

**UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO**

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS  
DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA  
NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

**TERCIUS ZYCHAN DE MORAES**

**SÃO PAULO**

**2006**

**UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU  
MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA  
AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.**

TERCIUS ZYCHAN DE MORAES

Orientador: Prof.º Dr.º Antônio Cláudio da Costa Machado

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA À BANCA  
EXAMINADORA DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS  
FUNDAMENTAIS, COMO EXIGÊNCIA PARCIAL PARA OBTENÇÃO  
DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO.

São Paulo

2006

**UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU**  
**MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA  
AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.**

TERCIUS ZYCHAN DE MORAES

Orientador: Prof.º Dr.º Antônio Cláudio da Costa Machado

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

São Paulo

2006

## **Dedicatória**

*A minha devotada esposa, Kátia, e a meus filhos, Lucas e Eduardo, pelo amor, dedicação e incentivo nos momentos mais difíceis, compreendendo minha ausência durante a confecção deste trabalho.*

## **Agradecimentos**

*A Deus, por mais esta oportunidade de evolução.*

*Ao Professor Antônio Cláudio da Costa Machado de Moraes, por sua paciência e pelas oportunas orientações nos momentos de dúvida.*

*Aos Professores e devotos integrantes do curso de mestrado em direito do Universitário - Fieo, pelos conhecimentos que foram transmitidos.*

*Aos colegas de mestrado que juntos buscamos e compartilhamos o conhecimento durante nossa passagem neste marco em nossas vidas.*

# SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>8</b>
---------------------	----------

<b>ABSTRACT .....</b>	<b>10</b>
-----------------------	-----------

<b>Capítulo 1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>12</b>
---	-----------

1.1 O Estado Liberal de Direito.....	13
1.2 Estado Social de Direito .....	16
1.3 Estado Democrático de Direito .....	17
1.4 O Processo Administrativo Inserido no Estado Democrático de Direito .....	20

<b>Capítulo 2 PROCESSO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>22</b>
---	-----------

2.1 Conceito .....	22
2.2 Evolução Histórica .....	24
2.3 A Existência de uma Processualidade Administrativa .....	25
2.4 Processo ou Procedimento.....	28
2.5 A Lei Geral do Processo Administrativo .....	31
2.6 Princípios Informadores da Lei Federal nº 9.784/99.....	34
2.6.1 Princípio da Legalidade .....	37
2.6.2 Princípio da Finalidade .....	39
2.6.3 Princípio da Motivação .....	41
2.6.4 Princípio da Razoabilidade.....	43
2.6.5 Princípio da Proporcionalidade.....	44
2.6.6 Princípio da Moralidade.....	45
2.6.7 Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.....	47
2.6.8 Princípio da Segurança Jurídica.....	48
2.6.9 Princípio da Eficiência .....	52

<b>Capítulo 3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR .....</b>	<b>55</b>
---	-----------

3.1 Conceito .....	57
3.2 A Apuração das Faltas Disciplinares .....	59

3.3	Fases do Processo Administrativo Disciplinar .....	64
3.3.1	Fase de instauração do processo administrativo disciplinar .....	65
3.3.2	Inquérito administrativo .....	68
3.3.2.1	Fase de instrução do processo administrativo disciplinar .....	68
3.3.2.2	Da defesa no processo administrativo disciplinar .....	69
3.3.3	Do relatório no processo administrativo disciplinar .....	72
3.3.4	Do julgamento no processo administrativo .....	73
<b>Capítulo 4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL .....</b>		<b>76</b>
4.1	O Devido Processo Legal e seus Aspectos Históricos .....	77
4.2	Definição e Abrangência.....	82
4.3	A Bipartição do Devido Processo Legal.....	86
4.4	A Aplicação do Devido Processo Legal no Processo Administrativo Disciplinar .....	90
<b>Capítulo 5 DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....</b>		<b>92</b>
5.1	Princípio do Contraditório .....	95
5.1.1	Contraditório e fases do processo administrativo disciplinar .....	98
5.1.1.1	Fase de instauração .....	100
5.1.1.2	Fase de instrução .....	104
5.1.1.3	Fase de julgamento .....	114
5.2	Princípio da Ampla Defesa .....	115
5.2.1	Ampla defesa no processo administrativo disciplinar .....	117
5.2.1.1	Presunção de inocência.....	119
5.2.1.2	Direito à auto defesa ou defesa técnica.....	120
5.2.1.3	Ampla defesa e o direito recursal.....	122
<b>CONCLUSÕES .....</b>		<b>126</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>		<b>131</b>

## RESUMO

*OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR* tem por escopo a busca de desvendar como a inserção dos Direitos Fundamentais, consagrados pela nossa Constituição Federal, ao adotar o Estado Democrático de Direito, se materializa efetivamente na Administração Pública, evitando a incidência do arbítrio, e garantindo uma devida segurança jurídica. De tão diversa é aplicabilidade do Estado Democrático de Direito, que origina da evolução sócio-política da sociedade, o processo administrativo também acompanha esta mesma evolução, sua origem no direito pátrio advém do período imperial, de onde já se ouvia falar de uma chamada “jurisdição administrativa”, no entanto, caminhando a passos curtos durante todo período Republicano, até ser efetivamente ser consagrado com a Constituição Federal de 1988. Os doutrinadores até a nossa atual constituição debatiam-se sobre a existência de uma chamada processualidade administrativa, asseverando os mais refratários, que somente existia processo perante o Poder Judiciário, mas o reconhecimento desta aos poucos foi sendo sedimentado, posto que na realização das funções estatais os atos têm necessariamente que percorrer um caminho, antes de se atingir o fim objetivado, de tal sorte que existe um intervalo entre a subsunção da lei e a ocorrência no mundo real do ato administrativo final, e é nesse esse caminho, com objetivo de se resguardar os direitos dos administrados ou dos servidores, que se solidifica a existência de um processo administrativo. Até recentemente, no Brasil não existiam normas gerais de processo administrativo, de tal sorte, que não raro era, servidores públicos que desconhecessem por completo a forma de proceder às solicitações e recursos interpostos por particulares, adotando simplesmente a omissão ou edição de ato sem fundamentação mínima, numa nítida demonstração de total incapacidade de proceder. Em todas essas hipóteses, a Administração sofria um prejuízo direto, pois o particular recorria ao Judiciário, arcando a Administração com os ônus próprios das demandas judiciais, perdendo a credibilidade ante o aparelho da Justiça. No entanto, este panorama começa a ser modificado com a edição da Lei federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no âmbito da União Federal, e da Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, no Estado de São Paulo. Antes desses dois diplomas, com caráter pioneiro, merece registro a Lei Complementar nº 33, de 26 de dezembro de 1996, do Estado de Sergipe. Em específico a lei federal, esta reafirmou os princípios que norteiam a Administração, traduzidos no artigo 37 da Constituição Federal, bem como acrescentando outros, a saber: finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Mas Lei federal nº 9.784/99, considerada como a *Lei Geral do Processo Administrativo*, traz preceitos de ordem genérica, devendo conviver com leis que disciplinam procedimentos específicos, como o processo administrativo disciplinar, sedimentado na Lei federal nº 8.112/90, de 11 de dezembro de 1990, conhecida como a *Lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais*. Com efeito, a regularidade da execução das atividades do Estado restaria comprometida se aqueles que agem em nome dele e a ele se ligam por um vínculo

especial de sujeição de natureza institucional incorressem, de forma impune e sem controle, em condutas ilícitas, afrontadoras da legalidade, da moralidade, da probidade e de outros preceitos informadores da condigna gestão da coisa pública, determinantes de parâmetros de conduta funcional aos servidores públicos. A jurisdicionalização do poder disciplinar (no sentido de formalização e não no sentido judicial), impõe condutas formais e obrigatórias, para a garantia dos acusados, contra os possíveis abusos e/ou arbítrios da Administração Pública. A Lei federal nº 8.112/90, enfatiza que a apuração dos fatos irregulares pode ultimar-se por meio de sindicância ou de processo administrativo disciplinar. A sindicância, nominada de punitiva, é aquela cuja apenação do servidor acusado é de uma falta leve, já o processo administrativo disciplinar será instaurado nos casos passíveis de penas mais graves do que a suspensão de até 30 dias. A partir da instauração do processo, com a publicação da portaria, que começam fazer valer os direitos e garantias do servidor ora acusado e ainda os preceitos legais que protegem a administração pública de eventuais abusos praticados por servidores de má conduta profissional para aplicação. A necessidade da processualização da atividade administrativa, esta no Estado Brasileiro, entrelaçada ao disposto no artigo 5º inciso LIV da Constituição Federal: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. A partir do princípio do devido processo legal, associado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que combinados, asseguraram um processo administrativo regular, não se permitindo abusos por parte da Administração Pública, permitindo a existência de um Estado Democrático de Direito. Sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, objeto relacionado a este trabalhos, estes visa o direito de ser comunicado sobre as existências de atos que venham a restringir a sua esfera jurídica, o direito de ter todas as oportunidades que se mostrarem razoáveis para expor e demonstrar as suas razões, garantindo a materialização dentro do processo administrativo disciplinar, direitos fundamentais consagrados no Estado democrático de Direito Brasileiro.

## ABSTRACT

*THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF THE ADVERSARY SYSTEM AND LEGAL DEFENSE IN THE DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE PROCESS* has the objective to unmask, as the insertion of the basic rights, consecrated from our Federal Constitution, when adopting the Democratic State of Right, if it materializes effectively in the Public Administration, preventing illegal incidence, and guaranteeing ample legal security. The applicability of the Democratic State of Right, is so diverse that it originates from the social political evolution of society. The administrative process also follows this same evolution, its origin in the native right comes from the imperial period, which already has been called "administrative jurisdiction", however, taking short steps all during the republican period, until being effectively consecrated by the federal constitution of 1988. Legal scholars debated over the existence of the administrative process until our current Constitution. The previous legal scholars defended that the process only existed before the Judiciary Power, but its recognition was understood as time went on, because administrative acts were driven to achieve the state functions, being that there was an interval between law preparation and the occurrence of administrative act in the real world. This is the correct way to conclude the existence of an administrative process protecting the rights of the management and laborers. Recently, in Brazil general norms of administrative process did not exist, such as public servants who are unaware the correct form of receiving requests and administrative remedy interposed by private citizens, simply adopting the omission or edition of acts without minimum recital in a clear demonstration of total incapacity to proceed. In all these hypotheses, Public Administration suffered direct damage, therefore the citizens appealed to the Judiciary Power. As a result, the Public Administration paid judicial demands, losing credibility of judiciary power. However, this panorama has started to be modified with the edition of the Federal Law nº 9.784, 29 January 1999, within the Federation, and the Law nº 10.177, 30 December 1998, in the State of São Paulo. Before these two laws, there was Law nº 33, 26 December 1996, from the State of Sergipe. Specifically, the Federal Law reaffirmed the principles that guided public administration, confirmed in Article 37 of the Federal Constitution, as well as adding others, for instance : purpose, motivation, judicial motive, proportionality, morality, legal security, public interest and efficiency. But Federal Law nº 9.784/99, considered as the general law of the administrative process, brings rules of generic order, having to coexist with laws that enforces specific procedures, as the disciplinary administrative process, sedimented in the Federal Law nº 8.112/90, 11 December 1990, known as the law of the Legal Regimen of Civil Public Servants of the Federation, the Autarkies and the Federal Public Foundations. Furthermore , the regularity of the execution of the activities of the State would compromise if, those that act and are linked by a special connection in the name of the State , conducted illegal unpunished activities and without control, confronting the legality, the morality, the probity and other precepts that manage public administration, which determines rules of parameters of functional behavior of the public servants. The jurisdiction of the disciplinary power (in the direction of formalization and not in the judicial direction), imposes formal and obligatory

behaviors for the guarantee of the defendant against possible abuses and/or illegal incidence of public administration. The Federal Law nº 8112/90 emphasizes that the verification of irregular facts can be finalized by inquiry or disciplinary administrative process. The inquiry, named punitive, is one whose punishment of the accused servant is a minor error. On the other hand, the disciplinary administrative process will be restored in more serious cases with penalties resulting in suspension up to 30 days. Starting from the instauration of the process, with the publication of the administrative rules, the rights and guarantees of the accused servants start to be valid and as well as the legal precepts which protect public administration of eventual abuses practised by malconducted professional servants. The necessity of processing of the administrative activity in Brazil is demonstrated in Article 5, Clause LIV, of the Federal Constitution: "Nobody's freedom will be taken away nor goods without due process of law". Starting from the principle of due process of law, associated to the principles of adversary system and legal defense, that agreed, have confirmed a regular administrative process, not allowing abuses on the part of the Public Administration, permitting the existence of a Democratic State of Rights. On the principles of the adversary system and legal defense, related facts to these researches, must be communicated on the existences of acts that restrict legal environment, the right to have all the chances to expose and demonstrate its motives, guaranteeing the materialization of the disciplinary administrative process, consecrated basic rights in the Democratic State of Brazilian Rights.

# ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O objetivo do presente trabalho científico é abordar a forma pela qual acontece o Contraditório e a Ampla Defesa no Processo Administrativo Disciplinar, no Ordenamento Jurídico Brasileiro. No entanto, não é possível estabelecer a fruição destes direitos fundamentais, sem antes inseri-los no chamado Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, sem dúvida, surge de um processo histórico-jurídico ou histórico-político, que passa pelo chamado Estado Liberal de Direito, pelo Estado Social de Direito. Como dispõe de Jose Afonso da Silva<sup>1</sup>:

*A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito que a constituição acolhe no art 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado Democrático de Direito da Constituição da República Portuguesa ( art 2º) e do Estado Social e Democrático de Direito da Constituição Espanhola ( art 10).*

Hoje a compreensão a ser dada ao Estado Democrático de Direito não poderá ser simplesmente da junção de elementos característicos dos dois tipos de Estado, mas sim uma certa complementaridade. Como no dizer de Canotilho<sup>2</sup>: “Estado de Direito é democrático e só sendo é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático.”

Para chegar-se à compreensão dos elementos que compõem o Estado Democrático de Direito, faz-se necessária uma introspecção sobre a evolução destes tipos de Estado.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112.

<sup>2</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 230.

## 1.1 O Estado Liberal de Direito

As bases do Estado Liberal de Direito, alicerçaram-se nas teorias firmadas por Locke<sup>3</sup> e Montesquieu<sup>4</sup>, que propulsionaram a difusão das idéias concernentes aos direitos fundamentais, merecendo menção os temas relacionados à separação de poderes, bem como, do império das leis, questões estas que permeiam os movimentos constitucionalistas que impulsionaram o mundo ocidental a partir da Magna Carta inglesa assinada pelo rei João da Inglaterra, mais conhecido com João Sem Terra, em 15 de junho de 1215.

A crítica ao Estado Monárquico Absolutista faz entre os séculos XVII e XVIII, despertar os ensinamentos liberais à formação de um Estado Liberal de Direito, o Estado que até então estava sobre o julgo de um rei, que era o soberano e exercia a plenitude do poder, sem nenhuma limitação de ordem constitucional; a origem de seu poder era dita de natureza divina; um Estado em que o soberano, concentrando todo o poder, por todo o tempo, tinha direito sobre a vida, a liberdade e a propriedade de todos seus cidadãos, e ademais, determinava, ainda, a vida econômica.

O movimento liberal contrapõe-se ao regime absolutista, enfrentando a monarquia feudalista, contando para tal, com a colaboração de grandes pensadores como Rousseau, Sieyès, Montesquieu, Diderot, Voltaire, David Smith, David Ricardo, John Locke etc.

Estes consolidam uma oposição à sociedade absolutista-monarquista que culminou, na Europa, com a Revolução Francesa de 1789, que sobre determinado ponto de vista está relacionado com uma questão científica e tecnológica, que é a Revolução Industrial, do outro fomenta o Capitalismo fazendo surgir uma nova relação entre o indivíduo e o Estado, o qual deixa de coisificar as pessoas, dando a estas a possibilidade de serem os indivíduos sujeitos de direitos, enfatizando a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>3</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>4</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Para José Afonso da Silva<sup>5</sup>, este Estado Liberal de Direito tem algumas características básicas, que são:

- a) *submissão ao império da lei, que era nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto por representantes do povo, mas do povo cidadão;*
- b) *divisão dos poderes que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis aos demais e das pressões dos poderosos particulares,*
- c) *enunciado e garantias dos direitos individuais.*

Vitoriosos, os burgueses, que têm grande participação na implantação do Estado Liberal, sobretudo na França, elevam os direitos à liberdade ao cume da ordem política.

A burguesia passa a assumir de direito à formação da vontade estatal, sobrepondo-se à ausência de condições materiais do povo a ter acesso à formação da desta vontade, com coloca Bonavides<sup>6</sup>:

*disso não advinha para a burguesia dano algum, senão muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e, assim, concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal. Ademais, permitia aos burgueses falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade, com os direitos da liberdade (fundamentais de primeira geração) que ela mesma proclamara, os quais se apresentavam, em seu conjunto, do ponto de vista teórico, válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir. No contexto da visão liberal, a propriedade é aquele direito inviolável e sagrado, nos termos em que a definiu A Declaração Universal dos Direitos do Homem. Por outro lado, a propriedade habita o próprio centro do pensamento iluminista burguês, constituindo mesmo a condição para que se expresse, Adequadamente, a liberdade individual.*

Provavelmente, a contribuição mais positiva do Estado Liberal de Direito para o avanço da humanidade, tenha sido sua dimensão jurídico-política, que se expressa tanto no estabelecimento do princípio de que a soberania é consubstanciada no povo (ou nação), quanto no direito ao voto, na democracia

---

<sup>5</sup> SILVA, Jose Afonso. Op. cit., p. 112.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 44.

representativa, na divisão de poderes, na criação de um Estado não arbitrário, portanto, de um Estado Constitucional.

Merece destacar a dogmática divisão de poderes, que teve em Montesquieu seu porta-voz, e que afirma, em face do poder absoluto e total do soberano, que a única forma de controlar o poder está em outro de mesma dimensão e natureza. Concebe, então, o poder do Estado dividido em três poderes: o legislativo, o executivo e o judiciário, que devem controlar-se entre si.

O absolutismo pregava que os atos do rei ou soberano não estavam limitados pelas leis; em oposição, o liberalismo advogava a concepção da autoridade da lei, que seria elevada à categoria de princípio, declarando que todo o ato de Estado deveria ser um ato jurídico que derivasse sua força de lei aprovada pelo Parlamento, instituição através da qual se manifesta de modo completo a vontade popular. Na conhecida fórmula de Rousseau, a lei é a expressão da vontade geral.

Com tal primado Rousseau dispõe sobre a teoria da vontade geral, onde o poder desloca o exercício da soberania das mãos do monarca para as da nação, ou seja, para as mãos da burguesia, passando esta, a ter uma postura adversa adotando fazendo com que o Estado seja incumbido somente no papel de assegurar a liberdade de competição entre as forças da sociedade, zelando, para que as leis de mercado sejam cumpridas, não devendo intervir no social, senão na violação destas.

Na dimensão social, as políticas sociais promovidas pelo Estado Liberal de Direito se resumem num intento sutil, cujo fim é o de paralisar o progresso de uma visão socializante do Estado, neste sentido, as políticas sociais de Bismarck, implementadas na Alemanha dos anos 1880, são o exemplo mais patente. O Chanceler de Ferro estabeleceu as primeiras leis de seguro social no mundo, ao criar os seguros doença, acidente, por idade e invalidez permanente, os quais podem ser considerados antecedentes do Estado do Bem Estar Social moderno.

É possível caracterizar o constitucionalismo correspondente ao Estado Liberal de Direito, como sendo aquele, no qual as Constituições voltaram-se

a estabelecer limites ao poder do Estado, seja quanto ao respeito à lei, seja na elaboração desta; e quanto a este último, assegurou que sua motivação fosse o bem dos governados, embora ainda na perspectiva do indivíduo.

Aparecem, então, institutos limitando a intervenção estatal na liberdade e na propriedade dos cidadãos, consolidando a generalidade da lei e sua necessária anterioridade; a irretroatividade da lei e as garantias necessárias ao exercício da magistratura com independência em relação às esferas do Executivo e do Legislativo.

Tal constitucionalismo vai refletir, por um lado, a perspectiva social correspondente à eminência da burguesia mercantil, por outro, a expressão da vontade instituinte desta classe, no sentido de desenhar qual o tipo de estruturação do Estado que melhor viria a atender suas aspirações do ponto de vista ético-jurídico.

## 1.2 Estado Social de Direito

As idéias que tangenciam o Estado liberal de direito, como o exercício das liberdades e igualdades formais, além, da propriedade privada, culminou por fundamentar idéias e práticas sociais no período que ficou caracterizado na história como de maior exploração do homem pelo homem. Como comenta Paulo Bonavides<sup>7</sup>:

*O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a quem nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.*

Assim de um lado o homem alcançou o ideal de liberdade em face do Estado, com a implementação de direitos (de 1ª dimensão), por outro, esses reduziram-se ao campo meramente formal, pois, no paradigma constitucional do Estado liberal de direito, a condição humana não melhorou muito, apenas no âmbito do senhor, e em quase nada alterando a condição do escravo.

---

<sup>7</sup> Idem, op. cit., p. 59.

A ordem liberal foi posta em questionamento com o surgimento das idéias socialistas, comunistas e anarquistas, como afirmar Menelick<sup>8</sup>: “animam os movimentos coletivos de massa, cada vez mais significativos neles reforça-se a luta pelos direitos coletivos e sociais”.

Nesse momento da história o liberalismo passa a sofrer transformações, na medida que tende a ser reajustado por outros movimentos que passam a exigir transformações, diante das novas exigências sociais.

O desenvolvimento dos movimentos democráticos e o surgimento do chamado capitalismo monopolista, fazem assomar um clamor por demandas sociais e políticas, que se acentuam com o fim da Primeira Guerra Mundial, momento em que, abrolha-se uma crise na sociedade liberal, possibilitando despontar uma nova fase no constitucionalismo, agora de caráter social, a Constituição da República de Weimar, fruto desta súplica, inaugura o paradigma constitucional do Estado social de direito, não se podendo deixar de acrescentar que a estes se agregam outros acontecimentos de grande reflexo na história, que merecem justa menção, como o surgimento de um pensamento crítico-científico, advindos principalmente a partir das idéias de Karl Marx e Friedrich Engels, em que questiona-se fortemente o sistema capitalista e o Estado Liberal de Direito, bem como a revolução Russa de abril de 1917, a qual resultou na implantação da União das Repúblicas Socialista Soviéticas e de um tipo novo de Estado, o Socialista, que atribui ao poder estatal funções socialmente relevantes e cuja mera existência, em si mesmo, passa a significar uma crítica contundente ao Estado Liberal de tipo capitalista. Além destes, e de muita importância, é também a Revolução Mexicana que começou em 1910 e que culminou em 1917, com uma nova Constituição, a primeira no mundo a consagrar direitos sociais aos trabalhadores assalariados e aos camponeses.

### **1.3 Estado Democrático de Direito**

A transformação do Estado e das relações sociais passam, a partir da implementação da programática dos direitos sociais, as ascender rapidamente,

---

<sup>8</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: n. 3, maio 1999, p. 478.

fazendo com que ao final da Segunda Guerra Mundial, o paradigma do Estado social comece a sofrer crises de legitimidade, o que faz surgir uma nova compreensão do Estado, principalmente nas sociedades europeias, após a Segunda Grande Guerra, como salienta Willis Santiago<sup>9</sup>:

*Historicamente poder-se-ia localizar o seu surgimento nas sociedades europeias recém-saídas da catástrofe da II Guerra, que representou a falência tanto do modelo liberal de Estado de Direito, como também das formulas políticas autoritárias que se apresentavam como alternativa. Se em um primeiro observou-se um prestígio de um modelo social e, mesmo, socialista de Estado, a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em da realização de direitos sociais. O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre o modelo liberal social ou o socialista de Estado.*

O Estado Democrático de Direito trata-se de um Estado de justiça, onde as decisões do Estado fundam-se na decisão popular, norteadas por uma legitimidade legal, em que diante de uma sociedade pluralista se possa chegar, por intermédio do diálogo de idéias e interesses diversos, à formação de uma vontade popular.

Uma característica essencial do Estado Democrático de Direito é sua subordinação à Constituição, apoiada na chamada legalidade democrática, sujeitando o Estado como um todo ao império da lei, como destaca José Afonso da Silva<sup>10</sup>: “Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realiza o princípio da igualdade e da justiça não pela generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais”.

Há de se destacar o compromisso firmado entre o Estado Democrático de Direito na conciliação de interesses perpetuados pelo Estado, quanto aos direitos e garantias que atingem a esfera pública, representada pelo Estado, da esfera privada e a esfera coletiva resguardando os interesses de todos em harmonia.

---

<sup>9</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

<sup>10</sup> SILVA, Jose Afonso. Op. cit., p. 121.

