

Processo administrativo disciplinar brasileiro Brazilian disciplinary administrative process

Giovani Orso Borile¹

Marianita Filippon²

Universidade de Caxias do Sul - UCS, Brasil

SUMÁRIO: Introdução. 1 Processo administrativo disciplinar: introdução e princípios orientadores. 1.1 Histórico e surgimento do poder disciplinar. 1.2 Processo disciplinar: averiguação e punição de ilícitos. 1.3 Fases e exigências do processamento. 2 Princípios do contraditório e da ampla defesa: aspectos gerais e fundamento constitucional. 2.1 princípio do contraditório. 2.2 Princípio da ampla defesa. 3 Necessidade de defesa técnica ao acusado: divergências. 3.1 Análise esquematizada da situação posta. 3.2 Do direito à defesa técnica por advogado: entendimentos conflitantes. Considerações finais. Referências.

Resumo: A defesa técnica é necessária e deverá estar ao lado do acusado em processo administrativo disciplinar. O referido processo é o meio de averiguação e punição de faltas graves cometidas no âmbito da Administração Pública, devendo obedecer a uma série de fases, bem como aos princípios constitucionais vigentes, dentre eles o contraditório e a ampla defesa. A defesa técnica por advogado, por sua vez, é elemento indissociável da ampla defesa, o que restou ameaçado pela edição da Súmula Vinculante nº 5 do STF. O presente trabalho visa demonstrar a efetiva necessidade de defesa técnica, da qual carece o acusado em processo administrativo disciplinar, buscando-se comparar dispositivos da legislação brasileira com posicionamentos doutrinários da área do direito administrativo. Busca-se demonstrar a (in) constitucionalidade da referida súmula vinculante, realizando um confronto de ideias em torno da efetiva necessidade de defesa técnica, que deveria tornar-se novamente obrigatória. Ao final, será adotada a posição mais conveniente, a fim de que se possa agir de acordo com o que prevê a Lei Maior, sem prejuízo aos direitos fundamentais do servidor público que integra o polo passivo do processo.

Palavras-chave: Processo Administrativo. Processo Administrativo Disciplinar. Defesa técnica.

Abstract: Technical defense is necessary and should be on the side of the accused in administrative disciplinary proceedings. This process is the means of ascertaining and punishing serious misconduct committed within the Public Administration, and must comply with a series of phases, as well as the constitutional principles in force, including the contradictory and ample defense. Technical defense by a lawyer, in turn, is an indissociable element of the broad defense, which was threatened by the edition of Binding Precedent No. 5 of the STF. This paper aims to demonstrate the effective need for technical defense, which the accused lacks in administrative disciplinary proceedings, seeking to compare provisions of Brazilian law with doctrinal positions in the area of administrative law. It seeks to demonstrate the (in) constitutionality of said binding summary, making a confrontation of ideas about the effective need for technical defense, which should

¹ Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Graduando em Sociologia pela Universidade Paulista- UNIP. E-mail: goborile@ucs.br

² Possui graduação em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. E-mail: marianitafilippon@gmail.com

become mandatory again. At the end, the most convenient position will be adopted, in order to be able to act according to the provisions of the Major Law, without prejudice to the fundamental rights of the public servant who is part of the passive side of the process.

Keywords: Administrative Process. Administrative Disciplinary Process. Technical defense.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo, de um modo geral, é uma área fascinante, além de fundamental para o “caminhar” da sociedade. Esta área é uma ramificação do Direito Público, ao qual somos vinculados, seja na área da Educação, Saúde, Finanças, Agricultura, Meio Ambiente, enfim. Esta área regula, através de princípios e normas, a atuação da administração pública, bem como as relações entre esta e seus administrados, cuja finalidade principal é a satisfação do interesse coletivo.

A administração pública, por sua vez, atua por meio de seu quadro funcional, composto por servidores públicos, os quais executam a atividade administrativa. Estes servidores, no entanto, estão sujeitos ao cometimento de atos que desrespeitem regras e normas administrativas, o que faz surgir impasses a serem resolvidos, para isso haverá a instauração de um Processo Administrativo Disciplinar (PAD).

A instauração do processo administrativo é possível através do Poder Disciplinar, que é inerente ao Direito Administrativo e à atuação dos administradores públicos em geral. Outrossim, o processo administrativo disciplinar pode constituir-se em um modo pelo qual busca-se o aperfeiçoamento do quadro funcional, de modo que este seja capacitado e respeite as normas e os princípios impostos. Conquanto, a atitude dos servidores no exercício da função pública também é refletida no modo como é prestado o serviço à população.

O servidor, diante da condição de acusado terá o direito de se defender, sendo-lhe assegurados o contraditório e a ampla defesa, ambos previstos constitucionalmente. Porém, a partir da edição da Súmula vinculante nº 5 do STF, surgiu uma discussão doutrinária a respeito da efetiva necessidade de defesa técnica ao servidor acusado. A referida súmula vinculante torna facultativa a presença de advogado nos processos administrativos disciplinares.

Pretender-se demonstrar o conceito e a finalidade do Processo Administrativo disciplinar, bem como as fases que o compõem, com a análise posterior dos princípios do contraditório e da ampla defesa, como forma de ressaltar a importância de sua aplicação, com relação ao assunto.

Sabe-se que a finalidade primordial objetivada pelo Processo Administrativo Disciplinar vem a ser a averiguação de irregularidades praticadas por servidores no âmbito da administração pública. O referido Processo vem, também, com o intuito de formular meios cada vez mais adequados para proceder a este tipo de verificação, bem como de aplicar as sanções cabíveis para a prática de fatos comuns e novos que possam surgir, visando desde sempre a melhor prestação do serviço público.

Dada a importância devida à defesa técnica, caso ao servidor acusado lhe seja restrita, ocorrerá irrefutável violação à Constituição Federal (art. 5º, LV, da CF), uma vez que a defesa técnica é indispensável ao servidor acusado em processo administrativo disciplinar, pois apenas um profissional do direito pode representar habilmente o servidor público que integra o polo passivo do processo. Assim, a autodefesa não é aconselhável, uma vez que o aspecto emocional do indivíduo viria a prejudicar o seu ponto de vista racional, e conseqüentemente a sua defesa.

Ademais, é inadmissível que se trate com descaso a situação do servidor acusado, uma vez que o sustento dele e de sua família estão sendo discutidos diante do processo administrativo disciplinar contra ele instaurado. Ora, como pode a Suprema Corte contrariar garantias asseguradas constitucionalmente? Diante deste

questionamento, vê-se a importância do assunto em questão, que demonstra controvérsias entre legislação e doutrina, com relação à necessidade de defesa, por profissional do direito, ao servidor público acusado.

Por fim, busca-se, no desenrolar da pesquisa proposta, evidenciar a posição mais adequada, a fim de que se possa garantir um procedimento justo e coeso para as ambas as partes, com a constatação do dever imposto à Administração Pública em disponibilizar o direito à necessária defesa técnica acusado.

1 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: INTRODUÇÃO E PRINCÍPIOS ORIENTADORES

O Direito é uma única ciência. Seu desdobramento em áreas jurídicas se dá para que melhor se possa absorver o conteúdo. Assim, com a constante mutabilidade dos conceitos sociais se evidencia também a necessidade de aprimorar o direito, atualizar e adequar o conceito desta grandiosa área de estudo e de conhecimento.

É sabido que onde houver sociedade haverá também a presença do direito, sendo ele responsável por dirimir conflitos advindos das aglomerações humanas. Desde os primórdios, as relações entre os homens não são previsíveis, motivo pelo qual, muitas vezes fogem ao conteúdo da previsão legal. Surge, assim, a necessidade de existirem regras e mais regras que possam apresentar soluções para eventuais atritos entre indivíduos inseridos na mesma sociedade.

Nesse sentido, Schmitt³ afirma que as rápidas e constantes transformações nas relações humanas, acarretaram o aumento de conflitos, diante da contradição de interesses entre particulares. Com o passar do tempo, houve aumento da discórdia na sociedade, ainda mais por questões de divergências entre os proprietários de terras e os trabalhadores.

Diante da necessidade cada vez mais premente de imposição de certa ordem social, surgiu um poder superior ao interesse das partes conflitantes, que veio por trazer equilíbrio e paz social. Este poder é conhecido ainda hoje como Estado, e atua fortemente sobre a solução de conflitos⁴.

Com o passar do tempo a figura do Estado foi se afirmando em nosso meio social, e o sistema de composição de conflitos foi evoluindo constantemente, fazendo surgir formas de julgamento cada vez menos arbitrárias, concedendo certa estabilidade aos órgãos dessa competência, bem como às partes envolvidas nos litígios⁵.

Com relação à necessidade de imposição de regras na sociedade, vejamos o que diz Schmitt⁶:

Ao conjunto das regras abstratas é que se convencionou chamar de Direito. Evidencia-se, assim, a caracterização da existência de uma correlação entre a sociedade e o ordenamento denominado jurídico, devido à função de coordenação dos interesses existentes na vida social, objetivando a organização e a cooperação entre os integrantes do grupo e a composição dos conflitos decorrentes dos interesses divergentes.

No início da sociedade, através das primeiras aglomerações humanas, os eventuais conflitos existentes eram dirimidos através de regras criadas pelo próprio grupo social. Com o tempo, surgiram novas categorias de pessoas, novas classes sociais, e as regras então existentes não mais serviam para o fim inicialmente desejado. O Estado sobreveio como um representante do interesse coletivo, responsável por

³ SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 93.

⁴ *Idem, ibidem*, p.93.

⁵ *Idem, ibidem*, p. 93-94.

⁶ SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 94.

garantir a ordem e a aplicação de normas. Então, para que essas normas fossem respeitadas, admitia-se inclusive o uso da força para a punição de quem as descumprisse⁷.

O Direito como um conjunto de normas criadas e impostas pelo Estado, age de modo a regular a conduta social. Este regramento se dá para que o poder público possa controlar a sociedade, de modo a fazer com que todos cumpram as leis, visando a harmonia geral da sociedade, buscando pela Justiça, que deve estar presente em todas as relações. Deste modo, tal conjunto de regras busca, através de princípios, assegurar a defesa de direitos e garantias fundamentais para todos⁸

O operador do direito, no que tange às suas funções, tem a vida dos indivíduos nas mãos. É através dos direitos e garantias que se busca o progresso da sociedade, o bem-estar, a paz social enfim. O direito é fascinante por isso, pois decide a vida e o rumo da população, de cada indivíduo e da sociedade como um todo. Regula a vida humana em todos os seus setores. É a cruz e a espada de cada indivíduo, pois que busca punir a quem praticou ato criminoso ou irregular, bem como representa a defesa, a voz e a vez daquele que tiver o seu direito violado.

O presente trabalho se baseia especificamente em um dos ramos do Direito Público Interno, qual seja o Direito Administrativo. Esta área tem por objeto a Administração Pública, e tudo que a circunda, em qualquer das esferas de governo, seja federal, estadual, distrital ou municipal. Onde houver Administração Pública, haverá a incidência, a regulação e a atuação do Direito Administrativo.

Em um sentido mais prático, podemos dizer que o Direito Administrativo regula as relações entre a Administração Pública com os indivíduos, os quais podem ser identificados também como administrados, bem como organiza a realização dos serviços públicos, tendo em vista a satisfação do interesse comum, que é o principal objetivo da Administração Pública. A respeito disso, vejamos o que diz Bacellar Filho⁹:

O bem comum não representa a soma de todos os bens individuais, mesmo porque os bens individualmente considerados podem conflitar com aquele. Pelo contrário, aqui está o limite negativo: a administração pública não pode objetivar interesses particulares. O administrador que transgredir este preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa. A Constituição referiu-se expressamente ao bem comum como objetivo de toda sua atividade.

O Direito Administrativo é responsável por estruturar e organizar as atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com base em princípios e normas que regulam suas funções específicas. Para Hely Lopes Meirelles¹⁰, Direito Administrativo é o “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”. De outro modo, Cretella Júnior¹¹ define o Direito Administrativo como sendo “o ramo do direito público interno que regula a atividade e as relações jurídicas das pessoas públicas e a instituição de meios e órgãos relativos à ação dessas pessoas”.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 95.

⁸ *Idem, ibidem*, p. 97-98.

⁹ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27-28.

¹⁰ MEIRELLES, H. L.. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 40.

¹¹ CRETILLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 24.

A esse ramo do Direito cabe, portanto, estabelecer, regular, proibir ou limitar o comportamento dos servidores, além de prever formas de punição diante do cometimento de irregularidades.

