seu endereço está presente na sua ficha funcional. Essa citação feita de modo errado não influi na substância dos fatos, mas, porém, não lhe foi dado à oportunidade para se defender.

Ocorrendo o vício insanável, a autoridade administrativa deve ordenar nova apuração, observando neste caso, a prescrição. Assim faculta o artigo 169 da lei 8.112/90:

Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

As nulidades reconhecidas são provas do devido processo legal e várias são as nulidades provocadas por cerceamento de defesa. O que afronta o direito de defesa do acusado causa invalidade no processo. A nulidade absoluta pode ser por vícios de competência, vícios relacionados à composição da comissão, vícios relativos à citação do indiciado, vícios relacionados ao direito direto de defesa, vícios relacionados às diligências no que tange ao direito de defesa e por fim os vícios relacionados ao julgamento do processo.

Existem jurisprudências no Supremo Tribunal Federal que consubstanciam a nulidade do processo ante a presença de vícios insanáveis:

No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. (STF, Súmula 523)

Nulidade de termos essenciais. Demissão fundada em processo administrativo nulo, por manifesta desatenção às exigências constitucionais e legais (STF, RE nº 87.248-5, DJ de 19-10-79, p. 7828).

Cerceamento do direito de defesa. A demissão de funcionário, fundada em processo administrativo em que houver cerceamento de defesa, é nula. (STF, RE nº 77.261, RDA, 128:238).

Processo disciplinar nulo. Demissão mediante processo administrativo nulo. Reintegração. Suspensão intercorrente dos direitos políticos. Efeitos. Não importa a perda do cargo. Aplicação do Ac. Nº 78/70 (Estatuto dos cassados). Recurso Extraordinário não conhecido (STF, RE nº 90.815-3 DJ de 22-6-79 p. 4698).

Diante de tantos julgados e jurisprudências pesquisados, não há o que negar que ainda existem muitos processos disciplinares sendo realizados, contendo vícios insanáveis, evidenciando total abuso de poder.

4.5 AMPLA DEFESA X SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO STF

O servidor efetivo tem sua tranquilidade adquirida através da conquista da estabilidade funcional. Mas, os agentes públicos, em sua maioria, geralmente desconhecem as leis e garantias que os protegem de uma falha, de uma injustiça, de uma possível perseguição política ou ainda do paternalismo que muitas vezes assolam as repartições públicas.

Por isso, os princípios constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório com todos os meios e recursos a ela inerentes é a segurança que o servidor indiciado tem num eventual processo administrativo disciplinar para que haja um julgamento justo, ou que pelo menos, garanta o seu direito de contestar, já que ele a parte hipossuficiente nesta relação jurídica.

A Administração Pública tem a obrigação e o dever de conduzir o processo disciplinar obedecendo rigorosamente todos os princípios e direitos durante os trâmites processuais com legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência. Já vimos que nem mesmo a ausência injustificada do servidor indiciado nas audiências é motivo de adiamento, pois se pode nomear um defensor dativo. Isso tudo para que o processo disciplinar aconteça de maneira célere e eficiente.

É importante ressaltar que a Comissão Processante, nomeada pela Administração Pública, tem em sua composição um assessor jurídico (procurador) que acompanha a instauração e todas as fases do processo administrativo, enquanto que ao servidor é facultado o assessoramento por advogado, conforme previsão na Súmula Vinculante nº 05 de 16/05/2008 do Superior Tribunal Federal.

Como muitas vezes a defesa é feita pelo próprio servidor, talvez por desconhecimento dos seus direitos, ela acaba sendo reduzida a uma simples peça do processo. A defesa deve ser exercida em toda sua plenitude e tem que se mostrar favorável ao indiciado, apresentar conteúdo e fundamentos de fato e de direito a favor do indiciado, seja ela realizada por profissional ou não. Claro que, se realizada por uma pessoa com conhecimento técnico ela será ampla, contraditória, eficiente e abrangente.

O indiciado com defesa deficiente equivale a um indiciado sem defesa. A defesa deficiente configura nulidade insanável, pois traz prejuízo ao indiciado por não denotar algum esforço, como previsto na Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal: "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

Durante todo o transcorrer do processo, o direito à defesa inserida na dinâmica dos procedimentos disciplinares deverá ser exercido de maneira ampla, independentemente de quem seja. O artigo 156 da Lei 8.112/90 dispõe textualmente:

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.