A Constituição Federal de 1988 adota como primado a figura do Estado Democrático de Direito<sup>11</sup>, *in verbis*:

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*I – a soberania;*

*II – a cidadania;*

*III – a dignidade da pessoa humana;*

*IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*

*V – o pluralismo político.*

*Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.*

Caracteriza-se assim, a adoção do Estado Democrático de Direito ao se constatar os seguintes princípios prescritos da Constituição Federal de 1988: princípio da constitucionalidade, princípio democrático (artigo 1º); princípio da justiça social (artigo 170, *caput*, e 193); princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, inciso I); princípio da divisão de poderes, princípio da independência do juiz (artigos 2º e 95); princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II); princípio da segurança jurídica (artigo 5º, incisos XXXVI a LXXIII); e sistema de direitos fundamentais (Títulos II, VII e VIII).

O princípio do devido processo legal é o alicerce que sustenta todos os outros, e está formalmente prescrito na Constituição Federal, no título II, capítulo I, artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tem sua origem no *due process of law*, indicando o respeito ao direito material e a tutela dos direitos por meio do processo administrativo, que caracterizam a garantia da legalidade.

Destacando a importância deste princípio Antônio Cláudio da Costa Machado<sup>12</sup>:

*A norma em questão consagra em sede constitucional, pela primeira vez no Brasil, o maior e mais importante princípio de todo o direito processual, (o devido processo legal ou due process of law) do qual decorrem todos os demais princípios de processos de processo reconhecidos pela Constituição de 1988. Nascido entre os ingleses em 1215 (como garantia de processo penal imposta ao rei pelos*

<sup>11</sup> BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 out. 1988*. Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 17 out. 2006, art. 1º.

<sup>12</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Normas processuais civis interpretadas artigo por artigo, parágrafo por parágrafo da Constituição Federal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 9.

*nobres e desenvolvido pelos americanos onde também significa garantia do direito à vida, à liberdade e à propriedade), o devido processo legal chega até nós como princípio exclusivamente processual (o procedural due process que se contrapõe ao substantive due process americano).*

De tal sorte, que o Estado Democrático de Direito torna-se instrumento inestimável para se alcançar o bem comum, impondo a observância de direitos e garantias individuais, cabendo menção ao trabalho aqui exposto, a adoção do *due process of law*, em nossa Constituição Federal de 1988, que desvencilha a idéia de que o processo é função precípua do judiciário, sendo hoje imanente aos poderes executivo e legislativo. Acolhendo que no campo do direito administrativo-constitucional devem ser observadas as limitações do poder e as garantias dos direitos individuais.

Do devido processo legal, sedimentado em nosso texto constitucional, sucede as garantias do contraditório e da ampla defesa, inseridas agora, no processo administrativo, principalmente o administrativo disciplinar, objeto do trabalho em questão.

#### **1.4 O Processo Administrativo Inserido no Estado Democrático de Direito**

O Estado Democrático de Direito pressupõe, como já mencionado, a existência de uma ordem legitimada e legalizada, cabendo à Administração Pública, uma atuação duplamente vinculada, à legalidade (legitimidade positivada) e à legitimidade (naquilo que não foi ou não pôde ser positivado).

A processualização do atuar administrativo torna necessária a fixação de regras, para que a Administração atue na sociedade em prol dos direitos fundamentais indispensáveis para a concretização da democracia. Tornando possível que Administração e cidadãos, conheçam os limites do poder de um e de outro.

No Estado Democrático de Direito, devem existir instrumentos jurídicos-legais democráticos, no intuito de resguardar a extensão do poder, para

que este não se torne personalizado ou arbitrário. Neste campo, insere-se o processo administrativo, que não deixa de ser “um modo de domesticação do exercício do poder da Administração Pública<sup>13</sup>”.

O processo administrativo, não é suficiente para assegurar a democracia, é necessário, mas não único, devendo agregar-se a ele há a necessidade da participação do cidadão, que ocorre por intermédio do processo.

A existência de um contraditório, no processo administrativo, assegura que aos destinatários do atuar da administração possam influir na decisão final.

No entanto, isto não concretiza que em todo atuar administrativo, deverá haver a participação do interessado, mas deve haver no mínimo a possibilidade, garantindo a extensão democrática do Estado.

Neste sentido necessário se faz citar Romeu Felipe Bacellar<sup>14</sup>: “O ‘democrático’ imprime ao Estado de Direito uma ordem ética. Por meio do processo e do procedimento administrativo pode-se controlar a vinculação da Administração aos valores constitucionais legitimantes”.

De tal sorte que, na democracia moderna o poder da maioria e a dimensiona agir do Estado de Direito, que cria limites ao atuar administrativo, devendo este, reverenciando aos direitos fundamentais. Conciliando, desta forma, o poder da maioria, democracia, ao estabelecimento de regras, com base nos limites assegurados pelos direitos fundamentais.

---

<sup>13</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 133.

<sup>14</sup> Idem, p. 137.

## PROCESSO ADMINISTRATIVO

### 2.1 Conceito

A Lei federal nº 9.784/99 destina-se, prioritariamente ao Poder Executivo, onde se concentra boa parte da chamada função administrativa. Não obstante isso, seus preceitos “também se aplicam aos órgãos dos poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa<sup>15</sup>”.

Além disso, seus preceitos são de ordem genérica, devendo conviver com leis que disciplinam procedimentos específicos, tais como a Lei de Licitações (Lei federal nº 8.666/93), a Lei de Processo Disciplinar (Lei federal nº 8.112/90 – Regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União), Lei de Desapropriação (Decreto-lei nº 3.365/41).

Como uma lei processual genérica, é de aplicação subsidiária, utilizável sempre que não existir processo específico.

Hoje a atividade administrativa relaciona-se obrigatoriamente com a democracia moderna, havendo à necessidade de se criar um procedimentar o direito administrativo, com linha de controle da atividade estatal, uma vez que o regime jurídico do direito administrativo, faz com que este direito seja alicerçado ao junco de dois pilares: o da vinculação aos direitos fundamentais e a procedimentalização.

Nossa Constituição introduziu entre os princípios da Administração Pública, o princípio da moralidade. Traduz-se este, entre outros, na possibilidade de conferir ao poder o menor grau de arbitrariedade possível, através do acréscimo de responsabilidade. Deste modo, partir do momento que se viola a moralidade, viola-se também a boa fé em relação aos particulares, assim como a confiança depositada em um Estado que diz ser democrático.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Publicada no Diário Oficial da União de 01 fev. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm)>. Acesso em: 17 out. 2006, art. 1º, § 1º.

Com a maior organização da máquina da administração pública há também um maior e melhor controle da prestação de serviço da administração, de tal sorte que as atividades desenvolvidas por esta devem estar devidamente registradas para o devido controle da administração da conduta de seus servidores e administrados; a compatibilização do interesse público e privado, a outorga de direitos e a solução de controvérsias entre a administração pública e seus administrados e servidores.

O processo administrativo segundo Diogenis Gasparini<sup>16</sup>, “É toda e qualquer atuação efetiva da pela Administração Pública no interesse e segurança da função administrativa”.

Aproveitando, o mesmo autor acima citado define Processo Administrativo, como:

*Em sentido prático, amplo, é o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.*

Um conceito que se enquadra à visão geral até aqui colocada, é de Nelson Nery Costa<sup>17</sup>, para o qual o Processo Administrativo pode ser: “... definido como um conjunto sistemático de atos dos órgãos públicos que regulam as relações jurídicas da Administração consigo mesma, com outras entidades estatais e com os administrados, pessoas naturais e jurídicas”.

Entende-se com isso que o processo administrativo é o regulador de todo e qualquer procedimento adotado pela Administração, de tal maneira que todos os atos da administração tem de ser devidamente documentados, sejam eles, por exemplo, de contratação ou de punição.

---

<sup>16</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 927.

<sup>17</sup> COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 6.

O processo administrativo é uma Garantia Constitucional aos cidadãos e foi regulamentado tardiamente pela Lei federal nº 9.784/99, isso na administração pública Federal, tendo outras Leis que os regula nas administrações Estaduais (como a Lei nº 10.177/98, do Estado de São Paulo) e Municipais, inclusive com relação ao regime jurídico único dos servidores públicos, embora muitas dessas Leis Estaduais e Municipais tragam basicamente em seu corpo, o que foi regulamentado pela Lei Federal.

Cabe aqui lembrar que a Lei Federal é de caráter genérico, vocacionando-se a conviver com leis que disciplinam procedimentos específicos, tais como a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), a Lei de Processo Disciplinar (Lei nº 8.112/90 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União), Lei de Desapropriação (Decreto-lei nº 3.365/41). Sendo uma lei processual genérica, aplicável sempre que inexistir processo específico, a Lei nº 9.784/99 é de aplicação subsidiária aos referidos procedimentos específicos.

## **2.2 Evolução Histórica**

Embora com a chegada recente da chamada processualidade administrativa, o processo administrativo começa a ser estudado em pormenores, no entanto há muito se fragmenta ao longo da história do direito pátrio a figura do processo administrativo, a época do Império existem referências à chamada jurisdição administrativa. Antônio Joaquim Ribas, citado por Jessé Torres Pereira Júnior<sup>18</sup>, já distinguia em sua obra, a jurisdição administrativa contenciosa e graciosa, excluindo a aplicação do princípio do contraditório ao processo chamado gracioso, onde a Administração se defronta com meros interesses dos administrados, utilizando-se da discricionariedade para decidir a questão.

Do Império, atravessando as repúblicas de 1889, até a Constituição de 1988, o processo administrativo sofreu várias influências, de tal modo, que quanto mais democrático fosse o momento histórico, o processo administrativo deixava de ter um caráter punitivo dos servidores da administração, para ser um

---

<sup>18</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *O Direito à defesa na CF de 88*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 24.

instrumento protetivo dos administrados, reduzindo o arbítrio da autoridade, limitando seu poder.

Apesar de ser centenário, o processo administrativo só veio a ser constitucionalizado em 1934, constando no art. 169 da Constituição<sup>19</sup>:

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

Da década de 30, bem afirma Jessé Torres<sup>20</sup>, a estréia foi dupla, tanto a constitucionalização do processo administrativo quanto do direito à ampla defesa. De lá para cá, a locução processo administrativo esteve sempre presente nas Constituições Federais, chegando aos tempos atuais como sendo um instrumento que funciona como garantia que reduz o arbítrio da autoridade pública.

## **2.3 A Existência de uma Processualidade Administrativa**

Os doutrinadores discutem a respeito da existência ou não do processo fora do âmbito da prestação jurisdicional. O questionamento na conformidade da existência ou não do processo fora do Poder Judiciário, ou seja, no Executivo ou no Legislativo.

O entendimento de um monopólio jurisdicional do processo tem algumas justificativas como a antecedência histórica dos estudos, a visão privatista do processo, até meados do século XIX, em que a jurisdição e o processo destinavam-se apenas à tutela dos direitos subjetivos, e por fim a preocupação com a afirmação científica do direito processual.

Segundo Odete Medauar<sup>21</sup>, no século XX a partir dos anos 20 entre os administrativistas e dos anos 40 entre os processualistas começa a haver um reconhecimento da processualidade nos três poderes estatais, seguindo-se um aumento nas décadas de 50 e 60, culminando em 70 e 80 “numa convergência de

---

<sup>19</sup> BRASIL, Constituição (1988). Op. cit., art. 169.

<sup>20</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 35.

<sup>21</sup> MEDAUAR, Odete. *A processual idade do direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 14-15.

processualistas e administrativistas em torno da afirmação do esquema processual relativo aos poderes estatais, sobretudo<sup>22</sup>.

Entre os processualistas a processualidade ampla como principais percussores Carnelluti, na obra *Sistema Del Diritto Processuale Civile* da década de 30 e nas *Instituzione* de 1956, e Couture em 1949 na obra *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, também afirmou a unidade processual nos três poderes.

Entre os doutrinadores nacionais Ada Pellegrini Grinover, Araújo Cintra e Cândido Dinamarco ensinam<sup>23</sup>: “processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo)”.

O austríaco Merkel em suas pesquisas afirmava que o processo ocorre na presença da lei, da sentença e do ato administrativo.

Dispõe este autor<sup>24</sup>:

*Todas as funções estatais e, em particular todos os atos administrativos são metas que não podem ser alcançadas senão por determinados caminhos. Assim a lei é a meta a que nos leva a via legislativa e os atos judiciais e administrativos são metas a que nos conduzem o procedimento judicial e o administrativo.*

Outro defensor da existência do processo fora do âmbito do Poder Judiciário é o Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>25</sup>, que enaltece:

*O reconhecimento de que haverá sempre um iter - inclusivo de começo, meio e fim - necessário, de direito, para o despertar e o concluir das manifestações estatais levou autores da maior qualificação intelectual a reconhecerem que processo e procedimento não são patrimônio exclusivo, monopólio (...) da função jurisdicional. Existem também nas funções legislativa e administrativa, permitindo até que se fale, hoje, em um Direito Processual Administrativo.*

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>26</sup>, é possível se falar em um processo de sentido amplo, abrangendo os instrumentos dos instrumentos de que se utilizam os três poderes do Estado-Judiciário, Legislativo e Executivo para a consecução de

<sup>22</sup> Idem, p. 15.