A partir de agora, se desenvolverá assunto relativo às relações entre a Administração Pública com seus administrados, que muitas vezes culmina na instauração de um processo administrativo disciplinar.

1.1 HISTÓRICO E SURGIMENTO DO PODER DISCIPLINAR

O poder disciplinar, assim como os demais poderes administrativos (poder vinculado, poder discricionário, poder hierárquico, poder regulamentar e poder de polícia), é considerado um “poder instrumental”, de acordo com o entendimento de Hely Lopes Meirelles¹², pois surge com a Administração Pública, ou seja, é inerente a ela, sendo utilizado durante o desenvolvimento das atividades administrativas.

Para Meirelles¹³:

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

Bacellar Filho¹⁴ entende que o poder disciplinar decorre de obrigação imposta ao Estado para que se mantenha a disciplina da atividade funcional, podendo, caso seja necessário, se utilizar de meios coercitivos, desde que obedecidos os limites previamente estabelecidos.

O Poder Disciplinar surgiu por influência da Igreja Católica, através da “disciplina eclesiástica”, cuja obediência se devia em razão de um conjunto de normas existente à época, as quais não possuíam, no entanto, qualquer fundamentação jurídica¹⁵.

Foi instituído na França o *Conselho de Estado*, cuja atribuição era centralizar o poder disciplinar, onde eram realizados os julgamentos dos funcionários. Tais julgamentos, com o passar do tempo, eram utilizados como fundamentos para o *Estatuto dos Funcionários*, uma vez que a legislação existente à época não era suficiente, e sim considerada inadequada¹⁶.

No Brasil, os direitos dos funcionários, assim como as regras de disciplina no serviço público, foram consolidados a partir da Constituição de 1937, em seu artigo 156, que rezava: “O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos, já em vigor”. Após, em 1939, surgiu o Decreto-Lei nº 1.713, que dispunha acerca do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, concedendo aos mesmos a libertação¹⁷. Posteriormente surgiu a Lei nº 1.711/52¹⁸ sob o amparo da Constituição de 1967.

¹² MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 130.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 138.

¹⁴ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

¹⁵ SCHMITT, J. C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 75.

¹⁶ SCHMITT, J. C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 76.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 76.

¹⁸ A Lei nº 1.711/52 que dispunha sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos civis da União, foi revogada pela Lei nº 8.112/90, a qual encontra-se em vigor nos dias de hoje e trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Nesse sentido, Bacellar Filho¹⁹ aponta que:

A regra constitucional assegurava a ampla defesa definida em lei ao acusado. Bem por isso, os tribunais vislumbravam como inserida na liberdade de configuração legislativa a definição do momento de se proporcionar a ampla defesa, desde que anterior à decisão final do processo administrativo.

Segundo seu estudo, Schmitt²⁰ refere:

Desde então, mesmo que de forma lenta, o assunto evoluiu através da menção nas posteriores Cartas Políticas e do aperfeiçoamento da legislação infraconstitucional, regrando os direitos, os deveres e as obrigações dos servidores, desaguando na Lei Maior de 1988, que contempla a matéria e, inclusive, define questões de cunho processual, evoluindo o tema para diminuir os privilégios da Administração Pública e aumentar a segurança dos servidores.

O poder disciplinar, como se vê, existe para que a supremacia do Estado seja preservada. Assim, todos que ao Estado se vinculam, direta ou indiretamente, definitiva ou temporariamente, a ele terão de se subordinar.

Hely Lopes Meirelles²¹ refere que:

O poder disciplinar é correlato com o poder hierárquico, mas com ele não se confunde. No uso do poder hierárquico a Administração Pública distribui e escalona as suas funções executivas; no uso do poder disciplinar ela controla o desempenho dessas funções e a conduta interna de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas.

A Administração, quando se utiliza do poder disciplinar, busca inspecionar o desempenho das funções internas do ente público, visando o aprimoramento dos serviços públicos prestados. Este poder, por sua vez, aplica sanções apenas em âmbito administrativo, abrangendo tão somente ilícitos relacionados com o serviço público. Deste modo, eventuais crimes cometidos serão discutidos na esfera judicial, através do poder punitivo do Estado, o que não se confunde com o poder disciplinar aplicado na Administração Pública. "Daí resulta que toda condenação criminal por delito funcional acarreta a punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal", defende Meirelles²².

Bacellar Filho²³ considera que o ilícito pode ocorrer em sentido amplo e/ou em sentido estrito. Na primeira hipótese, a ilicitude na atividade administrativa pode ocorrer através de um ato positivo, isto é, uma ação, ou de um ato negativo, ou seja, uma omissão, as quais deverão estar em desacordo com o regramento legal, ou então devem estar em contrassenso com a ética e a moral que servem de comandos para a conduta administrativa. Já em sentido estrito, o ilícito administrativo causado por uma ação ou por uma omissão, se dá estritamente no exercício de cargo público desde que ofenda um conjunto de deveres impostos.

¹⁹ BACELLAR FILHO, R.C.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 265.

²⁰ SCHMITT, *op. cit.* p. 77.

²¹ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 138.

²² *Idem, ibidem*, p. 139.

²³ BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38.

Assim, as condutas que não estiverem de acordo com o regramento e normas impostas deverão ser apontadas, do contrário supõe-se a conivência da autoridade competente.

Schmitt entende que o Poder Disciplinar possui duplo caráter, o preventivo e o repressivo, isto é, tem o intuito de prevenir a prática de novos atos, bem como punir o servidor pela respectiva prática irregular. Afirma, ainda, que este poder trata de questões atinentes à Administração Pública internamente, tomando como base as determinações estatutárias, as quais delimitam a atuação dos servidores, de modo a estabelecer-lhes deveres e proibições, fazendo valer a hierarquia devida ao superior hierárquico²⁴.

De outro modo, no que se refere à hierarquia, a disciplina do servidor com relação ao superior hierárquico não deve ser absoluta, vez que a relação jurídica caracterizada é limitada às responsabilidades assumidas pelo primeiro, de acordo com as necessidades do ente público, ao qual estiver vinculado²⁵.

Sem a hierarquia o direito não teria campo de atuação. Cretella Júnior²⁶, expõe que a *hierarquia administrativa* é considerada pedra angular do Direito Administrativo e, especialmente, do Direito Administrativo Disciplinar, dada a importância de seu papel nesta área.

Levando-se em consideração o que acaba de ser exposto, há de se ressaltar, conforme Cretella Júnior²⁷, que “hierarquia, disciplina, ordem, obediência e administração constituem um mesmo bloco de ideias afins sem as quais o Direito Administrativo e o Direito Administrativo Disciplinar perderiam sua razão de ser”. Verifica-se que o Direito Administrativo é dependente de diversos fatores, como os que acabamos de mencionar. Portanto, a violação a qualquer destes fatores, constitui ofensa ao poder disciplinar.

1.2 PROCESSO DISCIPLINAR: AVERIGUAÇÃO E PUNIÇÃO DE ILÍCITOS

Tempos atrás, a criação e posterior imposição de regras pelo ente estatal faziam supor a harmonia social e a inexistência de controvérsias na sociedade. Os particulares, então, começaram a se valer da Jurisdição, advinda da justiça pública, se utilizando do processo²⁸ como instrumento para obter a manifestação do Estado acerca dos conflitos. Na seara do direito administrativo, os processos administrativos surgem a partir de meros procedimentos administrativos, os quais deverão possibilitar sempre o contraditório e a ampla defesa²⁹, fazendo valer o que preconiza a Constituição Federal de 1988³⁰.

Bacellar Filho³¹ afirma que:

A opção constitucional pelo “processo administrativo” ultrapassa as fronteiras de uma mera preferência terminológica. Comporta o reconhecimento expresso da

²⁴ SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 81.

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 81.

²⁶ CRETILLA JÚNIOR, J. *Prática do Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79-80.

²⁷ *Idem, ibidem*, p. 81.

²⁸ “Processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo”. (MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 774.)

²⁹ Art. 5º da Constituição Federal, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

³⁰ BACELLAR FILHO, R.F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

³¹ *Idem, ibidem*, p. 51.

exigência do regime jurídico processual nas atividades administrativas delimitadas pela Carta Magna. [...]

O Processo Administrativo Disciplinar, também chamado de "*inquérito administrativo*"³² é utilizado para a verificação de irregularidades eventualmente praticadas pelos que se vinculam à Administração Pública, com a consequente e respectiva punição administrativa. Nesse sentido, a Lei nº 8.112/90, em seu art. 148³³ define o processo disciplinar, como sendo um instrumento que se destina à apuração de responsabilidades por infrações funcionais.

Interessante ressaltar a Lei nº 9.784 de 1999, a qual dispõe, no *caput* do seu artigo primeiro³⁴, acerca dos objetivos visados pelo Processo Administrativo Disciplinar. Já o artigo segundo³⁵ da referida lei diz respeito aos princípios que devem ser observados, durante o tramite do processo.

Por meio do Processo Disciplinar, busca-se manter o controle das relações entre a Administração e seu quadro de servidores, devendo ocorrer sempre que a Administração se ver obrigada, diante de grave conduta faltosa do servidor, a aplicar-lhe uma das sanções disciplinares previstas em lei³⁶.

Nas palavras de Cretella Júnior³⁷:

Processo administrativo disciplinar ou simplesmente processo disciplinar é o capítulo do direito administrativo,

³² MOREIRA NETO, D. F.. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 325.

³³ 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.

³⁴ Art. 1º. Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

³⁵ 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:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

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;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

³⁶ CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 583.

³⁷ CRETELLA JÚNIOR, J. *Prática do Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 82-83.

extraordinariamente vasto e importante, que consiste no conjunto ordenado de formalidades a que a Administração submete o servidor público (ou universitário) que cometeu falta grave atentatória à hierarquia administrativa.

Diogenes Gasparini³⁸ defende que dois são os fundamentos que possibilitam a instauração de Processo Administrativo Disciplinar quando necessário, quais sejam: a) fundamento constitucional, o qual garante a observância dos princípios constitucionalmente previstos, como o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, por exemplo; b) e o fundamento legal, que vem a ser o Regimento Jurídico dos Servidores de determinado ente público. Cita-se a título de exemplo a Lei nº 9.784 de 1999, para os servidores públicos federais.

A finalidade do Processo Administrativo Disciplinar, de acordo com Gasparini³⁹ é apurar as infrações cometidas, e não necessariamente aplicar as sanções, pois que durante o processo o acusado poderá ser absolvido. Isto é, a partir da produção de provas pode-se constatar a absolvição do servidor acusado, não sendo necessário seguir com o processo.

A autoridade competente, por sua vez, constatada a atitude faltosa tem a obrigação de instaurar processo administrativo disciplinar, ou, caso não seja de sua alçada, encaminhar à autoridade competente para que o faça. Contudo, tem-se que a finalidade primordial do referido processo é manter o controle das ações dos servidores, de modo a primar pela boa prestação dos serviços públicos, até mesmo para que se preserve o princípio da eficiência previsto em nossa Carta Magna⁴⁰.

O Processo Administrativo Disciplinar se mostra necessário, ainda, através de outros dispositivos legais⁴¹, como o artigo 41, §1º, II da Carta Magna⁴², que prevê a demissão de servidor estável apenas através da instauração de Processo Disciplinar.

Outra exigência está exposta no artigo 146 da Lei nº 8.112 de 1990⁴³, sendo obrigatória a instauração de Processo Disciplinar quando as penalidades aplicadas aos servidores forem superiores a 30 (trinta) dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou então quando da destituição de cargo em comissão.

³⁸ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1007.

³⁹ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1008.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 1008.

⁴¹ DI PIETRO, M. S. Z.. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 711-712.

⁴² Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

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

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

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

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

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

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

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

⁴³ Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.

Um último dispositivo importante a ser citado é o artigo 100 do Decreto-lei nº 200⁴⁴, o qual dispõe acerca da obrigatoriedade de instauração de Processo Disciplinar para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, quando o mesmo for ineficiente ou desidioso no desenvolvimento das atividades relacionadas ao seu cargo ou à sua função.

A intenção da Administração, portanto, é manter a qualidade dos serviços prestados, a fim de atingir o seu objetivo principal, qual seja, a satisfação do interesse público. À Administração não cabe, no entanto, julgar práticas criminosas do servidor acusado, o que seria discutido pela via judicial, mas apenas reprimir a conduta irregular do acusado e prevenir a prática repetitiva de determinados atos, em âmbito administrativo somente.