Compreende-se então que o acompanhamento da defesa pode ser realizada tanto pessoalmente como também por defesa técnica.

Mas é importante salientar que, a defesa pessoal feita pelo próprio indiciado é uma defesa leiga, evidentemente por não possuir técnicas jurídicas, ao contrário do que acontece com a defesa feita por alguém que possua conhecimentos de natureza científico-jurídica.

O princípio da ampla defesa é inerente a qualquer processo onde se encontra situações de litígio ou que envolvam o Estado. Do mesmo modo que o Artigo 5º da Constituição Republicana de 1988, no seu inciso LV, disserta sobre a ampla defesa, o inciso X, do artigo 2º da Lei 9.784/99 impõe:

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.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

Em 2007, o STJ – Superior Tribunal de Justiça, com intuito de garantir a ampla defesa e o contraditório, que são garantias constitucionais, e reiterando os julgados dos tribunais brasileiros, aprovou a Súmula nº 343 onde preceituava a obrigatoriedade da presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça estava preservando o artigo 133 da Constituição Federal de 1988 onde dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Mas a Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça, apesar de obedecer a Constituição Federal de 1998, causou uma grande instabilidade jurídica. Além de haver milhares de processos administrativos que não foram acompanhados por advogado, a Súmula não dizia se os seus efeitos eram retroativos ou não.

Então, em 2008, veio o Supremo Tribunal Federal e pacificou essa polêmica causada pela Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça. Promulgou a Súmula Vinculante nº 05 remediando: a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Assim, a Súmula Vinculante nº 05 do Superior Tribunal Federal trouxe de volta a segurança jurídica mantendo as decisões já homologadas em processos administrativos disciplinares anteriores.

Já sabemos que a todos é assegurado o direito a ampla defesa e do contraditório, conforme prevê o inciso LV, do artigo 5º da Carta Magna Brasileira de 1988. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, por ser processo que transcorre no âmbito administrativo, a defesa técnica pode ser facultada ao réu, pois caso se sentisse injustiçados com a decisão administrativa, poderia recorrer ao Poder Judiciário, baseado no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal, que impõe: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A OAB – Ordem dos Advogados do Brasil manifesta-se contrário ao entendimento do Supremo Tribunal Federal no que se refere à Súmula Vinculante nº 5. Segundo a entidade, ela é inconstitucional e fere o artigo 5º, inciso LV, e o artigo 133 da Constituição Republicana vigente. Esses artigos asseguram o direito de um defensor com conhecimento técnico ao cidadão e que atue com competência na defesa de seus direitos. Ou seja, a defesa técnica não é uma vaidade corporativa da Ordem dos Advogados do Brasil, mas sim, uma garantia de todo cidadão.

Tanto é verdade, que existem vários julgados publicados relativos a servidores que foram sentenciados na esfera administrativa e procuram reaver seus direitos através da Justiça. Segue alguns exemplos:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO NO MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO. REINTEGRAÇÃO. PRINCÍPIOS LEGAIS. OBSERVÂNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À IMPETRAÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO DEFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL MILITAR DO ESTADO DE PERNAMBUCO. EXCLUSÃO DO QUADRO DA POLÍCIA MILITAR. LEI ESTADUAL N. 6.783/74 E DECRETO N. 22.114/2000. PROCESSO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA.

Com tudo isso, compreende-se que a Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal foi determinante para que o processo administrativo disciplinar não fosse nulo e desobrigando o acompanhamento técnico-jurídico durante seus trâmites.

Mas é inevitável dizer que tanto o servidor quanto a administração perde com isso, pois na maioria dos casos onde o indiciado é sentenciado a cumprir as sanções disciplinares, ele recorre ao Poder Judiciário alegando cerceamento de defesa, o que muitas vezes acontece.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública é conduzida pelos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, e por isso, tem o poder-dever de apurar toda e qualquer irregularidade que ocorra no serviço público, bem como o de aplicar as devidas penalidades aos infratores.

Sendo assim, o Processo Administrativo Disciplinar – PAD apresenta-se como instrumento hábil, regulado pelo Direito Administrativo e pelas normas constitucionais aplicáveis à espécie, capazes de apurar a ocorrência de tais irregularidades cometidas pelos servidores públicos no âmbito do Poder Público.