<sup>23</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 278.

<sup>24</sup> MERKEL, Adolf. *Teoria General Del Derecho Administrativo*. Trad. mexicana, 1975, p. 278. *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 427.

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de ...*, p. 444.

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 504.

seus fins. “Cada qual, desempenhando funções diversas, se utiliza de processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição”.

Muito embora exista uma idéia de que há uma processualidade fora da atuação jurisdicional, há entendimentos divergentes a este respeito, deixando de lado a possibilidade de uma processualidade, com o propósito simples de se evitar uma terminológica da atuação dos poderes Legislativo e Executivo com a do Judiciário, ou “então traduz a inexistência de conscientização para um novo modo de atuação administrativa”<sup>27</sup>.

Para aqueles que defendem tal proposta, justificativa se dá simplesmente pela precedência histórica dos estudos relacionados ao processo no âmbito da jurisdição, e por se ter a idéia que a atividade da administração pública não age totalmente livre.

No entanto justificar-se-á a idéia da processualidade administrativa, pois, os modos de atuação da Administração devem ser conhecidos do cidadão. Posto isto, fica evidente que a fixação de parâmetros para os momentos que antecedem o ato, principalmente o discricionário, seria uma das garantias antes não verificadas.

Ada Pellegrini Grinover<sup>28</sup> chega a afirmar que:

*O Estado de direito só conseguirá firmar-se por meio dos instrumentos processual-constitucionais de tutela de direitos fundamentais do homem. E que, na expressão de Couture, trata-se de fazer com que o direito não fique à mercê do processo, nem que venha a sucumbir por ausência ou insuficiência do mesmo. Entende-se que não há liberdades públicas, senão quando se disponha de meios jurídicos que impeçam seu desrespeito; e esses meios se exercem primacialmente através da função jurisdicional.*

Na realização das funções estatais os atos têm necessariamente que percorrer um caminho, antes de se atingir o fim objetivado, de tal sorte que existe um intervalo entre a subsunção da lei e a ocorrência no mundo real do ato administrativo final, e é nesse esse caminho, com objetivo de se resguardar os direitos dos administrados ou dos servidores, no caso do processo administrativo disciplinar, que se fundamenta a existência de uma processualidade, devendo

---

<sup>27</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 13.

<sup>28</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 6.

eventuais divergências doutrinárias serem deixadas de lado para que o Estado (Estado Democrático de Direito) possa atingir o tão almejado bem estar social.

E para terminar as dicotomias doutrinárias, cabe aqui mencionar o posicionamento de Marília Lourido dos Santos<sup>29</sup>: “[...] o processo é um mecanismo de garantia, por isso sua noção é essencialmente teleológica, vinculada ao fim de todas as funções estatais, que é o interesse público”.

Noção essa, presente também na doutrina estrangeira, pois, segundo observa Roberto Dromi<sup>30</sup>: *“proceso importa una unidad teleológica, hacia a un fin y el procedimiento una unidad formal, como um medio”*.

## 2.4 Processo ou Procedimento

Atendendo ao entendimento da existência de uma Processualidade Administrativa, e esclarecendo, ou se posicionando diante das controvérsias que tal gera, surge uma outra questão, quanto à expressão correta, ou seja, da existência de uma dicotomia entre as denominações de processo administrativo ou um procedimento administrativo. De tal sorte, que o estudo do presente trabalho não pode se esquivar de precisar sobre estes esclarecimentos.

Os vocábulos processo e procedimento possuem diferentes conceitos e significados, há muito tempo vêm sendo objeto de discussões no meio doutrinário. No entanto, tais discussões restringem-se tão somente ao campo doutrinário, sem, contudo apresentar qualquer aplicação ou alteração no plano prático.

Segundo Moacyr Amaral dos Santos<sup>31</sup>:

*Processo é o complexo de atividades que se desenvolvem tendo por finalidade a provisão jurisdicional; é uma unidade, um todo, e é uma direção no movimento. É uma direção no movimento para a provisão jurisdicional. [...] Procedimento é, pois, o modo e a forma por que se movem os atos no processo.*

---

<sup>29</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. Noções gerais a cerca do Processo Administrativo e da Lei nº 9.784/99. *Revista de Informa Legislativa*, Brasília: n. 149, a. 38, jan./mar. 2001, p. 244.

<sup>30</sup> DROMI, Roberto. *El procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 32.

<sup>31</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2000, p. 68.

Posições divergentes existem como a de Gustavo Bacacorzo<sup>32</sup>, o qual dispõe afirmando, que procedimento é uma seqüência de atos que se resolve mediante ato administrativo. Destarte todos os poderes estatais, no exercício de sua função administrativa, exercem-na por meio de procedimento. Reservando, o mesmo autor, a idéia de processo ao exercício da função jurisdicional.

Denota-se que a divergência sobre a questão reside na idéia de se resguardar a atividade processual somente ao Poder Judiciário, restringido a aplicabilidade do processo a outras questões que não a busca da coisa julgada. O que diverge à forma tratada até aqui da necessária processualização da atividade estatal, como mecanismo de evitar abusos por parte do Estado garantindo o pleno exercício dos direitos fundamentais, resguardados pelo Estado Democrático de Direito.

Assim levando-se em conta que o processo administrativo busca a formação da vontade estatal, sem levantar novas controvérsias partiremos conceitualização de processo e procedimento, entre as quais a posição promovida por José Cretella Junior<sup>33</sup>, em que o autor salienta:

*Processo designa entidade que, em natureza, ontologicamente, nada difere da que for procedimento, podendo-se, quando muito, quantitativamente, empregar aquele para mostrar o conjunto de todos os atos, e este para designar cada um desses atos: processo é o todo, procedimento as diferentes operações que integram esse todo.*

Autores processualistas pátrios dão o mesmo entendimento às controvérsias sobre a celeuma da distinção entre processo e procedimento, como docente, Antonio Cláudio da Costa Machado em sua doutrina traz que<sup>34</sup> .:

*Processo é relação jurídica e procedimento é relação jurídica sob ponto de vista da sua natureza (substância), e procedimento sob o enfoque da sua manifestação exterior (forma). Na sua essência, processo é o relacionamento que se trava entre autor, réu e juiz sob contraditório e que o CPC disciplina; na sua forma, é o conjunto*

---

<sup>32</sup> BACACORZO, Gustavo. *Ley de Procedimientos Administrativos: Normas Generales*. San Isidoro: Universidade Feminina del Sagrado Corazón, 1994, p. 15-18. Apud BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 41.

<sup>33</sup> CRETILLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 565.

<sup>34</sup> MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 348.

*coordenado de atos, lógica e cronologicamente, instituído com o fim de gerar um ato de autoridade final (rito). Disciplinar o processo é sinônimo de regulamento da relação processual e do procedimento simultaneamente.*

Mas mesmo no campo dos doutrinadores administrativistas existem controvérsias quanto ao emprego do processo administrativo, como na lição de Hely Lopes Meirelles<sup>35</sup>: “processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo”.

No entanto parece mais adequado orientarmos no sentido de que o processo está também cingido na formação da vontade administrativa, que culmina no ato administrativo final, segundo este critério é imperioso trazer à baila a interpretação dada ao processo por Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>36</sup>:

*[...] a classificação dos atos administrativos segundo o critério da formação da vontade da administração, que o procedimento administrativo é uma sucessão de manifestações de vontade, cada uma delas identificada singularmente como um ato administrativo, que se dispõem, coordenadamente, para atingir um objetivo final, o que configura, em cada caso, um distinto processo administrativo.*

Cabe aqui abordar uma posição elucidadora de Odete Medauar<sup>37</sup>, ao abordar a figura do Processo Administrativo em nossa Constituição:

*No ordenamento pátrio, a CF-88 de 1988 adotou a expressão processo administrativo ou utilizou o termo processo, o que significa não só escolha terminológica, mas sobre tudo reconhecimento do processo nas atividades da Administração Pública, como demonstram, de forma clara, quatro dispositivos, principalmente o inc. LV do art. 5º: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados, em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; o inc. LXXII do art. 5º: conceder-se-á hábeas data [...] b) para retificação de dados quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso judicial ou administrativo; inc. XXI do art. 37: ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...]; o § 1º do art. 41: O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa.*

<sup>35</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 651.

<sup>36</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 159.

<sup>37</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade ...*, p. 42.

Assim, o processo judicial, diferente do processo administrativo, estabelece uma relação jurídica trilateral (autor, réu e juiz), mediante a provocação de uma parte (autor) contra a outra (réu) através da intervenção de uma terceira pessoa (juiz) o qual, agindo com imparcialidade, aplicará a lei ao caso concreto, tendo como objetivo a resolução do conflito de interesses levado a juízo. Já o processo administrativo está representado por uma relação bilateral – administrado ou servidor e administração – instaurado mediante provocação do interessado ou por iniciativa da própria administração, a qual, atuando como parte e não como terceiro, deverá decidir de acordo com o seu próprio interesse nos limites impostos pela lei.

Por fim, necessário se faz determinar uma distinção entre processo e procedimento, na qual se pode dizer que o primeiro existe para o exercício da função estatal, de tal modo que tudo que a administração pública faz, sejam atos jurídicos ou operações materiais, estes ficam registrados nos processos administrativos, sendo assim, a cada contrato celebrado, a cada laudo, parecer, audiências e outros atos, todos são precedidos, até o ato final de um processo administrativo. No que concerne ao procedimento estes são as formalidades, necessários para a prática do ato, corresponde ao rito que se desenvolvendo dentro do processo administrativo.

## **2.5 A Lei Geral do Processo Administrativo**

Nem todos os atos administrativos são editados de imediato, em muitos momentos faz-se necessária a edição de uma série de fases, a serem antes realizadas para a edição de um ato final, assim há de entender que para a administração pública realizar estes ocorre o chamado processo administrativo.

Até recentemente, no Brasil não existiam normas gerais de processo administrativo, de tal sorte, que não raro era, servidores públicos desconhecem por completo a forma de proceder às solicitações e recursos interpostos por particulares, adotado simplesmente a omissão ou edição de ato sem fundamentação mínima, numa nítida demonstração de total incapacidade de proceder. Em todas essas hipóteses, a Administração sofria um prejuízo direto, pois o particular recorria

ao Judiciário, arcando a Administração com os ônus próprios das demandas judiciais, perdendo a credibilidade ante o aparelho da Justiça.

Eram comuns a utilização de artifícios a fim de tentar impor uma nuvem de fumaça a esta terrível incapacidade, para tal eram utilizados de institutos, como o da "convalidação" (correção de nulidades com efeito retroativo), a "conferência de serviço" (audiência de vários órgãos e entidades em reunião conjunta, num mesmo ato, com pronta solução de demandas), a "consulta e a audiência públicas" e a "padronização de respostas" para agilização da atividade administrativa.

A Administração caminhava ao encanto dos seus servidores sem prazos, tendo sua manifestação sorte da conveniência, sem qualquer intenção de sedar respeito ao interesses público, ao cidadão e à coisa pública, pois, estávamos diante da ausência de marcos legais objetivos, que permitissem caracterizar esse comportamento como abusivo e desidioso. Os procedimentos existentes eram geralmente estabelecidos para finalidades específicas, conhecidos de poucos e auto-referidos, atendendo, sobretudo às necessidades de documentação da burocracia.

No entanto, este panorama começa a ser modificado com a edição da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no âmbito da União Federal, e da Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, no Estado de São Paulo. Antes desses dois diplomas, com caráter pioneiro, merece registro a Lei Complementar nº 33, de 26 de dezembro de 1996, do Estado de Sergipe.

Cabendo uma menção aqui ao manifestado por Carlos Ari Sundfeld<sup>38</sup>: "O direito brasileiro sofreu em 1999, um impacto cujos efeitos devem se fazer sentir nos próximos anos, podendo-se antever sua significativa transformação. A razão é o surgimento de duas leis gerais sobre processo (procedimento) administrativo".

---

<sup>38</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 15.

Assim a Lei nº 9.784/99, consagra normas básicas para o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, com vistas à proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração. Sua vigência foi imediata, seguindo-se à publicação em 1º de fevereiro de 1999.