A realização deste controle será possível através da observância de normas e princípios aplicáveis. De acordo com a Controladoria-Geral da União⁴⁵, durante o processo, não basta seguir apenas os princípios elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal⁴⁶, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Há de se observar, ainda, princípios que atingem a esfera pessoal de cada indivíduo, dos quais os mais importantes serão analisados a seguir.

a) *devido processo legal*: Sobre este princípio, se fundam todos os demais. Trata-se do princípio basilar do processo administrativo. Está previsto na Constituição Federal⁴⁷, e garante o direito ao processo regular, mediante o qual serão apurados fatos, consequências e possível culpa do acusado, a quem será sempre garantida a manifestação, para que possa defender-se acerca de qualquer afirmação ou fato que lhe seja imputado. Para que isto ocorra, Schmitt⁴⁸ pondera que:

Na processualidade administrativa disciplinar, embora a supremacia do interesse público e da realidade da existência dos direitos fundamentais do cidadão, no caso específico do denunciado, impõe-se proporcionar ao servidor, nesta situação, o tratamento de igualdade com a Administração Pública.

b) *contraditório e ampla defesa*: Por hora, este princípio será apenas citado, pois será abordado em capítulo específico, dada sua importância para o desenvolvimento do presente trabalho, considerando o tema proposto;

c) *formalismo moderado*: Segundo este princípio, os atos a serem utilizados serão apenas e tão somente os necessários para a apuração dos fatos e da culpa, sendo dispensadas formas rígidas no que tange ao procedimento. Segundo Odete Medauar⁴⁹:

[...] Na verdade, o *princípio do formalismo moderado* consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório

⁴⁴Art. 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.

⁴⁵ MANUAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2015, p. 14-19.

⁴⁶Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

⁴⁷ Art. 5º, inciso LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁴⁸ SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 137-138.

⁴⁹ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 187.

e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.

d) *verdade real*: Segundo este princípio, cabe à Comissão o dever de realizar a apuração da verdade material pela forma que achar necessária, por meio de provas, por exemplo. Medauar⁵⁰, nesse sentido, afirma que a Comissão processante “para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos suscitados pelos sujeitos”;

e) *presunção de inocência*: Através deste princípio, o acusado, até o momento da decisão, na qual se comprove a culpa, será considerado inocente. Trata-se, pois, de adequação ao Processo Administrativo do previsto no inciso LVII, do art. 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;

f) *motivação*: Através deste princípio, tem-se que os atos da Administração Pública deverão ser motivados, isto é, deverão ser justificados, uma vez que implicam sobre concessão ou restrição de direitos dos cidadãos. “O princípio da obrigatória motivação impõe à Administração Pública o dever de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a prática do ato [...]”⁵¹.

A observância aos princípios mencionados faz com que se preserve os termos da Constituição Federal, além de efetivar os direitos e garantias por ela assegurados. De outro modo previne a atuação arbitrária das autoridades, no que tange ao modo pelo qual deve-se processar caso a caso. Assim, o processo administrativo disciplinar será conduzido de modo a garantir a apuração coerente dos fatos e uma decisão justa ao acusado, bem como para o ente, ao qual estiver vinculado.

1.3 FASES E EXIGÊNCIAS DO PROCESSAMENTO

Todo o processo administrativo obedecerá a certa ordem de execução, a qual chama-se de procedimento. O procedimento é formado por fases, através das quais a questão objeto do processo vai se dirimindo. No caso do processo disciplinar, apenas uma das possibilidades de se instaurar um processo na administração pública, não seria diferente. Será abordado a partir de agora, uma a uma das fases deste processo.

A Lei nº 8.112 de 1990, em seu artigo 151⁵², estabelece quais são as fases a serem obedecidas, quais sejam: instauração, inquérito e julgamento.

Embora a legislação federal, de um modo geral, preveja apenas três fases para que o processo administrativo se desenrole, Di Pietro⁵³ entende que o processo administrativo disciplinar deverá ocorrer de modo a obedecer às seguintes fases:

a) *instauração*: esta é a fase inicial de todo o processo. A instauração será determinada por despacho de autoridade competente, tão logo esta obtiver ciência da prática irregular. Com a atuação do processo e com o encaminhamento do mesmo à comissão disciplinar, esta instaurará o processo por meio de portaria, na qual conste o nome dos envolvidos, a infração em que incorreram, juntamente com uma breve descrição dos fatos e apontamento dos dispositivos legais atingidos⁵⁴. Cretella Júnior⁵⁵, por sua vez, não considera a instauração uma fase do

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 187.

⁵¹ MAZZA, A.. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 124.

⁵² 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.

⁵³ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 712-713.

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 712.

processo. Segundo ele, o processo administrativo disciplinar deve se desenvolver em quatro fases apenas, quais sejam, instrução, defesa, relatório e julgamento. Ao contrário de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, que a considera a primeira fase (instauração), Cretella Júnior entende se tratar apenas da apuração dos fatos, não sendo considerada uma fase, visto que, pelo seu próprio entendimento, é anterior ao processo;

b) *instrução*: Di Pietro afirma que esta fase se realiza com fulcro nos princípios da Oficialidade e do Contraditório. O primeiro leva a comissão a iniciar a fase instrutória, no sentido de proceder à realização de provas, quantas forem necessárias, para o desenvolvimento do processo. Já o segundo princípio disponibiliza ao acusado a oportunidade e o direito de ter conhecimento dos fatos alegados contra ele⁵⁶. Cretella Júnior⁵⁷ denomina esta fase de instrução ou inquérito. Segundo ele, é nesta fase que a Comissão deve reunir todos os elementos relativos à falta e ao servidor responsável por ela. O doutrinador, ainda, aponta que o prazo, no qual deverá se desenvolver o inquérito é de trinta a sessenta dias, e que em caso de força maior o referido prazo poderá ser prorrogado por mais trinta por iniciativa da autoridade, cuja ordem determinou a instauração do processo;

Di Pietro⁵⁸ explica que:

A citação do indiciado deve ser feita antes de iniciada a instrução e acompanhada de cópia da portaria para permitir-lhe pleno conhecimento da denúncia; além disso, é permitido a ele assistir a inquirição das testemunhas e reperguntar às mesmas, por intermédio da comissão, devendo comparecer acompanhado do seu defensor.

c) *defesa*: neste momento será concedido vistas do processo ao acusado, o qual tem garantido o direito ao contraditório, podendo manifestar-se em defesa⁵⁹. De maneira clara e sucinta, Cretella Júnior⁶⁰ explica que “defesa é o conjunto de argumentos que o indiciado reúne a seu favor, complementados por documentos e testemunhas”. Afirma que o prazo para a manifestação da defesa dependerá do que estiver fixado no Estatuto dos servidores, de acordo com o ente federativo ao qual estiver envolvido (União, Distrito Federal, Estado ou Município);

d) *relatório*: é o momento no qual a comissão opina a respeito do caso, pela absolvição ou não do acusado, indicando todos os meios de prova utilizados, bem como o que foi constatado. O relatório será encaminhado à autoridade competente, que poderá aceitar ou não os termos expostos, podendo julgar de forma diversa, caso entenda cabível⁶¹. Bacellar Filho⁶² afirma que “[...] o relatório é peça-chave do ‘processo disciplinar’: a autoridade julgadora somente poderá dele divergir se contrário à prova dos autos (art. 168⁶³ da Lei n. 8.112/90) ”;

⁵⁵ CRETELLA JÚNIOR, J. *Prática do Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

⁵⁶ DI PIETRO, *op. cit.* p. 712.

⁵⁷ CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.* p. 84-85.

⁵⁸ DI PIETRO, *op. cit.* p. 713.

⁵⁹ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 712.

⁶⁰ CRETELLA JÚNIOR, J. *Prática do Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85.

⁶¹ DI PIETRO, *op. cit.* p. 713.

⁶² BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 294.

⁶³ Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

e) *decisão*: esta é a última fase do processo, na qual a autoridade competente decide, de acordo com o princípio da legalidade, se acolhe ou não o relatório da Comissão, absolvendo ou aplicando a penalidade ao servidor acusado. Deverá ser realizado exame exaustivo do processo, a fim de ser verificada sua legalidade por meio da autoridade julgadora, através do qual poderá até ser declarado nulo⁶⁴.

Conforme se pôde perceber, de acordo com as fases acima expostas, o Processo Disciplinar deverá ser conduzido por uma Comissão Disciplinar. Segundo Di Pietro⁶⁵, a instauração da referida comissão é fundamental, pois visa garantir a imparcialidade durante a instrução processual, uma vez que a mesma é considerada órgão estranho à relação dos envolvidos.

A comissão, com base na Lei Federal nº 8.112/90, art. 149⁶⁶, deverá ser composta por servidores estáveis, três no total, os quais serão designados pela autoridade competente, devendo conduzir o processo de forma independente e imparcial, conforme dispõe o art. 150⁶⁷ da mesma lei.

Em se tratando da aplicação de sanções, o administrador o fará de forma discricionária, uma vez que esta competência não é vinculada a previsão legal. Será aplicada a punição de acordo com critérios achados cabíveis em consonância com a falta cometida, de acordo com critérios de oportunidade e conveniência segundo entendimento da autoridade competente. Assim, o superior hierárquico tem o poder-dever de aplicar a pena disciplinar ao subordinado, sempre que este último incorrer em alguma irregularidade apurada através de Processo Administrativo Disciplinar⁶⁸.

A Lei nº 8.112, em seu art. 127⁶⁹, prevê seis formas de punição, desde a simples advertência até a pena de demissão. O art.128⁷⁰ da mesma lei expõe que, serão levados em consideração, para a aplicação da penalidade, fatores como a natureza e a gravidade da infração, os danos que sobrevierem para o serviço público e, ainda, as circunstâncias relativas ao servidor acusado.

Importante salientar que a discricionariedade concedida ao superior hierárquico não deve ser confundida com a arbitrariedade nas decisões. Para que isso não ocorra,

⁶⁴ DI PIETRO, *op. cit.* p. 713.

⁶⁵ DI PIETRO, M. S. Z.. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 712.

⁶⁶ Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.
§ 1º A Comissão terá como secretário servidor designado pelo seu presidente, podendo a indicação recair em um de seus membros.

§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

⁶⁷ Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.

Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.

⁶⁸ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 139-140.

⁶⁹ Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada.

⁷⁰ Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

deverá se observar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, conforme se verá logo mais.

Como vimos no parágrafo único do artigo 128 da Lei nº 8.112/90, acima exposto, a imposição de sanção disciplinar deverá, sempre, ser fundamentada, obedecendo ao princípio da motivação. Neste momento o administrador deverá expor os motivos e os fundamentos pelos quais impôs determinada penalidade ao acusado. Portanto deve-se obedecer a exigência da lei em evidência, caso contrário a pena será considerada inválida⁷¹.

Há de se dizer que, além do processo administrativo disciplinar, a Administração Pública pode se utilizar ainda de meios sumários como forma de apuração de irregularidades, quais sejam a Sindicância e a Verdade Sabida, reservada a inconstitucionalidade deste último. Estes meios sumários, embora não sejam objetos do estudo aqui proposto são também defendidos por Di Pietro⁷².

Gasparini⁷³ alerta que os institutos da *verdade sabida* e do *termo de declaração*, embora previstos em nosso ordenamento jurídico, em algumas leis esparsas, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual eventual utilização destes meios será considerada nula, vez que contraria o texto da Lei Maior, mostrando-se inconstitucional, portanto.

Estes dois institutos, são meios pelos quais aplicava-se as penalidades. O primeiro, *verdade sabida*, consiste no conhecimento pessoal do superior hierárquico no que tange ao ato infracional, o que lhe concedia a possibilidade de aplicar a pena de forma direta. Já através do *termo de declaração*, o autor que incorreu em infração confessava-se através de declaração expressa em termo. Mesmo assim, ou seja, mesmo que o superior tenha conhecimento da prática irregular, ou então, mesmo que o servidor confesse a infração lhe é assegurado o direito ao devido processo legal e o direito à defesa, conforme bem preceitua nossa Carta Magna⁷⁴.

Destaca-se, portanto, que todo o cuidado é pouco no que tange à apuração de ilícitos, para que se observe os princípios já mencionados, para que se cumpra os preceitos da Constituição Federal e para que a aplicação de sanções não ocorra de forma arbitrária e infundada.

2. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA: ASPECTOS GERAIS E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Os princípios exercem importante papel no âmbito do direito, uma vez que alvitram o entendimento dos institutos legais e jurídicos.