O Processo Administrativo Disciplinar – PAD tem como princípios constitucionais o contraditório e a ampla defesa, que deverão ser observados em todas as fases dos referidos procedimentos, sob pena de nulidade dos atos praticados. A aplicação apropriada destes procedimentos apuratórios tem por finalidade garantir a prevalência do princípio da moralidade no serviço público, punindo os servidores infratores de forma eficiente, garantindo-lhes, no entanto, o acompanhamento de todo o processo, assegurando-lhes, dessa forma, o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório.

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

Com esse entendimento, ficou claro que todos têm direito a ampla defesa e do contraditório dentro de um devido processo legal. Assim, torna-se imprescindível a instauração de um Processo Administrativo Disciplinar – PAD sólido e imparcial para julgamento do que foi discriminado na citação e, que esta citação esteja de acordo com o que foi denunciado, oportunizando ao indiciado todo o acesso as informações e procedimentos. Espera-se então que a Comissão encarregada de apurar as faltas deve ser imparcial, assim como o órgão julgador, pois a falta do devido processo legal invalida o processo disciplinar.

Neste ponto é relevante salientar, quanto ao mérito administrativo, que é proibido ao Poder Judiciário reexaminar prova ou adentrar o mérito do julgamento administrativo, porém, o processo administrativo para qualquer tipo de aplicação de pena, deve estar isento de irregularidades formais.

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

Temos um direito uno, que possui regramentos em constante evolução. Por isso, a edição de súmulas busca um entendimento uniforme sobre diversos julgados, pacificando as decisões nos tribunais. Por mais que se fira a lei, não se podem ferir princípios, uma vez que são à base do ordenamento jurídico. O direito administrativo não foge à regra, possui princípios que orientam a Administração Pública de modo que a torne transparente.

Depois de estudar as mais diferentes interpretações da lei e das súmulas, pode-se chegar a seguinte conclusão: não existe a necessidade de defesa ou representação por advogado no processo administrativo, mas a lei também não faz menção a impedimento. Portanto, o acusado pode formular sua própria defesa, depois de devidamente citado, ou fazer-se acompanhar por advogado legalmente instituído para tal fim e, finalmente, ser acompanhado por defensor dativo técnico, ou seja, de qualquer forma se garantirá a ampla defesa, dentro da disponibilidade de cada um.

Mas também se pode compreender que não existe defesa em toda sua plenitude sem que haja conhecimento técnico e, nesses termos, é imprescindível a presença de um advogado. Ou seja, o advogado é o liame entre o cidadão comum e a jurisdição. Mesmo que, por questões técnicas e formais, o Supremo Tribunal

Federal promulgue que a falta de acompanhamento técnico não constitui a nulidade do processo administrativo disciplinar, há de se convir que, pela hermenêutica constitucional, a falta de defesa técnica fere o princípio da ampla defesa, ferindo também o princípio do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Edmir Netto de, 1941. **Curso de Direito Administrativo** / Edmir Netto de Araújo. – 3. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.
- CRETELLA JUNIOR, José, 1920. **1000 Perguntas e Respostas sobre Funcionário Público**: para as provas das Faculdades de direito, para exames da OAB, Ordem dos Advogados do Brasil, para concursos públicos / José Cretella Juior, José Cretella Neto. – Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo** / Edimur Ferreira de Faria. – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo** / Lúcia Valle Figueiredo. – 5. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2001.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo** / Diógenes Gasparini. – 17. ed. – atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2012.
- LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica** / Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** / Hely Lopes Meirelles. – 14. ed. atual. pela Constituição Federal de 1988. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** / Celso Antonio Bandeira de Mello. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2001.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso Prático de Direito Administrativo** / coordenação de Carlos Pinto Coelho Motta. – Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Processo Administrativo: Lei 9.784/99 comentada** / Irene Patrícia Nohara, Tiago Marrara. – São Paulo: Atlas, 2009.
- PEREIRA, José Matias. **Manual de Metodologia de Pesquisa Científica** / José Matias Pereira. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.
- ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo** / Márcio Fernando Elias Rosa. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 19; parte 1).
- RUDIO, Franz Victor. **Introdução ao Projeto de Pesquisa Científica** / Franz Victor Rudio. – 26. ed. – Petrópolis: Vozes, 1986.

TELLES, Antonio A. Queiroz. **Introdução ao Direito Administrativo** / Antonio A. Queiroz Tellez. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL, Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 70/2012 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.