A grande importância da lei federal (como também na lei paulista), esta na sua particular influência nos diversos procedimentos administrativos hoje regulados em legislações especiais de aplicação mais ou menos restrita, a exemplo do regime jurídico dos servidores públicos, em suas disposições relativas ao procedimento administrativo disciplinar; do processo administrativo fiscal, sistematizando o procedimento de consulta fiscal e defesa do contribuinte; dos dispositivos sobre recursos administrativos previstos pela Lei de licitações; do Código Nacional de Trânsito, quando trata das sanções e penalidades administrativas a que estão sujeitos os condutores de veículos automotores, além de outros diplomas reguladores de procedimentos administrativos para postulação, obtenção, garantia e defesa de direitos e interesses de particulares, junto aos órgãos da administração, como Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Imobiliários, Instituto Nacional da Propriedade Industrial, PROCONs, órgãos da administração ambiental, e do patrimônio histórico, artístico e cultural, e outros.

Há de se limitar o estudo em questão, posto a lei tratar do alcance dessas normas processuais administrativas gerais, recém-introduzidas no regramento brasileiro, levadas ao lume no artigo 69 da Lei nº 9.784/99, o que em nada lhe reduz a importância e a novidade, pois ao dizer que "processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei", significa recordar o preceito geral de interpretação das normas de direito, contido no artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro<sup>39</sup>: "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

---

<sup>39</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de introdução ao código civil brasileiro*. Publicado no Diário Oficial da União de 9 set. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 17 out. 2006, art. 2º, § 2º.

A verdade é que há casos em que o regulamento administrativo específico é omissa hipótese em que a Lei Geral de Processo administrativo, preencherá a lacuna.

Uma lei geral de processo administrativo gera garantias à própria Administração Pública. Traz aos servidores instrumentos hábeis para resolver o processo administrativo em consonância com o Estado Democrático de Direito, evitando-se que se edite atos administrativos eivados de ilegalidades.

Portanto, desafoga o Poder Judiciário com demandas que poderiam facilmente ter sido resolvidas no processo administrativo instaurado, além de evitar o pagamento de eventuais ônus processuais arcados pelos cofres públicos em razão da ausência de uma lei com normas fundamentais aplicáveis aos processos administrativos em geral, orientadora dos servidores públicos em como realizar determinados procedimentos nos casos concretos.

Vai mais além, concedendo ao processo administrativo preceitos constitucionais processuais fundados nas bases do Estado Democrático de Direito.

## **2.6 Princípios Informadores da Lei Federal nº 9.784/99**

No Estado Democrático de Direito, qualquer segmento do direito deve ser compreendido sob o prisma dos princípios constitucionais.

Os princípios constituem-se em fontes basilares para qualquer ramo do direito, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicação. Em relação ao Direito Administrativo e mais especificamente ao Processo Administrativo, também os princípios os norteiam.

De início, a fim de desenvolver um estudo mais completo, sobre os princípios que dizem o Processo Administrativo, faz-se necessário averiguar em um primeiro momento o que são princípios e qual sua importância e significado dentro do ordenamento jurídico de modo geral.

Para Miguel Reale<sup>40</sup>: “os princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.

Em sua lição, De Plácido e Silva<sup>41</sup>, estudioso dos vocábulos jurídicos, ensina que: “os princípios são o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em uma operação jurídica.”

A título de ilustração, expõe-se o comentário tecido por Celso Antônio Bandeira de Mello acerca dos princípios em geral<sup>42</sup>:

*Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.*

Humberto Ávila<sup>43</sup> ao citar, Karl Larenz define os princípios:

*como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.*

A importância dos princípios para a aplicação do direito está expressa no próprio ordenamento jurídico. O artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, dispõe que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

Para Monte Negro Filho<sup>44</sup>, os princípios têm função preponderantemente hermenêutica. Ao aplicar uma determinada norma, o operador

---

<sup>40</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 300.

<sup>41</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 447.

<sup>42</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 230.

<sup>43</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 189.

<sup>44</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 50.

do direito deverá observar se ela está em consonância com os princípios constitucionais.

Para Dinamarco<sup>45</sup>, alguns princípios são impostos expressamente pela Constituição, e devem prevalecer em relação a processos de toda espécie (civil, trabalhista; jurisdicional, legislativo ou administrativo), a saber:

*[...] o devido processo legal, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o da igualdade, da liberdade, do contraditório e ampla defesa, juiz natural, publicidade e, ainda, o princípio do duplo grau de jurisdição (ao estruturar basicamente o Poder Judiciário e indicar a competência recursal dos tribunais).*

Ao falar-se da importância dos princípios, não há como deixar de lado a afirmação de Ada Pellegrini Grinover<sup>46</sup>, que trata: “Estudar o processo à luz dos princípios constitucionais significa que o processo não é apenas um instrumento técnico, mas sobretudo ético. Significa também que sofre influência de fatores históricos, sociológicos e políticos”.

Por fim, conclui-se que toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica na existência de princípios.

A doutrina existente enumera com base no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal os princípios gerais aplicáveis à administração pública que são: legalidade, informalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A Lei nº 9.784/99, mantendo estes no rol dos princípios gerais do processo administrativo adicionou em seu artigo 2º<sup>47</sup> outros princípios, a saber: finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Diante disso, como se viu através das peculiaridades dos princípios inerentes a cada ramo do direito e da importância de sua influência, é que se torna extremamente necessário o estudo de tais princípios. Passando a seguir à apreciação individual dos princípios enunciados no art. 2º, da Lei nº 9.784/99.

---

<sup>45</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2004, p. 197.

<sup>46</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios ...*, p. 05-06.

<sup>47</sup> BRASIL. Lei n. 9.784/99. Op. cit., 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.

### 2.6.1 Princípio da Legalidade

Este princípio nasce juntamente com o Estado Democrático de Direito, no sentido de ser um dos defensores dos direitos fundamentais, pois, a lei ao mesmo tempo que define a atuação estatal lhe impõe limites.

Como se denota nas lições de Caio Tácito<sup>48</sup>:

*O princípio da legalidade, estabelece-se como fundamento de direitos individuais e, por natural desdobramento, de direitos políticos da representação popular na constituição dos poderes, reprime o absolutismo do Poder estatal e condiciona a atividade da Administração Pública.*

Para a Administração o princípio da legalidade significa que ela está adstrita aos imperativos da lei, não podendo ignorá-los sob pena de invalidar o ato e ensejar eventuais responsabilidades, conforme o caso, disciplinar, civil e até penal para o autor.

Salienta Diógenes Gasparini<sup>49</sup>: “qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda o âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe a anulação”.

Assim, o princípio da legalidade dispõe ao administrador ao contrário do ocorrido com a pessoa de direito privado, que pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe ou permite, este somente poderá fazer aquilo que a lei autoriza, e ainda no momento indicado pela norma e na conformidade desta. Cabendo ao Estado o dever de garantir o equilíbrio da ordem coletiva contra o individualismo do administrador.

O Conselho de Estado da França, em sua jurisprudência, construiu a noção do *détournement de pouvoir*, como um vício essencial da legalidade do ato administrativo, aquele que não põe limite à ação discricionária, impedindo diante da

---

<sup>48</sup> TÁCITO, Caio. O Princípio de Legalidade: ponto e contraponto. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: FGV, n. 206, out./dez. 1996, p. 2.

<sup>49</sup> GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 8.

ação unilateral e compulsória da autoridade que possa dedicar-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal.

Esclarece-se desta forma o sentido da administração legal, conforme disciplina Fritz Fleiner<sup>50</sup>, do direito alemão: “A administração legal significa, administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições”.

No âmbito doutrinário nacional, o Hely Lopes Meirelles<sup>51</sup> ensina que:

*A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.*

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>52</sup>, o princípio da legalidade é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo, afirmando:

*O princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que ocupa a cúspide até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro.*

O princípio da legalidade é, enfim, um dos sucessivos desdobramentos, do autêntico lema da Revolução Francesa, que se traduz na tríplice afirmação dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade materializadas, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>53</sup>, no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada

---

<sup>50</sup> FLEINER, Fritz. *Principes généraux du droit administratif allemand*. 1933, p. 87. *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de ...*, p. 13.

<sup>51</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 82.

<sup>52</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de ...*, p. 57.

<sup>53</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 68.

homem não tem outros limites que os assegurem aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites somente podem ser estabelecidos em lei”.

Como epílogo da análise do princípio da legalidade, vale fazer justa menção a Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>54</sup>, que ao tratar sobre este explana: “[...] este princípio enuncia, uma vez que ao declarar o Direito, o Estado se autolimita, assegurando à sociedade, que o criou e o mantém para organizá-la e dirigi-la, a preciosa dádiva da certeza jurídica”.

### 2.6.2 Princípio da Finalidade

O princípio da finalidade, também conhecido na doutrina como supremacia do interesse público, encontra-se presente tanto no momento da formação da lei, como também da sua efetiva aplicação, é assim uma inerência do princípio da legalidade, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é. A finalidade legal é um elemento da própria lei, é justamente o fator que proporciona compreendê-la. De tal sorte que não se pode conceber o princípio da legalidade sem encarecer a finalidade que de tal princípio em si mesmo, quer das distintas leis em que se expressa.

O princípio da finalidade, pode ser conceituado, no entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>55</sup>: “como a orientação obrigatória, de toda a atividade administrativa pública, o interesse público que se disponha, especificamente explícito ou implícito na lei, para ser por ela atendido”.

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>56</sup>, este aponta:

*O princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Cumpra-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e em consequência nulidade do ato, por violação da finalidade legal, tanto nos casos em que a*

---

<sup>54</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 82.

<sup>55</sup> Idem. Op. cit., p. 94.

<sup>56</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de ...*, p. 63.

*atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública, quanto naqueles em que o fim perseguido, se bem de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato.*

Assim, o ato que desprovido da busca do interesse público, que no entendimento de Odete Medauar<sup>57</sup>, possui significado de difícil conceitualização, mas com a possibilidade, simples, de associá-lo a idéia de que deveria ser este o bem de toda a população, a uma percepção geral das exigências da sociedade, desta forma, atendendo ao interesse público primário, mas não deixando de lado o interesse público secundário, ou seja, do próprio Estado, enquanto pessoa moral e dotado de direitos e deveres, que são legítimos mecanismos de se atingir os interesses primários, cuja inobservância pela administração e pelo administrador descaracterizará o princípio da finalidade, e por via de consequência o tornará desprovido de legitimidade.

O afastamento da administração pública da finalidade do interesse público denomina-se desvio de finalidade, que no entender de Diógenes Gasparini<sup>58</sup> pode estar cingido a duas espécies: genérico ou específico.

*Diz-se genérico quando o ato simplesmente deixa de atender ao interesse público, como ocorre nos atos preordenados a satisfazer interesses privados, a exemplo a desapropriação de bens para doá-los a um particular ou como medida de mera vingança. Diz-se específico quando o ato desatende a finalidade indicada na lei, como se dá quando é usado um instrumental jurídico (Carteira de Identidade), criado para um fim (segurança pública) para alcançar outro (aumento de arrecadação).*

Seguindo este entendimento, a título de exemplo, um ato administrativo que aplique a remoção de um servidor público com a finalidade de puni-lo, estará eivado do desvio de finalidade específico, posto não ser a remoção uma medida de previsão punitiva. Estes atos, como outros que se enquadrem na figura do desvio de finalidade, por serem permeados de vício serão nulos, independentes de outras sanções cabíveis. Posto que o ato praticado pela administração, por quem a represente, que persiga ou favoreça a interesses particulares, ou que propugne fim diverso ao interesse público são nulos por desvio

---

<sup>57</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo ...*, p. 153.

<sup>58</sup> GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 14.

de finalidade, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, letra e, da Lei federal nº 4.717/65, a chamada Lei da Ação Popular.

### 2.6.3 Princípio da Motivação

Este princípio objetiva apresentar os motivos que levaram a autoridade administrativa a tomar alguma decisão. Nas palavras de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dalari<sup>59</sup>: “*Motivar* significa explicitar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados”.

A obrigatoriedade de motivar suas decisões sempre esteve no direito processual cingida ao exercício da atividade típica do Poder Judiciário, no entanto a Constituição Federal de 1988 atribui ao mesmo Poder no exercício de suas funções atípicas de administrar a obrigatoriedade de motivar, conforme dispõe o artigo 93 X, desta forma se a obrigatoriedade de motivar abrange ao mencionado Poder de modo atípico, é de se denotar que todos os demais poderes também o devem, por permitir o controle da legalidade e da finalidade dos atos praticados.

Quanto ao fundamento constitucional deste princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>60</sup> explica:

*O fundamento constitucional da obrigação de motivar está - como se esclarece de seguida - implícito tanto no art. 1º, inciso II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito.*

No campo do processo administrativo, é de se evidenciar que também esta regido por este princípio, como forma de justificar seus atos, demonstrando os fundamentos legais e de fato, aferindo a real conduta administrativa com a lei.

---

<sup>59</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 58.

<sup>60</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de ...*, p. 69.