Por ocasião da instauração de um processo administrativo disciplinar se torna necessário observar os princípios existentes em nosso ordenamento jurídico. No capítulo anterior foram elencados os princípios mais importantes para a instauração do referido processo. Dentre eles, mencionamos os princípios do contraditório e da ampla defesa, assunto principal a ser debatido a partir de agora.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos constitucionalmente (art. 5º, inciso LV)⁷⁵. A Constituição Federal de 1988, também é conhecida como Constituição Cidadã, por trazer muitas benesses à população brasileira, como a garantia de direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de uma garantia constitucional fundamental aos litigantes, seja em processo judicial, ou em processo administrativo.

A existência de princípios, de um modo geral, é fundamental para a formação do sistema constitucional, uma vez que possuem caráter interpretativo e integrativo

⁷¹ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 141.

⁷² DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 711.

⁷³ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1008.

⁷⁴ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1024.

⁷⁵ Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

com relação ao texto da Constituição. Os princípios, portanto, funcionam como elos de ligação entre as regras constitucionais⁷⁶.

Acerca dos princípios constitucionais, para que se possa obter melhor entendimento sobre os mesmos, importante destacar o exposto por Bacellar Filho⁷⁷, no seguinte sentido:

Os princípios constitucionais possuem marca distintiva, embora atuem conjugadamente, complementando-se, condicionando-se e modificando-se em termos recíprocos. Tudo porque se assentam em *base antropológica comum*: a dignidade da pessoa humana. Em sua interação recíproca, ocorrem *deslocações compreensivas*, ou seja, modificações no entendimento do conteúdo de um princípio podem produzir reflexos na compreensão de outro.

Marcos Porta denomina-os de “princípios instrumentais-constitucionais concretizadores do devido processo legal administrativo”. O autor entende que o devido processo legal possui relevante abstração jurídica, e que por isso somente se efetiva a partir da aplicação do contraditório e da ampla defesa⁷⁸. Já Lúcia Valle Figueiredo⁷⁹ engloba os princípios em comento em um único termo, qual seja, *amplo contraditório*.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁰, uma vez que os princípios em comento estejam previstos no texto da Constituição Federal de 1988, entende que:

Estão aí consagrados, pois, a exigência de um *processo formal regular* para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja a necessidade de que a Administração Pública, *antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito*, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais.

Os princípios devem ser interpretados de modo eficiente, a fim de efetivamente colaborarem com a correta aplicação das normas conferindo, assim, certa e suficiente consistência nas decisões, de modo a elidir qualquer interpretação equivocada ou imprecisa⁸¹.

João Carlos Schmitt⁸² refere que três são os princípios fundamentais do processo disciplinar, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. A falta de observância de um destes três princípios descaracteriza os dois restantes. Dada a importância de tais princípios, o autor reforça a necessária presença dos mesmos

⁷⁶ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 155.

⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 156.

⁷⁸ PORTA, M. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. 1. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2003, p. 116.

⁷⁹ FIGUEIREDO, L. V. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 432-433.

⁸⁰ DE MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.115.

⁸¹ *Idem, ibidem*, p.116.

⁸² SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 145.

em todos os momentos processuais. Assim, importante expor entendimento do autor:

Em cada uma das fases do processo instaurado, deve se fazer presente de forma insofismável o contraditório e a ampla defesa, com todas as condições como indispensáveis para a concretização de cada um deles, na condição de suportes do devido processo legal, todos interagindo entre si⁸³.

A seguir, para que melhor se compreenda a relevância dos princípios em questão, é interessante proceder à análise em separado, o que se passa a fazer.

2.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O que seria da humanidade se todos fossem fadados a aceitar um único pensamento, uma única ideia ou uma única decisão? Aos indivíduos cabe o direito de contradizer, de apresentar argumentos para desdizer um pensamento, uma ideia ou então uma decisão. Aí está o contraditório, tão comum em nosso dia a dia, existente em todas as relações, inerente ao ser humano, muito antes de ser reconhecido juridicamente.

No âmbito do direito, a verdade pressupõe a existência de ideias contrapostas, pois não pode ser simplesmente adquirida. Nesse sentido, a superação da dúvida, a partir do julgamento, se dá graças à apreciação de teses contrárias. Tem-se que, no ordenamento jurídico brasileiro o processo representa muito mais do que o interesse particular, pois o deslinde da ação (da dúvida) interessa muito mais à coletividade. Para tanto, é incabível que se forme uma verdade que atinja a todos sem antes existir o confronto de interesses⁸⁴.

O contraditório se trata da intenção de vencer o julgador, bem como a parte contrária, que até então só conhece a própria verdade, de que existe um outro modo pelo qual se pode vislumbrar determinada situação. Trata-se da proposta de repensar a ideia alheia ou a própria, tendo em vista que um pensamento, assim como uma ideia ou uma decisão não pode ser estanque. O pensamento muda, a verdade muda e as circunstâncias também.

O contraditório caracteriza-se, pela "necessidade de informar e possibilidade de reagir". Isto é, a *necessidade de informar* se caracteriza pelo dever das partes de trazer para o processo as versões dos fatos, as alegações e os argumentos que lhe aprouverem. A *possibilidade de agir*, por outro lado, vem a ser o direito de defesa de que gozam, igualmente, as partes, tendo em vista que poderão se manifestar em contrário, um sobre as alegações do outro⁸⁵.

Bacellar Filho⁸⁶ conclui que o contraditório utiliza como método o diálogo, sem o qual não há confronto de pensamentos. Contrariamente, o monólogo é um limitador de perspectivas, pois que incita a formação de um juízo fechado e provavelmente estático.

⁸³ SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 146.

⁸⁴ BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 236.

⁸⁵ PORTA, M. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. 1. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2003, p. 116.

⁸⁶ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 237.

Odete Medauar⁸⁷ entende que “o contraditório significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios, ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem”. Tal princípio é necessário para a caracterização do próprio processo, de modo que uma parte deva aceitar a manifestação do direito da outra. Resta claro que o contraditório e a ampla defesa se inter-relacionam⁸⁸.

Odete Medauar aponta alguns importantes elementos emanados do contraditório. O primeiro elemento vem a ser a *Informação geral*, que confere às partes o direito de obterem ciência dos fatos que estejam sendo alegados ou levados ao processo em qualquer momento, bem como o direito a ter vistas dos documentos juntados, das provas e de quaisquer dados relativos ao caso. Como segundo elemento considerado pela autora tem-se a *Ouvida dos sujeitos*, considerado assim o direito de manifestação das próprias razões, contradizendo os fatos e os argumentos da parte contrária. O terceiro e último elemento apontado pela autora é a *Motivação*, o qual corrobora para que a Administração possa demonstrar o momento certo que determinado fato ou determinada alegação influenciou na decisão final, ou seja, tal elemento, segundo a autora, reforça a legalidade e a transparência dos atos da Administração Pública, o que facilita o controle sobre as decisões⁸⁹.

Bacellar Filho⁹⁰ afirma que:

Com efeito, o contraditório imprime bilateralidade ao instrumento processual, acarretando a contraposição dinâmica entre as partes envolvidas (autor-réu, acusador-acusado). A expressão “partes” envolvidas denuncia a essência do contraditório. São partes porque ambas não detêm a verdade processual. Parte é quem emite uma opinião no processo: juízo incompleto, fragmentário, carecedor de contraposição. Ainda aqui, tem-se uma visão incompleta. A autoridade julgadora também participa deste diálogo quando controla e direciona a atividade processual.

A bilateralidade, em relação ao processo administrativo disciplinar, será efetivada pelo envolvimento das seguintes partes: administração x servidor acusado. Nesse sentido, Bacellar Filho⁹¹ assegura que:

Em razão do contraditório, o servidor, colocado em confronto com a administração no exercício da competência disciplinar, detém *status* ativo no processo. A acusação da administração constitui juízo de opinião que, confrontada com a opinião do acusado, dará ensejo à decisão administrativa. A acusação configura, então, juízo parcial e relativo.

Schmitt⁹² refere que a aplicação do contraditório se resume a:

Possibilitar a visão de um mesmo assunto de diferentes posições e permitir argumentações diversas, discernindo justamente na defesa das posturas em contrário, fazem com que ao julgador seja facilitada a tarefa de aplicação das

⁸⁷ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 182.

⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 183.

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 183 e 184.

⁹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 240.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 243-244.

⁹² SCHMITT, J.C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 146-147.

normas concernentes ao tema sob exame, de forma mais adequada, devendo resultar numa decisão justa.

Vê-se que a efetiva observância do contraditório será possível se antes existir diálogo entre as partes, importante para o adequado deslinde da controvérsia, com vistas a uma decisão final justa.

O contraditório tem íntima relação com o princípio da igualdade, uma vez que a todos os indivíduos cabe o direito ao acesso à justiça e que a condição financeira do denunciado ou demandado não deve interferir na concessão ou na privação desse direito⁹³.

Com muito esforço, além da seara judicial, o contraditório foi abarcado também pela Administração Pública. Este avanço se deu graças ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, ressaltando o princípio da igualdade, como aborda Schmitt⁹⁴. Afinal, são partes no processo administrativo disciplinar de um lado o servidor demandado e de outro a própria Administração Pública. Conforme expõe Schmitt⁹⁵:

De igual forma, como nos processos que correm no judiciário, a pretensão do contraditório no Processo Administrativo Disciplinar é o de estabelecer um diálogo entre o servidor denunciado e o Estado, apresentando aquele visão do fato de prisma diferente do ponto de vista da Administração Pública, colaborando assim com o esclarecimento dos eventos vinculados ao assunto sob exame, na expectativa de um julgamento em que sejam levadas em consideração todas as versões dadas a conhecer.

Bacellar Filho⁹⁶, afirma que:

A finalidade do contraditório no processo administrativo disciplinar não difere daquela prevista pelo processo judicial: proteger a capacidade de influência dos sujeitos processuais (administração/servidor acusado ou litigante) na formação do convencimento do órgão julgador. [...]

Com base nos entendimentos acima expostos conclui-se que é necessária a aplicação do contraditório com vistas a evitar qualquer arbitrariedade por parte do órgão julgador, que no caso de processo administrativo disciplinar, é a própria Administração Pública. Esta não deve se utilizar da soberania que lhe é inerente a fim de intimidar o acusado, ou impedir-lhe o direito de manifestação.

A aplicação do contraditório é possível apenas levando-se em consideração a igualdade que deve ser dispensada às partes, ou seja, estas devem gozar da igualdade de oportunidades no que tange ao processo administrativo disciplinar que as envolve.

Bacellar Filho⁹⁷, com relação à distinção entre o processo judicial e o administrativo, explica que "mais do que uma relação jurídica entre os sujeitos processuais e, portanto, regrada pelo direito, o contraditório visa equilibrar as 'forças' de cada polo da relação. O autor, ainda, assegura que "a efetividade do contraditório pode ser traduzida como reação necessária. Onde o contraditório é

⁹³ SCHMITT, J.C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 147.

⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 148-149.

⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 149.

⁹⁶ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 244.

⁹⁷ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 249.

efetivo, a defesa é obrigatória. O diálogo é imposto, mesmo na omissão da parte acusada, em face da indisponibilidade do direito material"⁹⁸.

Verifica-se, que o contraditório exerce papel social, uma vez que às partes cabe o direito de alegar as próprias razões, possibilitando ao julgador o necessário para decidir, de modo a absolver ou condenar o acusado. Se resultar na condenação, será imposta ao acusado, portanto, a sanção. O poder sancionatório, por fim, demonstra, seja pela Administração Pública ou pelo Judiciário, a busca pelo justo, pela efetiva repressão de ilícitos, isto é, a busca pela justiça, não somente entre as partes envolvidas, para que esta reflita à coletividade⁹⁹.

Moreira Neto¹⁰⁰ defende que o contraditório deve servir para a proteção dos direitos e, acima disso da dignidade da pessoa humana. Segundo o autor, o contraditório "[...] é, assim, o instrumento de *garantia constitucional* imprescindível da observância de uma extensa gama de *liberdades e direitos fundamentais*", aos quais deverá se garantir a inviolabilidade.

O contraditório deve estar presente em todos os momentos, em todas as fases processuais¹⁰¹. Entende-se, portanto que a efetiva concessão do contraditório ao acusado inicia com a citação do mesmo, momento em que é informado de que atua em processo administrativo disciplinar, ficando intimado para que produza sua defesa. A respeito disso, a Lei nº 9.784 de 1999, em seu artigo 26¹⁰², regula a maneira como a Administração Pública deve proceder à intimação do servidor acusado. De outro modo, o artigo 28¹⁰³ da mesma lei impõe o dever de defesa ao acusado, cujo interesse em permanecer no cargo é atingido diante da instauração de um processo administrativo disciplinar.

Para que o contraditório seja efetivamente concedido, há de se obedecer ao direito à defesa do acusado. Nesse sentido, para o direito de defesa se perfectibilizar é indispensável o cumprimento da fase probatória no processo administrativo disciplinar. Assim, a prova é de extrema relevância para o desenvolver do processo administrativo. A produção de provas tem, segundo Bacellar Filho¹⁰⁴, dois sentidos: 1) exterioriza o papel das partes, que buscam demonstrar a verdade ou a

⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 250.

⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 251.

¹⁰⁰ MOREIRA NETO, D. F. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 92.

¹⁰¹ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 252.

¹⁰² Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

§ 1º A intimação deverá conter:

I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;

II - finalidade da intimação;

III - data, hora e local em que deve comparecer;

IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar;

V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;

VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

§ 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.

§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.

§ 4º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial.

§ 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

¹⁰³ Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

¹⁰⁴ BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 276-277.

inverdade dos fatos; 2) contribui para a formação do convencimento do juiz, que ensejará a decisão.

O contraditório deve estar presente, como já mencionado, em todas as fases do processo administrativo. Na fase do relatório, mais especificamente, tal princípio resta demonstrado na motivação que deve conter as alegações finais do ente público (órgão acusador). A referida motivação, referenciada pela Lei nº 8.112/90 em seu artigo 165¹⁰⁵, proporcionará a oportunidade de defesa do acusado, como refere Bacellar Filho¹⁰⁶, o qual ainda lembra que “[...] o contraditório vai além da oportunidade de ser ouvido antes da decisão final, para constituir-se na oportunidade de influir no *inter* formativo do convencimento do julgador”¹⁰⁷.

Di Pietro¹⁰⁸ entende que o contraditório é inseparável do direito à defesa, pois “é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta”. A união destes dois princípios (contraditório e ampla defesa) faz supor o conhecimento das alegações por parte do servidor acusado, com a consequente manifestação em defesa bem como a participação em todas as fases do processo que lhe for pertinente.

Por fim, há de se ressaltar que o art. 3º da Lei nº 9.784/99¹⁰⁹, obedecendo aos princípios do contraditório e da ampla defesa, prevê quais são os direitos dos administrados envolvidos em processo administrativo disciplinar. Lhes é garantido desde a ciência da tramitação do processo até o direito a defesa técnica (ainda que de forma facultativa)¹¹⁰.

2.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal de 1988 garante, juntamente com o contraditório, o direito à ampla defesa, tão importante quanto o primeiro. Bacellar Filho¹¹¹ arrisca dizer que a origem desse direito é divina, uma vez que até Deus, antes de expulsar Adão do paraíso, deu-lhe a oportunidade de defesa, ouvindo-o.

Trazendo esta ideia para o sistema jurídico hoje, o direito à ampla defesa encontra-se expressamente previsto no artigo 5º, inciso LV, bem como nos artigos 41¹¹² e 247¹¹³ da Carta Magna.

¹⁰⁵ Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

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

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

¹⁰⁶ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 294.

¹⁰⁷ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 295.

¹⁰⁸ DI PIETRO, M. S. Z.. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 704.

¹⁰⁹ Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

¹¹⁰ DI PIETRO, *op. cit.* p. 705.

¹¹¹ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 302.

¹¹² Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso.

De acordo com o apontado por Bacellar Filho¹¹⁴, o direito constitucional à ampla defesa pôde ser considerado como o ponto de partida para a admissão do regime processual de sanções vigente, adequado ao atual estado democrático de direito. Assim, não deve ser considerado como um direito qualquer, pois que se trata de um direito fundamental, independentemente da existência de leis infraconstitucionais que o disciplinem, ficando a Administração Pública vinculada à sua aplicação¹¹⁵.

Medauar¹¹⁶, ao iniciar seu debate acerca do princípio da ampla defesa, lembra a época em que a vontade do soberano prevalecia, o que era capaz de retirar a vida e os bens de qualquer indivíduo. Isso demonstra um caminho árduo que vem sendo percorrido, a fim de se considerar a dignidade da pessoa humana e os direitos a ela inerentes. Pode-se dizer assim que as trevas ficaram no passado e que a realidade brasileira hoje é totalmente inversa, diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual o *direito de defesa* é uma das garantias fundamentais.

Segundo o entendimento de Medauar¹¹⁷, o direito de defesa “tem o sentido de busca da preservação de algo que será afetado por atos, medidas, condutas, decisões, declarações, vindos de outrem”. Nesse sentido, a Carta Magna menciona a ampla defesa de modo a substanciar a sua importância e melhor garantir a sua observância.

Medauar¹¹⁸ aponta alguns desdobramentos atinentes ao princípio da ampla defesa. O primeiro trata-se do *Caráter prévio da defesa*¹¹⁹, segundo o qual a defesa deve ser anterior à tomada da decisão final, como regra. Excepcionalmente, segundo a autora, admite-se a apresentação da defesa posteriormente à decisão, o que ocorre em casos que envolvem risco de vida e segurança da população.

O segundo desdobramento é o *Direito de interpor recurso administrativo*¹²⁰, que se encontra previsto no artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXXIV, alínea *a*¹²¹ que trata do direito de petição, tendo perfeito respaldo no princípio da ampla defesa, cuja observância é obrigatória.

Coincidência ou não, o terceiro (e importantíssimo) desdobramento apontado pela autora é a *Defesa técnica*¹²², ponto que será debatido exaustivamente no próximo capítulo. Trata da defesa realizada pelo advogado da parte interessada.

O quarto desdobramento é o *direito à notificação*¹²³, com a necessária inserção no texto dos fatos e da base legal em que se fundamenta, vinculando ainda o *direito*

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

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

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

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

¹¹³ Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

¹¹⁴ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 304.

¹¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 307.

¹¹⁶ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 184.

¹¹⁸ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 184-185.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p. 185.

¹²¹ XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

¹²² MEDAUAR, *op. cit.* p. 185.

de ser cientificado, ou seja, a cada documento inserido, a cada prova que se pretende realizar, a cada argumento trazido ao processo, caberá à Administração o dever de cientificar o acusado.

O quinto e último desdobramento à ampla defesa vem a ser o *direito de solicitar a produção de provas*¹²⁴, sendo uma garantia das partes vê-las realizadas e levadas ao processo, afastando a produção de provas ilícitas (artigo 5º da Carta Magna, inciso LVI¹²⁵).

Entende-se, pois que o direito de defesa não deve ser concedido por um ato de compaixão da autoridade competente ou do julgador. O servidor demandado não é mero pedinte, mas titular de um direito, o qual não deve ser restrito sob pena de violação a preceito constitucional¹²⁶.

Existem dois enfoques sobre os quais deve-se analisar o direito de defesa, quais sejam: o subjetivo e o objetivo. De acordo com o enfoque subjetivo, o direito de defesa é imprescindível para a segurança do indivíduo demandado, vinculando-se a esfera pessoal do mesmo. Já, de acordo com o enfoque objetivo, o direito de defesa demonstra vinculação com o Estado Democrático de Direito, fazendo valer na prática o que prevê a legislação, ou seja, cumprindo objetivamente o que prevê o ordenamento jurídico brasileiro¹²⁷.

Justen Filho¹²⁸ defende que a administração deve possibilitar a participação das partes interessadas na solução do conflito, o que garante a efetiva existência de um Estado Democrático de Direito e reforça a importância do direito à ampla defesa.

Com o intuito de reforçar a importância dos dois princípios, contraditório e ampla defesa, há de se mencionar o entendimento de Schmitt¹²⁹, no seguinte sentido:

Indiscutível o entrelaçamento da ampla defesa com o contraditório, não somente pela circunstância de constarem do mesmo dispositivo constitucional, mas porque sob o ponto de vista prático, cada princípio, de forma recíproca, é absolutamente dependente do outro. Quando um não estiver presente, torna-se impossível se reconhecer a existência do outro. Por outro lado, o exercício da ampla defesa e do contraditório dá a necessária sustentação para o reconhecimento da possibilidade de ter sido instaurado o devido processo legal como garantia constitucional aos acusados e litigantes.

Pode-se verificar, assim, a dependência que existe entre os princípios em questão, e o quanto a ausência de aplicação de um pode implicar negativamente na característica própria do outro. O princípio da ampla defesa é tão vasto que sua análise deve considerar mais do que o direito de que goza o demandado de trazer as suas razões para o processo, assim como eventuais provas realizadas. A ampla defesa compreende muito mais, isto é, constitui uma garantia constitucional do acusado de manifestar-se em defesa, argumentando e trazendo as próprias alegações, de modo a esclarecer os fatos, bem como formar a consciência do julgador, que se expressará na decisão final¹³⁰.

¹²³ *Idem, ibidem*, p. 185.

¹²⁴ *Idem, ibidem*, p. 186.

¹²⁵ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

¹²⁶ SCHMITT, J. C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 167.

¹²⁷ *Idem, ibidem*, p. 167.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 369.

¹²⁹ SCHMITT, *op. cit.* p. 170.

¹³⁰ SCHMITT, J. C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 170.

Schmitt¹³¹, com vistas a impossibilitar possível atuação arbitrária da autoridade competente, assim refere:

[...] o princípio sob análise exige o desenvolvimento de um processo administrativo disciplinar conduzido na forma preceituada pela Carta Maior, impondo-se interpretação de abrangência condizente como o significado da palavra “ampla”, sob pena de nada valer o resultado extraído do mesmo.

Salienta-se que em processo administrativo disciplinar, as questões preliminares deverão ser discutidas e decididas antes do mérito, com vistas a economia processual¹³².

Bacellar Filho¹³³ defende a necessidade da “existência de individualização das condutas no ato de instauração do processo administrativo disciplinar, nas situações em que mais de um servidor é acusado de praticar determinado ilícito funcional”. Quando necessário haverá de se fazer tal observação, tendo em vista a preservação do princípio da ampla defesa.

Di Pietro¹³⁴ assegura que “o princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas”. Não poderia ser diferente, visto que a ampla defesa é uma garantia fundamental. Assim, deixar de observá-la seria uma inconstitucionalidade.

Gasparini¹³⁵, de forma exaustiva, defende que o direito à ampla defesa:

Consiste em se reconhecer ao acusado o direito de saber que está e por que 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.

Assim deverá se desenvolver o processo administrativo, de maneira a se observar os princípios constitucionalmente previstos como forma de expressão e aplicabilidade do devido processo legal. Entende-se, contudo, que “o acusado tem o direito de dar, a viva voz, sua versão aos fatos e de justificar sua atitude, seu comportamento. A falta desse pronunciamento leva a nulidade ao processado”¹³⁶.

3 NECESSIDADE DE DEFESA TÉCNICA AO ACUSADO: DIVERGÊNCIAS

Chega-se ao terceiro capítulo deste trabalho com o conhecimento do que seja o processo administrativo disciplinar, explanado no primeiro capítulo, bem como o que se entende pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, cuja análise foi desenvolvida no segundo capítulo. Pois bem. Propõe-se explorar, a partir de agora, tema referente à necessidade de defesa técnica do acusado no âmbito do processo administrativo disciplinar.

¹³¹ *Idem, ibidem*, p. 170.

¹³² *Idem, ibidem*, p. 171.

¹³³ BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 311.

¹³⁴ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 704.

¹³⁵ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1010.

¹³⁶ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1011.

Não bastasse a necessária observância às rigorosas fases do referido processo, a Administração Pública deverá obedecer aos princípios admitidos pelo direito administrativo e pela ordem constitucional vigente para a garantia de sua plena atuação.

Quando a instauração de um processo disciplinar se torna necessária, há de se ter certa preocupação com a figura do acusado, que embora tenha seus direitos garantidos pela Constituição Federal, ainda figura como parte vulnerável da relação, vez que a Administração Pública, além de gozar da Supremacia, que lhe é inerente, é parte e também o órgão julgador do próprio caso.

O Contraditório e a Ampla Defesa, conforme leciona Schmitt¹³⁷, colocam-se “na condição de suportes do devido processo legal”. Entende-se, pois, que para a própria existência do devido processo legal, a aplicabilidade de tais princípios se faz indispensável.

Surge, no entanto, com a edição da Súmula Vinculante n° 5, certa discussão acerca da efetiva necessidade de defesa técnica do acusado, o que parecia garantido através do artigo 5º, LV da Constituição Federal, conforme o que se passa a expor.