Odete Medauar<sup>61</sup> faz uma ressalva sobre a necessidade da motivação ao exaltar a chamada teoria dos motivos determinantes:

*Segundo essa teoria, os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato, associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a inexistências dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo afetam a validade do ato, ainda que não haja a obrigatoriedade de motivar.*

No que tange a obrigatoriedade de motivar, no entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>62</sup>, esta já está consagrado na doutrina e na jurisprudência, não existindo mais espaço para doutrinas que discutem sobre a sua obrigatoriedade ou não, por ser a motivação necessária, como já mencionado, para o controle do ato, inclusive sob o aspecto da segurança jurídica.

Todos atos administrativos praticado sem motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Judiciário, com a apresentação da fundamentação apenas após de impugnada a decisão e o processo administrativo em juízo.

A Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV, determina: a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Sendo o princípio da motivação reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento de suas indagações legais, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só será justa aquela que estiver ajustada à demonstrada na lei.

A Lei federal nº 9.784/99 consagra tal princípio no art. 2º, inciso VII, bem como, no Capítulo XII, específico sobre a motivação, onde preceitua que a decisão do administrador deverá ter a indicação dos pressupostos de fato e de direito que a determinarem, como também os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, em qualquer uma das hipóteses do seu artigo 50, incisos I a VII.

---

<sup>61</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo ...*, p. 152.

<sup>62</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 82.

#### 2.6.4 Princípio da Razoabilidade

O controle de legalidade evoluiu para verificar a existência real dos motivos determinantes da decisão administrativa, a importar no acesso à motivação expressa ou implícita do ato administrativo.

Caio Tácito<sup>63</sup>, descreve: “O conceito de legalidade pressupõe, como limite à discricionariedade, que os motivos determinantes sejam razoáveis e o objeto do ato proporcional à finalidade declarada ou implícita na regra de competência”.

O entendimento deste princípio ocorre do desdobramento da lógica ao exercício do direito.

No dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>64</sup>:

*À luz do princípio da razoabilidade, de caráter substantivo, o Direito, em sua aplicação administrativa ou jurisdicional contenciosa, não exaure em ato puramente, técnico, neutro e mecânico; não se esgota no racional nem prescinde de valorizações e de estimativas: a aplicação da vontade da lei se faz por atos humanos, interessados e aptos a impor concreta ente os valores nela estabelecidos em abstrato.*

A aplicação de tal princípio dependera da adequação pela administração entre meios e fins, da necessidade de meios para atingir aos fins e da proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a alcançar.

Lúcia Vale Figueiredo<sup>65</sup>, dispõem: “Traduz o princípio da razoabilidade a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da administração”.

Nestes princípios, o processo administrativo deverá obedecer aos critérios aceitáveis do ponto de vista racional, consoante a decisão normal de pessoas equilibradas. As condutas diversas sujeitar-se-ão, à ilegitimidade e portanto,

---

<sup>63</sup> TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 5.

<sup>64</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 100.

<sup>65</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 46.

invalidáveis jurisdicionalmente, ou pela própria administração perante seu poder de auto-tutela.

A lei confere ao administrador, certa margem de discricionariedade, significando ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, tanto decisões como despachos, a providência a ser tomada deverá ser a mais adequada ao interesse social e à racionalidade.

### 2.6.5 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade enuncia a idéia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais, ou seja, realmente demandam para o seu cumprimento a busca da finalidade do interesse público ao que estão atreladas. Atos desproporcionais são ilegais e por isso fulmináveis pelo Poder Judiciário.

A doutrina é divergente quanto ao emprego do princípio da proporcionalidade ser considerado em apartado, mas sim com uma complementaridade do princípio da razoabilidade, como Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>66</sup>, ao fazer a seguinte comparação: “O princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração Pública ao cânone da legalidade”.

A doutrina alemã de Direito Público citada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>67</sup>, considera o princípio da proporcionalidade como um princípio autônomo, não como contido no princípio da razoabilidade, mas prescreve um justo caminho entre, o justo equilíbrio entre os sacrifícios e os benefícios resultantes da ação do Estado. Esclarece ainda o mencionado autor:

*A atividade estatal quase sempre demandará prestações ou restrições por parte de algum segmento de administrados em benefício geral ou no de outro segmento, conforme o determine a lei, que as institui em tese, e a ação administrativa, que as impõem em*

---

<sup>66</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de ...*, p. 66.

<sup>67</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 101.

*concreto mas quaisquer prejuízos de fato, que vierem a ser impostos deverão estar sempre limitados pela justa (ou razoável ) compensação entre a redução exigida e a vantagem decorrente.*

O princípio da proporcionalidade esta contido na Lei federal nº 9.784/99, no artigo 2º, parágrafo único, quando impõem a Administração Pública a adequação entre meios e fins, vedando a imposição de obrigações, restrições, e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Exemplificando no campo do processo administrativo disciplinar, por este princípio a aplicação de uma pena de suspensão a determinado servidor, quando a advertência seria suficiente, da onde pode-se auferir que a pena imposta é desproporcional a falta, razão pela qual o ato torna-se inválido, e passível de anulação.

#### **2.6.6 Princípio da Moralidade**

Segundo Odete Medauar<sup>68</sup>, precisar o princípio da moralidade administrativa é de difícil expressão verbal, ligando a doutrina os termos e noções que lhe propiciem seu entendimento.

A ética está presente independentemente da situação que se envolva, juridicamente, administrativamente ou profissionalmente. Estão contidos em sua esfera os princípios da lealdade e boa-fé.

Maria Sylvia Zanalla Di Pietro<sup>69</sup>, ao citar Maurice Hauriou, como um dos primeiros a estudar sobre a questão na 10ª edição do *Précis de Droit Administratif*, este define a moralidade administrativa como: “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração”.

---

<sup>68</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo ...*, p.139.

<sup>69</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 77.

Concluindo ainda a autora<sup>70</sup>:

*[...] implica em saber não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo poder Legislativo, e amoral administrativa, que é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder público, mesmo o discricionário.*

O administrativista Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>71</sup>, no Seminário Nacional de Direito Administrativo, no ano de 1992, esclarece de forma precisa o preceito:

*O princípio moral, na distribuição da justiça, é aquele que é de todos e tem universalidade indubitosa. Determinante de regras de conduta, traça linhas de comportamento, tanto para o indivíduo como para o Estado. Se, incaptável muitas vezes ele resiste psicologicamente vindo a ser elemento real nas relações jurídicas.*

O administrador não deve, pois somente estar norteado pela cumprimento da legalidade, mas deverá respeitar princípios éticos de razoabilidade e de justiça, uma vez que a moralidade administrativa foi evidenciada a nossa Constituição Federal de 1988, fazendo parte dos pressupostos de validação da atividade administrativa, como princípio é gide no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal como ressalta Hely Lopes Meireles<sup>72</sup>: “[...] não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – a moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

O princípio da moralidade está também acobertado constitucionalmente, no art. 5º, LXXIII, prevendo a possibilidade de ação popular para anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe e à moralidade administrativa.

---

<sup>70</sup> Idem. Op. cit., p. 78.

<sup>71</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Do Princípio da Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: FGV, n. 190, out./dez. 1992, p. 251.

<sup>72</sup> MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit., p. 87.

De início pode-se não se considerar possível um ato produzido na conformidade da lei ser desfeito por imoralidade, mas é plenamente possível, posto ser a moralidade administrativa não somente apreciada a luz da regra que se norteia o ato, mas também por subjugar este aos demais princípios que compõe a atividade administrativa.

A moral jurídica vai além dos costumes personalizados ou de hábitos da sociedade. Está sobreposta a preconceitos privados. Estabelece regras comuns, iguais, um respeito à ordem natural das coisas humanas.

A lei do Processo Administrativo, Lei federal nº 9.784/99, elenca o princípio da moralidade no *caput* de seu artigo 2º, mas no seu parágrafo único, inciso IV exige a "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé", de tal modo não se pode em questão de processo administrativo, ou em outras que envolvam a Administração, verificar o seu comportamento, seja por intermédio de seus representantes, embora e consonância com a lei, ofensores a moral, os bons costumes as regras de um boa administração, sob o junco de justiça e equidade.

### **2.6.7 Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório**

Os Princípios do Contraditório da Ampla Defesa no Processo Administrativo, será objeto de pormenores em capítulo específico deste trabalho, valendo aqui somente se fazer uma pequena menção a fim de não suprimir a análise dos princípios que alicerçam o Processo Administrativo.

Para a existência do verdadeiro direito, faz-se necessário a presença do contraditório, em quaisquer situações que envolvam litígios a serem decididos. O contraditório significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista, diante de fatos, documentos ou pontos de vista. Literalmente seria a possibilidade de contradizer a posição contrária.

Nos processos administrativos, o contraditório se expressa na possibilidade de fazer emergir os diferentes interesses em jogo e de confronta-los

adequadamente em presença de seus titulares, é claro, anteriormente à decisão final.

A relação do princípio do contraditório com o princípio da ampla defesa, sobretudo em termos de precedência de um em relação ao outro é ressaltada por Ada Pellegrini Grinover<sup>73</sup>:

*Num determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria ampla defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos: a informação e a possibilidade de reação. Não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto válido para o exercício da defesa. De outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste. Porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos, a informação, e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento, a reação. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.*

Com o contraditório e a ampla defesa amplia-se a transparência administrativa, surgindo o princípio de justiça, havendo equilíbrio entre as partes, sem conotações pessoais, tornando as defesas paritárias, com decisões objetivas e concisas, conforme foi estabelecido pela vontade do legislador na elaboração da lei.

### 2.6.8 Princípio da Segurança Jurídica

A importância do princípio da segurança jurídica remonta aos primórdios da elaboração da idéia do Estado Democrático de Direito e, neste pensar, assinala J. J. Gomes Canotilho<sup>74</sup>.

Para Luís Roberto Barroso<sup>75</sup>:

*[...] a segurança encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas: açambarca em seu conteúdo conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas.*

---

<sup>73</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 4-6.

<sup>74</sup> CANOTILHO, J. J. GOMES. *Op. cit.*, p. 384.

<sup>75</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49.

Parte da doutrina pátria deixou de por vezes considerar tal princípio com integrante do Direito Administrativo, no entanto a lei do Processo Administrativo, no seu artigo 2º *caput* insere este como princípio norteador do processo administrativo.

O legislador insere tal princípio no contexto do processo administrativo, por até a lei, ser comum haver mudanças interpretação de normas legais, e conseqüentemente serem atingidas situações reconhecidas e consolidadas na vigência de orientações anteriores. As mudanças de aplicação das normas são inevitáveis posta a dinâmica social, no entanto não saber sobre de que forma a situação até então consolidada possa ser afetada pela Administração gera uma insegurança jurídica.

Aliás, o acima mencionado diploma legal é, no dizer do ínclito Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros<sup>76</sup>: "...certamente um dos mais importantes instrumentos de controle do relacionamento entre Administração e Cidadania. Seus dispositivos trouxeram para nosso Direito Administrativo o devido processo legal. Não é exagero dizer que a Lei nº 9.784/99 instaurou, no Brasil, o verdadeiro Estado de Direito".

Com certeza e neste quadro, e na busca da evolução do pensamento e da própria ciência jurídica que sempre se procurou afastar a insegurança e o caos nas relações sociais e jurídicas, ora agasalhando institutos como a prescrição, decadência e coisa julgada, ora desenvolvendo conceitos como o da segurança jurídica e inserindo na legislação ordinária o imperativo de seu atendimento. Outro não é o entendimento do comando esculpido no artigo 2º da Lei nº 9.784/99, que determina a obediência ao princípio da segurança jurídica.

Por assim, então, a segurança jurídica tem, no processo administrativo, por alvo primordial a garantia da certeza da aplicação justa da lei, conforme os ditames jurídicos de direito, evitando que sejam desconstituídos, sem justificativa plausível, os atos ou situações jurídicas, ainda que tenha ocorrido alguma inadequação com o texto legal no decorrer de sua constituição.

---

<sup>76</sup> STJ, MS n. 8.946/DF, j. 22.10.03, pub. DJU 17 nov. 03, p. 197.

Consolida este pensamento Maria Sylvia Zanella Di Prieto<sup>77</sup> assim propugna:

*O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública.*

A inserção do princípio da segurança jurídica no processo administrativo tem por escopo, vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de matéria administrativa já anteriormente avaliada. A segurança jurídica tem íntima afinidade com a boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta para determinado caso concreto vem, por respeito à boa-fé dos administrados, a lei estabilizar tal situação, vedando a anulação de atos anteriores sob pretexto de que os mesmos teriam sido praticados com base em errônea interpretação de norma legal administrativa.