3.1 ANÁLISE ESQUEMATIZADA DA SITUAÇÃO POSTA

Vigia no ordenamento jurídico brasileiro a Súmula 343 do STJ com o seguinte texto: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. Tal dispositivo foi revogado por ocasião da edição da Súmula Vinculante n° 5 do STF, que traz a seguinte redação: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Com relação a derogada Súmula 343 do STJ, Bacellar Filho¹³⁸ sustenta que sua edição “foi, sem dúvida, um avanço na jurisprudência brasileira, preocupada em dar concretude aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório”. Porém, o Supremo Tribunal Federal decidiu de maneira contrária, após o julgamento do Recurso Extraordinário 434.059-3/DF¹³⁹, negando o cerceamento de defesa de acusados em processo administrativo disciplinar, uma vez inexistindo a obrigatoriedade de representação por advogado para a defesa técnica, alegando, portanto, a inexistência de violação aos dispositivos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

As razões que levaram o STF a editar a Súmula Vinculante n° 5, ocorreram de acordo com o seguinte precedente extraído do acórdão do Recurso Extraordinário 434.059-3, abaixo referido:

Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão. Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. (...). Nesses pronunciamentos, o Tribunal reafirmou que a disposição do art. 133 da CF não é absoluta, tendo em vista que a própria Carta Maior confere o direito de postular em

¹³⁷ SCHMITT, João Carlos. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 146.

¹³⁸ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 319.

¹³⁹EMENTA: 1. Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

juízo a outras pessoas. ([RE 434059](#), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 7.5.2008, DJe de 12.9.2008).

Ocorre que tal entendimento causou certa insegurança aos operadores do direito, que veem um lamentável retrocesso no sistema jurídico brasileiro, no que se refere às garantias fundamentais já instituídas constitucionalmente, além de fazer com que o acusado em processo administrativo disciplinar seja posto em situação de maior vulnerabilidade diante de possíveis arbitrariedades da Administração Pública. Sob o enfoque de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle José Coelho Nunes¹⁴⁰, a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 é certa. Os autores consideram que a defesa técnica nada mais é do que uma garantia de todo o cidadão, seja servidor ou não, em ver seus direitos defendidos por um profissional capaz tecnicamente, o que se dá somente pela presença de um advogado, seja ele contratado pela via particular, ou então por defensor público. Ocorre que, o cidadão leigo, não possui a competência necessária para atuar na defesa de seus direitos, de forma técnica. Ademais, sem a presença de um advogado, até mesmo a garantia de acesso à justiça resta violado.

Finalizam os autores por dizer que, sem defesa técnica não há contraditório, nem ampla defesa, o que fere conseqüentemente o devido processo legal. Por fim, garantem que sem a estrita observância a tais princípios, não é processo, mas inquisição, com ampla possibilidade da ocorrência de arbitrio por parte da Administração Pública.

Luiz Fernando Gama Pellegrini¹⁴¹, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, considera lamentável a edição da Súmula Vinculante nº 5, visto que o jurisdicionado terá de arcar com o peso trazido pelo referido dispositivo. A bem da verdade, de acordo com Pellegrini, é que a Suprema Corte, embora tenha a incumbência de zelar pela correta interpretação da Constituição Federal, pode sim incorrer em erro, como supõe que tenha ocorrido através da edição da Súmula nº 5, analisando a Lei nº 8.112/90.

Pellegrini aponta que a decisão tomada pelo STF se deu, possivelmente, com base na gigantesca gama de processos administrativos abarrotando o sistema, fato que jamais poderia justificar a restrição de direitos e garantias constitucionais, como é o caso da ampla defesa.

Bacellar Filho¹⁴² realiza importante estudo acerca das razões trazidas na decisão proferida ante o Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, que ensejou a Súmula Vinculante nº 5. Segundo o autor, nenhum dos motivos trazidos pelos eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal tem condições, por si só, de justificar a infeliz redação da referida Súmula Vinculante. Vejamos:

- Uma vez garantidos ao acusado os direitos de informação, de comunicação e de ver seus argumentos considerados, a defesa terá sido exercida em sua plenitude, tornando a defesa técnica prescindível. (Cf. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, fls. 742-743 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁴³.

A Suprema Corte embasou tais pressupostos na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, porém os mesmos não bastam para que se diga que o direito

¹⁴⁰ DE OLIVEIRA, M. A. C.; NUNES, D. J. C. *Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional*. Consultor Jurídico, São Paulo, 22 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-22/sumula_vinculante_stf_inconstitucional>. Acesso em 31 de outubro de 2016, às 16:18.

¹⁴¹ PELLEGRINI, L. F. G. *Súmula Vinculante Nº 5 do STF e Súmula Vinculante Nº 343 do STJ: Considerações*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, 09 de junho de 2010. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6972/sumula_vinculante_n_5_do_stf_e_sumula_n_343_do_stj_consideracoes>. Acesso em 31 de outubro de 2016, à 16:01.

¹⁴² BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 320-345.

¹⁴³ *Idem, ibidem*, p. 321.

à ampla defesa foi efetivamente e exaustivamente aplicado, isto é, a aplicação de todos os pressupostos deve ser efetuada. Dentre os pressupostos suscitados, como o direito à informação, à comunicação e à consideração dos argumentos de defesa, encontram-se, por exemplo, o caráter prévio da defesa, o dever de individualização das condutas, o direito à realização de provas, e finalmente o direito à defesa técnica, o que demonstra escassa a justificativa apontada pela Suprema Corte Brasileira neste ponto¹⁴⁴.

Moreira Neto¹⁴⁵ refere que os estatutos gozam de certa liberdade com relação à regulamentação do procedimento, ficando vinculados, no entanto, à ampla defesa. Os artigos 5º, LV, e 41, §1º, II da Constituição facultam o direito à ampla defesa ao servidor acusado, o qual, por sua vez, terá o direito de obter ciência de fatos e alegações contra ele imputados, bem como da colheita de provas, o que lhe possibilitará a apresentação das próprias razões, de forma escrita, ou então por meio de advogado¹⁴⁶.

- A exigibilidade de defesa técnica depende da complexidade da questão, a qual deve tornar inapto o acusado para o fim de se autodefender, ou então em situações em que o servidor, por si só, não conseguisse simular a própria defesa. (Cf. Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, fls. 747 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁴⁷.

A defesa técnica, em si, é a defesa realizada por profissional do direito, isto é, por advogado. A ela está relacionada a ideia de equilíbrio entre as partes do processo, bem como a ideia de especialidade inerente ao profissional da advocacia, no sentido de que este sabe como conduzir a defesa de maneira técnica, com vistas à satisfação da justiça e do devido processo legal¹⁴⁸.

A afirmação acima exposta baseia-se em duas hipóteses, quais sejam: (i) em casos considerados "simples" o acusado teria plenas condições de se defender sozinho; (ii) já em casos complexos sim, haveria extrema necessidade do acusado ser representado tecnicamente por um advogado. Ocorre que tal ponto de vista é equivocado, uma vez que somente um profissional (advogado) terá condições de defender tecnicamente o acusado, independentemente da complexidade do caso¹⁴⁹. Bacellar Filho¹⁵⁰ assegura que por mais simples que seja uma acusação, esta, sempre demandará de uma série de argumentos de ordem jurídica que apenas o profissional do direito domina. "Do contrário, o acusado terá apenas uma *defesa*, mas não uma *ampla defesa*, tal qual assegurada pelo texto constitucional". Tem-se, pois que a autodefesa do acusado lhe é mais prejudicial do que favorável, seja em razão de sua falta de conhecimento técnico, ou por estar emocionalmente envolvido, seja em um caso complexo ou singelo.

Algacir Mikalovski¹⁵¹ refere que:

Por garantia de defesa se deve entender não só a observância do rito adequado, mas também 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.

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 321-322.

¹⁴⁵ MOREIRA NETO, D. F. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 325.

¹⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 325.

¹⁴⁷ BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 322.

¹⁴⁸ MEDAUAR, O. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 118.

¹⁴⁹ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 322.

¹⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 322-323.

¹⁵¹ MIKALOVSKI, A. *Prática em processos e procedimentos administrativos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 23.

Ademais, há de se ressaltar, que o enunciado da Súmula Vinculante nº 5 não faz distinções com relação à complexidade ou não dos casos de processos administrativos disciplinares. Restará clara mais uma vez a inconstitucionalidade da referida súmula, uma vez que em determinado caso complexo, no qual o acusado tenha que se defender, a ampla defesa lhe restará prejudicada pela falta de conhecimento e técnica, o que viola o direito fundamental garantido por força do art. 5º, LV, da Carta Magna¹⁵²;

- Da interpretação do art. 133 da CF, no sentido de que o advogado é indispensável à administração da justiça, devendo-se considerar apenas a sua função jurisdicional. (Cf. Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 750 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF e Ministro Cezar Peluso, às fls. 753)¹⁵³.

A interpretação a ser concedida às normas constitucionais deve se dar de maneira a maximizar a efetividade dos direitos fundamentais, e jamais com a intenção de limitar a sua aplicabilidade. O advogado, assim como preceitua o texto do artigo 133 da Constituição, é indispensável à administração da justiça. A partir desta previsão deve-se entender que todo e qualquer processo (judicial ou administrativo) que demande a defesa e a conservação da justiça ao acusado deverá contar com a intervenção de um advogado, que por sua vez é dotado de capacidade técnica e especialidade, a fim de se observar a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e de fato garanti-lhe os direitos que lhe são devidos¹⁵⁴.

Deve-se compreender o verdadeiro significado do art. 133 da CF, no sentido de que o advogado é indispensável em toda e qualquer circunstância em que a atividade da advocacia se fizer necessária, a fim de que os direitos e garantias fundamentais sejam assegurados. No âmbito do direito administrativo, diante da instauração de processo administrativo disciplinar, o servidor, não dispondo de defesa técnica, poderá ter sua defesa fragilizada, ficando vulnerável a arbitrariedades, ou até mesmo à possível lesão de seus direitos, em razão da ampla defesa não lhe ter sido asseguradas¹⁵⁵.

- A hipótese de que o art. 5º, LV, da CF não torna a defesa técnica obrigatória nos processos administrativos, e que isso na verdade ensejaria algo superior ao direito à ampla defesa. (Cf. Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 751 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁵⁶.

Bacellar Filho¹⁵⁷ entende que “a defesa técnica constitui, obviamente, um meio inerente à ampla defesa”, pois não quis o legislador acrescentar um adorno com relação à gramática do termo, mas sim torna-la possível a todos, assegurando aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, a mais plena exercibilidade do seu direito à defesa, e que esta fosse a mais ampla possível. O inciso LV do artigo 5º da Constituição é considerado como o “dispositivo chave em matéria de processo administrativo disciplinar”, dada sua importância.¹⁵⁸

A defesa deverá explorar potencialmente todos os argumentos que estejam ao lado do acusado. Para que isto ocorra, a defesa técnica é imprescindível, juntamente com a presença de um advogado, o que não ocorrendo acarretará em mera simulação de defesa. Assim, a defesa técnica em processo administrativo disciplinar

¹⁵² BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 323.

¹⁵³ *Idem, ibidem*, p. 323.

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 324.

¹⁵⁵ BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 324-325.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 325.

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 325.

¹⁵⁸ MEDAUAR, O. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 74.

não deve ser vista como um exagero, mas sim como uma forma de garantir a defesa ampla ao acusado, como preconiza a Constituição Federal¹⁵⁹.

Verifica-se, outrossim, uma desconsideração com relação à equiparação que a Constituição de 1988 busca fazer entre o *processo judicial* e o *processo administrativo*, por força do art. 5º, LV, da CF. Tanto no processo judicial como no processo administrativo o réu necessita de defesa técnica, pois a finalidade do contraditório e da ampla defesa é resguardar as garantias dos litigantes, pois o litígio em si sempre irá ameaçar a “esfera jurídica individual do cidadão”¹⁶⁰.

Diante o exposto, não há como estabelecer diferença no que tange à concessão do direito à defesa técnica seja no processo judicial, ou no processo administrativo, o qual demanda qualidade e especialidade na defesa, tanto quanto em âmbito de um processo judicial. A defesa técnica nada mais é do que um desdobramento do direito à ampla defesa¹⁶¹.

Um ponto importante de ser ressaltado é a questão da interpretação do texto constitucional, isto é, deve-se interpretar a norma de modo a potencializá-la, não podendo contentar-se apenas com a letra morta da lei, de modo a dar-lhe maior grau de efetividade possível. A esta forma de interpretação chama-se de *princípio da máxima efetividade*¹⁶². Veja-se que a ampla defesa “tem sentido de busca da preservação de algo que será afetado por atos, medida, condutas, decisões, declarações vindos de outrem”¹⁶³.

Destaca-se que não se tem o objetivo de afastar o direito à autodefesa do acusado, mas apenas deixar claro que esta não é suficiente para caracterizar a ampla defesa. Portanto, não é possível satisfazer por completo o direito à ampla defesa apenas através da autodefesa, em razão de que o acusado há de contar com uma assistência técnica de modo a fortalecer a argumentação em seu favor¹⁶⁴.

- Caso a defesa técnica passasse a ser uma exigência, isso acarretaria na sobrecarga de demandas à Defensoria Pública. (Cf. Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 752 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁶⁵.

Tal fundamento é completamente descabido, pois que quando se nega a necessidade de defesa técnica, está-se admitindo que o Estado atua de acordo com a ideia de “reserva do possível” como um limite à aplicação dos direitos fundamentais. Estar-se-ia afirmando que o Poder Público restringe sua atuação, portanto, a efetivação dos direitos fundamentais de acordo com a sua capacidade financeira¹⁶⁶.

Segundo Medauar¹⁶⁷, a defesa técnica deverá ser obrigatória nos processos que contam com certa gravidade, como naqueles em que seja decidido pela demissão do servidor acusado, pela cassação de aposentadoria, enfim, cujas penas sejam efetivamente gravosas. A ideia de torna-la obrigatória seria impraticável, pois acarretaria, de fato, grande volume de trabalho à Defensoria Pública. Nos casos considerados leves, portanto, a defesa técnica deverá ser facultativa¹⁶⁸.

Bacellar Filho¹⁶⁹ refere:

¹⁵⁹ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 326.

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 326.

¹⁶¹ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 327.

¹⁶² *Idem, ibidem*, p. 327.

¹⁶³ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 111.

¹⁶⁴ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 328.

¹⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 330.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 330.

¹⁶⁷ MEDAUAR, *op. cit.* p. 119.

¹⁶⁸ MEDAUAR, O. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 119.

¹⁶⁹ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 330.

Ora, se tal premissa fosse válida, o aumento excessivo de acusados em processos criminais, com o conseqüente abarrotamento da Defensoria Pública, eximiria a instituição do dever de promover a defesa técnica de todos eles, a pretexto de encontrar-se demasiadamente atarefada. A adesão a esse entendimento afronta, logicamente, o sistema constitucional brasileiro.

Para tanto, prevê a Carta Magna em seu art. 5º, LXXIV, que o Estado terá a incumbência de prestar assistência jurídica gratuita aos que se encontrarem em condição de hipossuficiência. Essa assistência se dará através das Defensorias Públicas. Deste modo, se o próprio Estado é responsável por prestar tal serviço aos que dele necessitem, porque haveria de negá-lo? Ocorre que, mesmo com a efetivação de tais direitos fundamentais com o conseqüente aumento da demanda das Defensorias Públicas, a sobrecarga de trabalho não deve ser levada em consideração de modo a “autorizá-las a se despir de uma incumbência que lhes é constitucionalmente imposta”¹⁷⁰.

Assim, pode-se entender que, negando a defesa técnica aos acusados, o Estado estaria se esquivando de exercer os deveres que lhe são inerentes, o que é inadmissível. Lembra-se, ainda, da figura do defensor dativo, o qual em caso de insuficiência da Defensoria Pública, no caso do processo administrativo, será nomeado pela Comissão Processante de modo a garantir o direito mínimo de acesso à justiça ao acusado¹⁷¹.

- A hipótese de que a Constituição assegura apenas o direito ao contraditório, uma vez que se trata da possibilidade efetiva de intervir na formação da decisão do julgador, cabendo ao acusado se utilizar dele ou não, assim como no processo civil. (Cf. Ministro Cezar Peluso, fls. 753-754 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁷².

O motivo acima exposto parte de pressupostos equivocados. O primeiro ponto é a confusão estabelecida entre o contraditório e a ampla defesa, o que não tem razão de ser, já que é sabido que os dois são princípios distintos, cada um com sua conceituação própria, mesmo que estejam previstos no mesmo inciso do artigo 5º da Constituição¹⁷³.

Bacellar Filho¹⁷⁴ sustenta que o contraditório:

Diz respeito, portanto, a ambas as partes do processo e não apenas ao réu. Seu fundamento está na bilateralidade do processo, e seu conteúdo traduz-se no direito que cada sujeito processual - no caso, administração e servidor acusado - ostenta de se manifestar para destruir a credibilidade do argumento utilizado pela outra parte.

Já a ampla defesa “diz respeito ao conjunto de mecanismos necessários e capazes de fornecer ao réu condições de se opor, de forma efetiva, à pretensão punitiva da administração pública”¹⁷⁵. Diante disso, com relação à importância de se levar em conta o significado próprio de que gozam os dois princípios, cabe ressaltar que “nessa medida, o princípio constitucional da ampla defesa não se limita à oportunização do contraditório, pois este é apenas o ponto de partida para o exercício do direito de defesa”¹⁷⁶.

¹⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 331.

¹⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 333.

¹⁷² BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 335.

¹⁷³ *Idem, ibidem*, p. 335.

¹⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 336.

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 336.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 336.

A partir do que fora mencionado, entende-se que o princípio da ampla defesa não deve ser vislumbrado apenas sob seu aspecto negativo, qual seja a *função de defesa* somente, mas sobretudo sob seu aspecto positivo que é a *função prestacional*, a qual configura-se como incumbência do Estado, ou seja, a função de disponibilizar os instrumentos adequados e de forma exaustiva ao acusado para que este tenha condições de se defender¹⁷⁷. Afinal, "é assegurado ao interessado produzir a mais ampla defesa, envolvendo todos os fatos e argumentos que reputar cabíveis"¹⁷⁸.

Bacellar Filho¹⁷⁹ assevera:

Entre tais instrumentos, como exaustivamente reiterado, está a defesa técnica por advogado. Se assim não ocorrer, estar-se-á apenas respeitando o direito ao contraditório, mas ofendendo a dimensão positiva do direito à ampla defesa, que exige a criação, por parte do Estado, dos pressupostos necessários ao real exercício desse direito.

Outro ponto que merece ser debatido é a comparação feita pelo insigne Ministro Cezar Peluso, de modo a comparar o processo civil com o processo administrativo disciplinar¹⁸⁰. Vejamos as controvérsias:

-o processo administrativo disciplinar nada tem a ver com o processo civil, visto que as duas modalidades de processo possuem natureza diversa. O processo civil não possui caráter sancionatório, o que o difere, por si só, do processo administrativo disciplinar, este pode se assemelhar ao processo penal, uma vez que este sim tem a finalidade de punir, e necessita de defesa técnica assim como o processo administrativo disciplinar. Neste a defesa não pode ocorrer de acordo com as conveniências particulares do acusado, assim como é possível no processo civil, pois a mera condição de acusado necessita de uma defesa, no mínimo efetiva¹⁸¹;

-como o processo administrativo disciplinar pode acarretar a perda ou a restrição de direitos indisponíveis, uma possível revelia seria nula, o que desabona o argumento suscitado. De sorte não se poderia cogitar a ocorrência de uma revelia, o que torna infeliz a comparação realizada¹⁸².

Bacellar Filho¹⁸³ declara que:

No processo administrativo disciplinar, a honra e a imagem do servidor sempre serão colocados em xeque, além de outros bens jurídicos, tal como o trabalho, cujo valor social constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, VI, da CF). Todos esses valores são albergados na Constituição Federal como direitos fundamentais (art. 5º, X, e art. 6º), traduzindo, portanto, direitos indisponíveis.

-um terceiro ponto, ligado diretamente com o aludido anteriormente, é de que a revelia, ainda que em se tratando de direitos disponíveis, não poderia se dar automaticamente, diante apenas do não comparecimento em juízo, considerando o prejuízo imediato da parte ré, juntamente com e o nível de ignorância de

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 337.

¹⁷⁸ JUSTEN FILHO, M.. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 369.

¹⁷⁹ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 337-338.

¹⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 338.

¹⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 338.

¹⁸² *Idem, ibidem*, p. 339.

¹⁸³ *Idem, ibidem*, p. 339.

considerável gama da população brasileira¹⁸⁴. “O mesmo raciocínio pode ser emprestado ao exame da falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar”¹⁸⁵.

Pelas razões acima relacionadas, a intenção de comparar o processo administrativo disciplinar com o processo civil é descabida, não justificando a “dispensabilidade de defesa técnica por advogado”¹⁸⁶;

- A defesa técnica reservada ao processo penal constitui uma exceção, em razão de que por meio dele se discute um direito indisponível, que por sua vez não pode ser renunciado. (Cf. Ministro Cezar Peluso, fls. 754 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁸⁷.

É verdade que a rápida aceitação da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares se deu pela semelhança com o processo penal¹⁸⁸. Sabe-se que em processo penal a defesa técnica é indispensável, bem como que o que está em jogo são direitos indisponíveis, assim como a liberdade, por exemplo. Porém, o que parece incompreensível é o porquê de tornar o processo penal superior ou distinto do processo administrativo disciplinar, vez que este também dispõe acerca de direitos fundamentais, indisponíveis, portanto¹⁸⁹.

Conforme os fatos acima expostos, todo o processo disciplinar que for instaurado sempre versará acerca de direitos fundamentais previstos constitucionalmente, porém, “mesmo com a aplicação da penalidade menos grave prevista pela lei, o agente terá sua ficha funcional maculada, sendo timbrado com a pecha de ímprobo, desonesto, negligente ou ineficiente”¹⁹⁰.

Bacellar Filho¹⁹¹ expõe que:

[...] ainda que não se discuta a possibilidade de se dispor do direito de defesa – que deveria ser a discussão preliminar – e volte-se o holofote para os direitos que estão em risco no processo penal e no processo administrativo disciplinar, a conclusão a que chegou o STF continua sendo contraditória com os postulados do ordenamento jurídico brasileiro, em especial com o *princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição* e com o regime jurídico dos direitos fundamentais, que outorga a todos o atributo da indisponibilidade.

- A hipótese de que a defesa técnica pode ser substituída pela autodefesa, ou então por procurador, o qual não necessita ser advogado, por força do art. 156 da Lei nº 8.112/90. (Cf. Ministro Marco Aurélio, fls. 757 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁹².

O fundamento acima exposto, exarado pelo STF, ofende uma das grandes lições relacionadas à hermenêutica constitucional, qual seja: “são as leis que devem ser interpretadas à luz da Constituição, e jamais o contrário”¹⁹³. Isto é, desconsiderar a necessidade de defesa técnica, elemento derivado do direito fundamental à ampla

¹⁸⁴ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-340.

¹⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 340.

¹⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 340.

¹⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 340.

¹⁸⁸ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 113.

¹⁸⁹ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 341.

¹⁹⁰ BACELLAR FILHO, R.F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 342.

¹⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 342.

¹⁹² *Idem, ibidem*, p. 343.

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 343.

defesa, com base no art. 156 da Lei infraconstitucional nº 8.112/90, “significa inverter a hierarquia das fontes do direito brasileiro”¹⁹⁴.

De outro modo, a defesa técnica como uma faculdade pode ser encarada como um privilégio conferido ao acusado, que poderá, de acordo com sua conveniência, escolher defender-se por advogado ou não¹⁹⁵. Ademais, o fato de não ser a defesa técnica uma exigência, não pode significar que o advogado será sempre dispensado de atuar em processo administrativo disciplinar. Deste modo, poderá ocorrer casos excepcionais, cuja solução dependa da atuação de um advogado, para que nenhuma garantia fundamental seja violada¹⁹⁶.

Bacellar Filho¹⁹⁷ afirma que:

A única forma constitucionalmente adequada de interpretar o art. 156 da Lei nº 8.112/90 é atribuindo-lhe o sentido de que, além de poder acompanhar o processo pessoalmente, o servidor tem o direito a uma defesa técnica por procurador, o qual, pela aplicação do art. 133 da CF, deve necessariamente ser advogado.

Diante das razões explanadas no sentido de considerar equivocados os pressupostos lançados pelo STF na decisão proferida por ocasião do Recurso Extraordinário 434.059-3/DF, pode-se concluir pela inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5, uma vez que “a defesa técnica, consoante amplamente demonstrado, constitui inobjetével exigência do direito fundamental à ampla defesa no processo administrativo disciplinar”¹⁹⁸.

3.2 DO DIREITO À DEFESA TÉCNICA POR ADVOGADO: ENTENDIMENTOS CONFLITANTES

Através dos fatos e fundamentos acima explanados com relação à decisão do STF, que culminou na edição da Súmula Vinculante nº 5, verifica-se certa ofensa ao princípio da ampla defesa, por meio da declaração de dispensabilidade de defesa técnica por advogado. Diante disso, passa-se a analisar a necessidade da tão abordada defesa técnica.