O fundamento para o princípio da segurança jurídica é, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>78</sup>:

*O fundamento jurídico mais evidente para a existência da “coisa julgada administrativa” reside nos princípios da segurança jurídica e da lealdade e boa fé na esfera administrativa. Sergio Ferraz e Adílson Dallari aduzem estes e mais outros fundamentos, observando que: “A Administração não pode ser volúvel, errática em suas opiniões. La donna è móbile – canta a ópera; à Administração não se confere, porém, o atributo da leviandade. A estabilidade da decisão administrativa é uma qualidade do agir administrativo, que os princípios da Administração Pública impõem”.*

Aplicabilidade do princípio de, no entanto ser vista com a devida cautela, como salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>79</sup>:

*“Para não se levar ao absurdo de impedir a administração de anular atos praticados com a inobservância da lei . Nesses casos, não se trata de mudança de interpretação, mas de ilegalidade, esta sim a*

---

<sup>77</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 85.

<sup>78</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de ...*, p. 427.

<sup>79</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 85.

*ser declarada retroativamente, já que atos ilegais não geram direitos”.*

Para Mauro José Fernandes Tavares<sup>80</sup> “caracterizado como exigência da estabilidade das relações jurídicas, ou seja, não basta a ocorrência do vício para que o ato administrativo seja nulo, sendo necessário demonstrar o prejuízo ou o dano jurídico na relação”.

O princípio da segurança jurídica é, dentre os princípios garantidores do Estado Democrático de Direito que necessariamente informam a conduta estatal, o princípio que ocupa lugar destacado, como consectário da dignidade da pessoa humana e da secular necessidade de estabilidade nas relações sociais, sendo um pressuposto lógico do convívio social, fornecendo a existência do verdadeiro direito, base de apoio da sociedade, como único meio possível de garantir e prevalecer à justiça.

#### **1.5.8 Princípio do interesse público.**

Em um Estado Democrático de Direito, o interesse público é a base do processo administrativo, posto que a autoridade administrativa vai buscar através deste, elucidar os fatos que o iniciaram, respeitando o princípio da impessoalidade e o da finalidade dos atos, assim vedando a promoção pessoal de servidores ou autoridades.

Uma vez que a essência do Estado Democrático é a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, é a aplicação deste princípio em todos os seus atos que o qualifica e lhe dá a identidade própria.

A administração pública está adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse da coletividade.

---

<sup>80</sup> TAVARES, Mauro José Fernandes. *Teoria e prática do conselho de disciplina na Polícia Militar: uma proposta de manual*. 2001, 360 f. Monografia (Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais) — Centro de Aperfeiçoamento e Estudos Superiores da Polícia Militar do Estado de São Paulo, São Paulo, p. 76-77.

O interesse público é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>81</sup>, exemplifica:

*Se o Estado causar danos a terceiros e indenizá-los das lesões infligidas estará revelando-se obsequioso ao interesse público, pois é isto o que determina o art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Se tentar evadir-se a este dever de indenizar estará contrariando o interesse público, concernente apenas ao aparelho estatal, interessando em subtrair-se às despesas para tornar-se menos onerado patrimonialmente.*

O artigo 2º da Lei do Processo Administrativo, no seu *caput* consagra o princípio do interesse público, como integrante perante a ação administrativa, reforçando tal princípio há de se destacar o conciso disposto no inciso II do parágrafo único, que faz como exigência ao Poder Público o “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”. Deixando bem evidente que o princípio em questão não poderá de ser observado pela Administração Pública.

### **2.6.9 Princípio da Eficiência**

Estudar o princípio da eficiência no processo administrativo requer um maior aprofundamento, uma vez que apesar de estar inserido na Lei federal nº 9.784/99, também passou a integrar os Princípios Gerais da Administração Pública, em razão da sua inclusão pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.

Em um primeiro momento cabe ressaltar, que o princípio da eficiência sempre esteve acolhido pela Administração, sua inclusão no nosso texto

---

<sup>81</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de ...*, p. 56.

constitucional somente teve o condão sedimenta-lo de forma explicita na nova carta. Como salienta Lucia Valle Figueiredo<sup>82</sup>:

*É de se perquerir o que muda com a inclusão do principio da eficiência, pois, ao o que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência em seu cometimentos.*

*Na verdade, no novo conceito instaurado de Administração Gerencial, de 'cliente', em lugar de administrado, o novo 'clichê' produzido pelo reformadores, fazia-se importante, até para se justificar perante o país, as mudanças constitucionais pretendidas, trazer ao texto o principio da eficiência.*

*Tais mudanças, na verdade, redundaram e muito pouco de substancialmente novo, e em muito trabalho aos juristas para tentar compreender figuras emprestadas sobretudo do Direito Americano, absolutamente diferente do Direito Brasileiro.*

Ao conceituar eficiência José Afonso da Silva<sup>83</sup>, em sua obra assinala:

*Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o principio da eficiência introduzido agora no artigo 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos que dispõe e e menor custo.*

Ou seja, deverá atender às necessidades públicas, com o melhor emprego dos recursos disponíveis.

Agregando-se a este conceito do emprego do principio da eficiência Egon Bockman Moreira<sup>84</sup>, faz um comentário deste na Administração Pública:

*Será eficiente a Administração Publica que cumprir com excelência a lei e a moral, de forma impessoal e pública. A violação de qualquer um desses cânones implica em inequívoca violação à eficiência. O principio configura máxima instrumental, que deve ser utilizada de molde a atingir excelentemente as demais previsões constitucionais.*

---

<sup>82</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Op. cit., p. 63.

<sup>83</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 671.

<sup>84</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000. *Apud* SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 330.

Para Alexandre Moraes<sup>85</sup>, o princípio da eficiência coaduna-se ao reconhecimento da utilização dos recursos públicos no oferecimento de uma melhor condição social:

*Assim, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.*

O processo administrativo, tal como já definido, configura este uma sucessão de procedimentos, promovidos pela administração pública para o proferimento de uma decisão final, a Lei federal nº 9.784/99, exorta a figura do princípio da eficiência ao integrá-lo de forma clara e explícita, no artigo 2º *caput*. Assim, novamente referenciando a obra de Egon<sup>86</sup> procura-se afinar a aplicabilidade do princípio da eficiência ao processo administrativo: “Desta forma e sob o aspecto processual, entendemos que a eficiência garante o desenvolvimento de um processo célere, simples, com a finalidade predefinida, econômico e efetivo”.

Neste sentido, seria ilógico imaginar que o administrador público institísse processo licitatório para comprar uma caneta, ou que instaurasse processo disciplinar para apurar fato praticado por servidor, quando notoriamente já é reconhecida a sua inocência. Assim a finalidade da Lei nº 9.784/99 é que o desencadear de um processo administrativa não seja aleatório, mas sim que tenha um intuito certo.

Assim, resta esclarecido que o princípio da eficiência administrativa, inserido na nossa Constituição Federal em seu artigo 37 pela Emenda Constitucional nº 19/1998, e perseguido pela Administração no escopo do processo administrativo deve ser interpretado de forma a abalizar a melhor utilização dos *inputs* administrativos (recursos, meios e esforços), bem como os seus *outputs* (resultados).

---

<sup>85</sup> MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 30.

<sup>86</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. cit.*, p. 333.

## PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Relembrando, é necessário mencionar que a aplicação das regras dispostas na Lei federal nº 9.784/99 aos processos administrativos disciplinares (regidos por lei especial – Lei federal nº 8.112/90) será subsidiária, assim dizer, a lei geral incidirá nas partes omissas e sempre que não houver disposição especial no Estatuto dos Servidores Públicos Federais, como prevê o artigo 69<sup>87</sup> da Lei federal nº 9.784/99.

Assim a legislação vigente oferece meios bastante efetivos de controle por parte dos administrados frente aos atos expedidos pela administração, pois nela há mecanismos legais que permitem que as decisões tomadas sejam calcadas nos princípios constitucionais e naqueles próprios do regime administrativo.

Neste sentido Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>88</sup>, esclarece:

*Com efeito, a edição da Lei 9784/99, disciplinando o processo administrativo, não revogou os dispositivos da Lei 8112/90 (Regime Jurídico Único dos servidores públicos federais) sobre o processo administrativo disciplinar. O art. 69 daquele diploma legal estabelece: Os processo administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se subsidiariamente os preceitos desta lei. Logo, os princípios gerais consagrados na Lei 9784/99 aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo disciplinar, que pode ser considerado um processo específico.*

O processo administrativo disciplinar começa a integrar nosso ordenamento jurídico constitucional a contar da Constituição Federal de 1934, onde em seu artigo 169<sup>89</sup> previa a necessidade de um processo administrativo para a perda do cargo do funcionário público, o mesmo se sucedeu nas constituições de 1937 (artigo 156), 1946 (artigo 189) na Constituição de 1967 (artigo 103 II).

---

<sup>87</sup> BRASIL. Lei n. 9.784/99. Op. cit., art. 69 – Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

<sup>88</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 79.

<sup>89</sup> BRASIL, Constituição (1988). Op. cit., art. 169 – Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

Nossa Constituição Federal de 1988 não foi diferente de suas antecessoras quando prévio em seu artigo 41<sup>90</sup>:

*Artigo 41. São estáveis após dois anos de efetivo exercício os servidores nomeados em virtude de concurso público.*

*§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.*

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

*§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada até seu adequado aproveitamento em outro cargo.*

O artigo 41 da Constituição Federal, no entanto foi objeto de Emenda Constitucional de Reforma de nº 19 de 04 de junho de 1998, prevendo a garantia do processo administrativo disciplinar para o servidor estável<sup>91</sup>:

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

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

*I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;*

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

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

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

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

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

O que trouxe de inovador, a Constituição Federal de 1988, em relação a suas antecessoras, foi à inclusão em seu artigo 5º LV do seguinte preceito: “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

---

<sup>90</sup> Ibidem, art. 41.

<sup>91</sup> Ibidem, art. 41 com redação de acordo com a EC n. 19/98.

inerentes”. De tal modo que, o processo administrativo passou a ter *status* de direito fundamental.

### 3.1 Conceito

A competência disciplinar do Poder Público consiste no dever-poder de apurar ilícitos administrativos e aplicar penalidades às pessoas que se vinculam, de alguma forma, à Administração Pública. O exercício dessa atribuição também é encontrado numa relação profissional, mediante a instauração de um processo administrativo para examinar se infrações funcionais foram cometidas por servidores no âmbito do Poder Público. Observe-se que o poder do Estado de punir seus servidores deve ser exercido quando necessário, mas deverá sempre ser apurado por meio de um processo. Dentre as várias espécies de processo administrativo, desenvolve-se um estudo à parte, acerca do processo administrativo disciplinar.

A responsabilidade administrativa dos servidores públicos decorre da violação de regras legais de procedimento no exercício funcional, conceito expresso na própria no artigo 124 da Lei federal nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União) ao dispor que: "a responsabilidade civil-administrativa resulta do ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função". A falta disciplinar é o comportamento do servidor público atentatório da disciplina funcional, praticado no exercício das funções, representativo do desacato aos deveres e proibições estatutárias. Marcelo Caetano<sup>92</sup> explica que: “a infração disciplinar pode consistir em uma ação ou omissão, expressiva de conduta contrária àquela imposta pelo regular cumprimento do dever funcional, tanto pela prática de fato proibido como pela omissão de comportamento exigido, desde que por ato voluntário do agente administrativo”.

O artigo 148 da Lei federal nº 8.112/90 esclarece que o processo administrativo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido. Delimitado o campo de atuação da responsabilidade administrativa dos servidores públicos,

---

<sup>92</sup> CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 393.

mister se faz um esclarecimento sobre a matéria elaborada por Hely Lopes Meirelles<sup>93</sup>:

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

Com efeito, a regularidade da execução das atividades do Estado restaria comprometida se aqueles que agem em nome dele e a ele se ligam por um vínculo especial de sujeição de natureza institucional incorressem, de forma impune e sem controle, em condutas ilícitas, afrontadoras da legalidade, da moralidade, da probidade e de outros preceitos informadores da condigna gestão da coisa pública, determinantes de parâmetros de conduta funcional aos servidores públicos, de sorte que a punição dos infratores acarreta exemplo para os demais servidores e se destina a preservar, em última instância, os interesses administrativos e da sociedade no regular funcionamento da Administração Pública, em harmonia com os princípios e valores aos quais adstritam sua atividade.

Assim, apurar as irregularidades verificadas em suas atividades é dever da Administração Pública, como previsto na Lei federal nº 8.112/90, em seu artigo 143: "A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa", reforçando este poder-dever, o Código Penal dispõe que configura fato criminoso a condescendência do superior hierárquico que deixa de punir subordinado por sentimento pessoal (artigo 320, Código Penal).