Entende-se por autodefesa a possibilidade reservada ao servidor, de que o mesmo possa se defender e fazer suas alegações durante a tramitação do processo. Ficam-lhe reservados os direitos de presença e de audiência. Conforme o direito de presença, o servidor acusado terá o direito de acompanhar os atos a serem desenvolvidos, como a possibilidade de assistir à realização de provas, podendo contradita-las. Consoante ao direito de audiência, terá o servidor o direito de falar, de expressar diretamente suas razões no processo¹⁹⁹.

O servidor, como parte em um processo administrativo, ganha um *status* processual ativo, o que torna um sujeito processual que deverá estar “apto a participar do conjunto de atos processuais capazes de influenciar o convencimento do julgador”. Mas, infelizmente, o acusado não consegue, verdadeiramente, atingir este *status* processual, ou então incorporar o direito de defesa que lhe é inerente,

¹⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 344.

¹⁹⁵ MANUAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2015, p. 132.

¹⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 133.

¹⁹⁷ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 344.

¹⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 345.

¹⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 316.

uma vez que lhe falta a capacidade técnica, que somente um operador do direito, um advogado, que em si é dotado de conhecimento técnico, poderá o fazer²⁰⁰. Toma-se por base o que disciplina o artigo 133²⁰¹ da Constituição Federal, no sentido de que “o advogado é indispensável à administração da justiça”, o que não poderá ser analisado de forma distinta, vez que o acusado, muitas vezes se deixa levar pelo aspecto emocional não conseguindo efetivamente defender-se de modo a fazer valer os princípios do contraditório e da ampla defesa que lhe são garantidos. Se no processo administrativo, assim como no processo judicial, o que se busca é a justiça, seja por meio da averiguação de condutas e eventual aplicação de sanções, e sendo que o advogado é por seu mister, indispensável à administração da justiça, então não há que se falar em prescindibilidade da defesa técnica por advogado. O direito de presença ultrapassa a autodefesa, havendo forte relação com a defesa técnica²⁰². Deste modo deve-se interpretar o artigo 156²⁰³ da Lei nº 8.112/90, de forma que o direito de presença seja concedido ao servidor e ao seu defensor. Odete Medauar afirma, com relação à defesa técnica, que “a presença do advogado evita que o sujeito se deixe guiar por emoções de momento”²⁰⁴. Bacellar Filho²⁰⁵ refere:

Ao nosso ver, a defesa técnica constitui elemento indispensável da ampla defesa, sendo indiferente a gravidade da pena que possa resultar do processo. A constituição Federal, no art. 5º, LV, não assegura uma defesa qualquer, mas uma defesa *ampla*. Isso significa que a defesa não deve ser mais ou menos robusta conforme a intensidade da sanção que puder advir da decisão proferida no bojo do processo administrativo disciplinar: a mera possibilidade de o processo culminar em restrição à esfera jurídica individual do servidor reclama a maximização dos mecanismos de defesa.

Vê-se no entendimento acima exposto a preocupação com o fato de que a ampla defesa deve ser considerada minuciosamente, como um meio de garantir o pleno exercício do direito de defesa ao acusado. Certamente, se for considerada a defesa técnica como uma exigência da ampla defesa se culminará na inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF²⁰⁶.

Pedro Lenza²⁰⁷, a contrário sensu, constitucionalista ferrenho que é, defende que o entendimento trazido pela Súmula Vinculante nº 5 do STF deve prevalecer sobre o trazido pela Súmula nº 343 do STJ, a qual restou superada, na visão do autor, simplesmente pelo fato da referida súmula vinculante não haver restringido o direito à ampla defesa, mas “apenas” a defesa técnica.

Fato é que a Súmula Vinculante nº 5 obriga os julgadores à desconsiderarem a necessidade de defesa técnica por advogado nos processos administrativos disciplinares, derrubando o entendimento da Súmula nº 343 do STJ. A partir disso, consagrou-se uma inconstitucionalidade gritante, “em desprestígio às conquistas da

²⁰⁰ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 316.

²⁰¹ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

²⁰² BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 317.

²⁰³ 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.

²⁰⁴ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 185.

²⁰⁵ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 318.

²⁰⁶ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 318.

²⁰⁷ LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 892.

doutrina em matéria de garantias constitucionais do processo administrativo disciplinar²⁰⁸.

Com o intuito de ver reparada tamanha aberração jurídica, fora apresentada proposta de cancelamento da Súmula Vinculante nº 5 ao Supremo Tribunal Federal, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo requerimento ainda aguarda julgamento²⁰⁹.

Lúcia Valle Figueiredo realiza analogia com relação ao processo penal, considerando a defesa técnica como um elemento próprio da ampla defesa não podendo dela se separar. Tanto é que se o acusado estiver impossibilitado de se defender por advogado, lhe deverá ser nomeado defensor dativo, sob pena de nulidade processual, em razão de tamanha importância que goza a defesa técnica²¹⁰.

Para Bacellar Filho²¹¹:

[...] a ausência de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar afronta diretamente o direito fundamental à ampla defesa, assegurado pela Lei Maior em seu art. 5º, LV, aos litigantes e aos acusados em geral, em processo administrativo e judicial.

João Carlos Schmitt, em meio ao seu discurso, defende que a defesa técnica confere verdadeiro sentido à palavra “ampla” do direito à ampla defesa, vez que através da defesa realizada por advogado devidamente constituído estar-se-ia fazendo valer o previsto no art. 5º, LV, da Constituição²¹².

Através da análise doutrinária realizada percebe-se, realmente, que o direito à defesa técnica resta prejudicado, ante à previsão da Súmula Vinculante nº 5. Porém, razões não faltam para a arguição de entendimento contrário, já que o que se pretende é reafirmar a necessária observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Assim, pugna-se pela preservação da previsão constitucional e de normas que sejam favoráveis ao acusado em processo administrativo disciplinar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito administrativo se sustenta através de normas e princípios jurídicos, sendo a maioria destes últimos de ordem constitucional. Cita-se, por exemplo, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, além de outros que foram abordados a partir da pesquisa aqui realizada. Portanto, há de se atentar para a existência de princípios, tendo em vista à supremacia inerente à Administração Pública, a qual jamais poderá agir de modo arbitrário sobre qualquer cidadão.

Para o cumprimento das metas propostas na presente pesquisa, buscou-se realizar uma análise acerca do histórico e surgimento do poder disciplinar, bem como a conceituação do processo administrativo disciplinar. Através da elucidação de cada uma das fases que compõem o referido processo, pôde-se perceber a rigidez que o envolve.

Através da análise, em específico, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos constitucionalmente, demonstrou-se sua importância e sua influência na decisão, a qual poderá comprometer seriamente o acusado, que é parte vulnerável da relação processual.

²⁰⁸ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 319.

²⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 319.

²¹⁰ FIGUEIREDO, L. V. *Curso de Direito Administrativo*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 439.

²¹¹ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 320.

²¹² SCHMITT, J. C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 176.

A grande questão proposta, com relação à necessidade de defesa técnica do acusado em processo administrativo disciplinar, foi debatida por ocasião do terceiro capítulo. A partir da análise de diferentes posicionamentos doutrinários, foi possível compreender que o acusado, na condição de cidadão leigo, e por isso sem o conhecimento jurídico necessário não tem condições suficientes de prover a autodefesa de seus direitos ante um processo administrativo disciplinar contra ele instaurado.

Outrossim, deve-se ressaltar que o aspecto emocional do servidor acusado, o impede de manifestar-se racionalmente, o que também lhe é prejudicial. Além disso, cabe mencionar que os motivos que levaram à edição da Súmula Vinculante nº 5 são altamente questionáveis, o que deixa de conferir consistência aos julgados baseados no referido dispositivo.

Verificou-se que a ampla defesa não se esgota apenas através da concessão do direito à informação, de comunicação e de consideração das razões a serem levantadas pelo acusado, mas sobretudo através da obrigatoriedade de defesa técnica por advogado. Esse direito à defesa técnica deverá ser concedido independentemente da complexidade do caso que envolve a Administração e o servidor acusado. Desde modo, deverá se considerar muito mais do que a mera função jurisdicional do advogado, mas sim a sua condição de administrador da justiça (art. 133 da CF).

A obrigatoriedade de defesa técnica do acusado em processo administrativo disciplinar jamais poderá ser considerada um exagero, visto que se trata do efetivo cumprimento de dispositivo constitucional (art. 5º, LV da CF), onde está previsto o contraditório e a ampla defesa. Considerando que a defesa técnica confere o verdadeiro sentido ao termo *ampla defesa*, a garantia da defesa por advogado jamais poderá ser considerada uma sobrecarga de trabalho para o Estado, o qual é responsável por prestar tais direitos, neste caso, através das Defensorias Públicas, nos casos em que o acusado não tiver condições de arcar com as despesas provenientes da contratação de advogado particular.

O direito à defesa técnica não deve constituir mera faculdade, mas sim uma obrigatoriedade, assim como a derogada Súmula 343 do STJ previa. O processo administrativo, assim como o processo penal, também envolve direitos indisponíveis, para tanto manter o direito à defesa técnica como faculdade poderia ser considerada até mesmo uma omissão do Estado, no sentido de garantir a manutenção de tais direitos ao acusado.

A respeito da responsabilidade conferida ao Estado para que o mesmo garanta o direito à defesa ao acusado, não se pode deixar o dever de defesa nas mãos do próprio acusado, de acordo com sua liberalidade. De outro modo, seria uma total irresponsabilidade conferi-la a alguém que não possui instrução jurídica tanto quanto um profissional do direito, um advogado, portanto.

Com relação à Súmula Vinculante nº 5 do STF, a mesma se apresenta inconstitucional, através dos fundamentos jurídicos e princípios lógicos alegados que rebatem com maestria os motivos julgados suficientes, pelos insígnis ministros do Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário.

A decisão proferida com relação ao RE nº 434.059-3/DF é, no mínimo, altamente questionável, uma vez que põe em risco as garantias constitucionais inerentes ao cidadão, seja ele servidor público ou não. Com isso, para os operadores do direito, a edição da Súmula Vinculante nº 5 acarretou um retrocesso com relação à garantia dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Conclui-se que o direito à defesa técnica passa a ser corolário lógico dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ambos os princípios, conforme demonstrado culminam no devido processo legal. Tem-se, pois que se o direito à defesa técnica for negado ao acusado, se restringirá a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e, conseqüentemente, sem a disponibilização do direito à defesa técnica não ocorrerá o devido processo legal.

REFERÊNCIAS

- BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROS, W. P. *Curso de Processo Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BLANCHET, L. A. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado federal, 1988.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Prática do Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DE MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- DE OLIVEIRA, M. A. C.; NUNES, D. J. C.. *Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional*. Consultor Jurídico, São Paulo, 22 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-22/sumula_vinculante_stf_inconstitucional>. Acesso em 31 de outubro de 2016.
- DI PIETRO, M. S. Z.. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FIGUEIREDO, L. V.. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- FURASTÉ, P. A. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico*. 18. ed. Porto Alegre: Dáctilo-Plus, 2016.
- GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Pulo: Saraiva, 2010.
- JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LUZ, E. M. *Direito administrativo disciplinar: teoria e prática*. 1. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.
- MADALENA, P. *O Processo Administrativo Disciplinar sob o enfoque prático*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- MANUAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2015.
- MAZZA, A. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MEDAUAR, O. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- MIKALOVSKI, A. *Prática em processos e procedimentos administrativos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- MOREIRA NETO, D. F. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- OLIVEIRA, R. C. R. *Princípios do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- PELLEGRINI, L. F. G. *Súmula Vinculante Nº 5 do STF e Súmula Vinculante Nº 343 do STJ: Considerações*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, 09 de junho de

2010. Disponível em:
<http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6972/sumula_vinculante_n_5_do_stf_e_sumula_n_343_do_stj_consideracoes>. Acesso em 31 de outubro de 2016.
- PORTA, M. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. 1. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2003.
- ROZA, C. *Processo Administrativo Disciplinar e Ampla Defesa*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004
- STF. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 01 de novembro de 2016.
- STJ. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em 01 de novembro de 2016.
- UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL - UCS. Sistema de Bibliotecas. *Guia para elaboração de trabalhos acadêmicos [recurso eletrônico] SIBUCS*; organização Michele Marques Baptista... [et al.]. 4. ed. 2016. Dados eletrônicos (1 arquivo).
- XAVIER, M. A falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar à luz da Súmula Vinculante nº 05/2008. *JurisWay: Sistema educacional online*, 06 de outubro de 2015. Disponível em:
<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15549>. Acesso em 06 de novembro de 2016.