Conhecida a infração de deveres ou proibições funcionais por parte de servidor público com a conseqüente quebra da disciplina interior administrativa, rende-se ensejo ao exercício do Poder Disciplinar da Administração Pública, que constitui o poder-dever de impor sanções administrativas previstas em lei (Lei federal

---

<sup>93</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo ...*, p. 223-224.

nº 8.112/90<sup>94</sup>) e aos servidores faltosos, com vistas a corrigir os seus desvios de comportamento nos casos de infrações não expulsórias ou desligar do serviço público os transgressores nas hipóteses mais graves passíveis de demissão.

Assim, diante destas assertivas pode-se aduzir um conceito de processo administrativo disciplinar, que no entendimento de Diógenes Gasparini<sup>95</sup> é: “o instrumento formal, instaurado pela Administração Pública, para a apuração das infrações e aplicação das penas correspondentes aos servidores, seus autores”.

Odete Medauar<sup>96</sup> desponta um conceito direto da questão tratada estabelecendo: “Processo Administrativo Disciplinar é a sucessão ordenada de atos, destinados a averiguar a realidade de falta cometida por servidor, a ponderar as circunstâncias que nela concorrem e aplicar as sanções pertinentes”.

Aproveitando o disposto no artigo 148<sup>97</sup> da Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais (Lei federal nº 8.112/90) este define: “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”.

### 3.2 A Apuração das Faltas Disciplinares

A apuração das faltas disciplinares dos servidores públicos pode ocorrer por intemédio de três sistemas que segundo Carlos Schimidt de Barros Junior<sup>98</sup> são:

*1. O sistema hierárquico, em que o poder disciplinar é exercido exclusivamente pelo superior hierárquico, onde esse apura a falta e*

<sup>94</sup> BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Publicada no Diário Oficial da União de 12 dez. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 17 out. 2006, 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.

<sup>95</sup> GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 947.

<sup>96</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo* ..., p. 329.

<sup>97</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 148.

<sup>98</sup> BARROS JÚNIOR, Carlos Schimidt de. *Poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 158.

*aplica a pena, é o sistema que se usa às vezes para a apuração de faltas leves ou para a aplicação da verdade sabida, ou seja aquilo que realmente se sabe sobre o fato ocorrido;*

*2. O sistema de jurisdição completa, no qual a falta e a pena são estritamente determinadas por Lei e a decisão cabe a um órgão de jurisdição que funciona segundo regras de procedimento jurisdicional; este sistema não existe mais no direito brasileiro;*

*3. Sistema misto, ou de jurisdicionalização moderada, em que intervêm determinados órgãos, com função geralmente opinativa, sendo a pena aplicada pelo superior hierárquico, além disso, mantém-se certo grau de discricionariedade na verificação dos fatos e na escolha da pena aplicável; é o sistema adotado no Brasil relativamente aos processos administrativos disciplinares.*

A jurisdicionalização do poder disciplinar (no sentido de formalização e não no sentido judicial), impõe condutas formais e obrigatórias, para a garantia dos acusados, contra os possíveis abusos e/ou arbítrios da Administração Pública, de maneira a assegurar-lhe não só a oportunidade de defesa, como a observância do rito, previamente e legalmente, estabelecido para o processo.

Assim é necessário que se cumpram etapas, fases e procedimentos dentro de tal sistema, para que exista o estrito cumprimento das Leis que regulam a matéria, o que será visto adiante.

Dentro deste contexto apuratório constitui a ação disciplinar a “faculdade de promover a averiguação dos fatos que possam ser qualificados como infrações, para efeito de eventual repressão”, conforme discorre Marcelo Caetano<sup>99</sup>. Complementando tal entendimento Alberto Bonfim<sup>100</sup>, explica que a apuração dos ilícitos disciplinares mediante procedimentos legais não se destina apenas como meio de preservação da boa ordem do serviço público, mas como instrumento de garantia dos servidores e da justiça: “não deve o funcionário ser punido senão quando ficar provado que, de fato, cometeu o delito de que é acusado”.

No direito brasileiro, os meios de apuração, dos ilícitos administrativos, são o processo administrativo disciplinar e os meios sumários, que compreendem a sindicância e a verdade sabida.

---

<sup>99</sup> Idem. Op. cit., p. 405.

<sup>100</sup> BONFIM, Alberto. *O processo administrativo*. 7. ed. rev. atual. e melhor. São Paulo: Freitas Bastos, 1963, p. 83.

Quanto à verdade sabida faz-se necessária uma reflexão sobre a questão. Em primeiro lugar urge a imperioso tecer de um breve conceito do quem vem a ser. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>101</sup>, verdade sabida: “é o conhecimento pessoal e direto da falta pela autoridade competente para a aplicar a pena”.

Para Hely Lopes Meirelles<sup>102</sup> verdade sabida: “é o conhecimento pessoal da infração pela própria autoridade competente para punir o infrator”. Em outro ponto o ilustre mestre diz ainda, que “Tem-se considerado, também como verdade sabida a infração pública e notória, estampada na imprensa ou divulgada por outros meios de comunicação de massa”.

Ainda que pesem opiniões divergentes, e com fundamento de repercussão constitucional, a verdade sabida esta presente em presente em alguns estatutos de regime estaduais dos servidores públicos, como no caso da Lei paulista Lei nº 10.261 de 28 de outubro de 1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo), onde em seu artigo 271 especifica que poder-se-á aplicar a pena pela verdade sabida nos casos dos artigos 253 e 254 (respectivamente pena disciplinar de repreensão e suspensão, esta não excederá a 90 dias); já no parágrafo único deste artigo, traz no seu bojo o entendimento sobre o que é verdade sabida “o conhecimento pessoal e direto de falta por parte da autoridade competente para aplicar a pena”.

Uníssona, no entanto, é a posição da doutrina, de que, a verdade sabida é inconcebível, porque contraria o princípio da ampla defesa; assim, se posiciona Di Pietro<sup>103</sup> ao referir-se ao artigo 271, parágrafo único, do Estatuto paulista, no qual consta o mecanismo da verdade sabida “Esse dispositivo estatutário não mais prevalece diante da norma do artigo 5º, LV, da Constituição que exige o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos”.

---

<sup>101</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 522.

<sup>102</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 665.

<sup>103</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 522.

Com precisão Romeu Bacelar Filho<sup>104</sup> afirma, que:

*Formou-se um consenso doutrinário acerca da inconstitucionalidade da verdade sabida. A Constituição de 1988 exige, incondicionalmente, o processo (procedimento em contraditório) para aplicação de sanção disciplinar de qualquer espécie e seja qual for o conjunto probatório, que a administração pública disponha para tanto.*

Tal posicionamento também passou a ser adotado pela jurisprudência, posto que a aplicação de imediata punição, sem que lhe fosse propiciado direito de defesa, em razão da histórico-jurídica, abominável procedimento já se encontra banido pelos Tribunais<sup>105</sup>, vez que latente é a existência do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º LV, da Carta Magna.

O direito positivo federal de acordo (Lei federal nº 8.112/90) enfatiza que a apuração dos fatos irregulares pode ultimar-se por meio de sindicância ou de processo administrativo disciplinar. Sustenta, José Cretella Júnior<sup>106</sup> que a sindicância é meio sumário para investigação de anormalidades no serviço público, haja ou não indiciados conhecidos, para coletar os elementos suficientes para indicação de autoria e seguida abertura de processo disciplinar contra o funcionário público responsável, não sendo informada pelas garantias do contraditório e da ampla defesa segundo o mesmo administrativista<sup>107</sup>, “porque não conclui por uma decisão contra ou em favor de pessoas, mas pela instauração de processo

<sup>104</sup> BACELAR FILHO, Romeu. *Processo ...*, p. 92.

<sup>105</sup> “Mandado de Segurança. Pena disciplinar. Cerceamento de defesa. crítica via imprensa. Verdade Sabida. Conhecimento direto. Estatuto dos Funcionários Municipais de São Paulo. - a notícia veiculada em jornal não importa em conhecimento direto do fato, ante a notória possibilidade de distorções. Por isso, não se convoca o instituto da verdade sabida para fugir a imposição constitucional da ampla defesa. Recurso provido” (STJ, 2ª T., RMS 825/SP, DJ 28.06.1993).  
TJ/RS: “Reexame necessário. Administrativo e constitucional. Mandado de segurança. Município de Passo Fundo. Preliminar de incompetência da justiça comum. Inocorrência. Auxiliar de enfermagem. Acusação de prescrição de medicamentos. Exercício ilegal da função. Aplicação da penalidade de advertência sem a instauração da sindicância. Impossibilidade. Procedimento defeso pela constituição. Princípio da verdade sabida inserto no art. 242, parágrafo único, inciso i, da Lei municipal nº 1.763-77, que afronta o art. 5º, inciso IV, da Carta Magna. Violação ao direito líquido e certo do contraditório e da ampla defesa. Segurança concedida na origem. Sentença confirmada em reexame”. (reexame necessário nº 70006857767, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Wellington Pacheco Barros, julgado em 24/09/2003).  
TJ/SP: “Ato Administrativo - Suspensão de Servidor Público - Nulidade - Inexistência de regular procedimento administrativo ou sindicância - violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa - Art. 5º, LV da Constituição Federal - Princípio da verdade sabida - Não receptividade - Recursos não providos” (Apelação Cível n. 146.793-5/1 - São Paulo - 1ª Câmara de Direito Público - Relator: Roberto Bedaque - 29.06.04 - V.U.).  
TJ/SC: “ Mandado de Segurança - oficial de justiça - não cumprimento de mandado de intimação em processo-crime sob alegação de ausência de recursos financeiros para despender com transporte - requerimento pleiteando o uso de veículo do tribunal de justiça - não apreciação do pedido - aplicação sumária de pena de advertência - inexistência do contraditório e da ampla defesa - impossibilidade de aplicação da chamada “Verdade Sabida” - segurança concedida para anular a penalidade imposta”( Acórdão: ms nº 01.011382-1, Relator: Des. João Martins, data da decisão: 28/02/2002).  
<sup>106</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 743.  
<sup>107</sup> Idem. *Prática de processo administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 57.

administrativo ou pelo arquivamento da sindicância", instituto cuja disciplina na Lei federal nº 8.112/90, enquanto procedimento investigativo desprovido de contraditório e de ampla defesa porque de seu final não surge penalidade imposta, foi sobejamente analisada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>108</sup>.

Há, no entanto, de ressaltar que a Lei federal nº 8.112/90 adotou em seu artigo 145<sup>109</sup> sistema próprio, em razão do resultado da sindicância para ora classifica-la como procedimento, inquisitório como salienta Ada Pelegrini Grinover<sup>110</sup>:

*[...] a sindicância, na verdade, em seu primeiro momento significado, nada mais é do que meio de apuração sumária; de apuração de fato que não deveria, por si só, levar à aplicação de uma pena, abrindo apenas caminho para um processo administrativo futuro.*

Ora, a sindicância também pode ser classificada, conforme José Armando da Costa<sup>111</sup>, com base na Lei federal nº 8.112/90, como conectiva (a que serve de meio de instauração de processo administrativo disciplinar nos casos passíveis de penas mais graves do que a suspensão de até 30 dias) e também qualificada como autônoma ou punitiva (aquela instaurada com acusação formal contra determinado servidor e na qual assegurado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório aos imputados, por destinar-se à imposição, ao seu final, de ato punitivo de advertência ou suspensão de até 30 dias).

A sindicância, nominada de punitiva, é aquela cuja apenação do servidor acusado é de uma falta leve, sendo ornada pelas garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, esse procedimento sindicante sumário adquire natureza jurídica de autêntico processo administrativo disciplinar.

---

<sup>108</sup> A jurisprudência do STJ é pacífica no tema de que a sindicância inquisitorial não reclama a observância de garantias de defesa ao investigado por não constituir processo cujo termo final possa resultar em qualquer sanção disciplinar ao sindicado, ostentando natureza de mero procedimento nessa modalidade puramente investigativa, e não de processo administrativo, diferentemente da sindicância punitiva, como se vê do julgamento proferido por sua 6ª. Turma no ROMS 8990/RS, DJ 1/8/2000, p.341, relator o Min. Vicente Leal, em acórdão do qual se transcreve breve trecho de sua ementa: "A sindicância administrativa é meio sumário de investigação das irregularidades funcionais cometidas, desprovida de procedimento formal e do contraditório, dispensando a defesa do indiciado, a descrição pormenorizada dos fatos apurados e a publicação do procedimento". O mesmo juízo foi proferido nos casos do ROMS 12.680/MS, ROMS 10.574, ROMS 3948/PB, ROMS 9338/MG.

<sup>109</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 145 – Da sindicância poderá resultar: I - arquivamento do processo; II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias; III - instauração de processo disciplinar.

<sup>110</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. Os Princípios da Ampla Defesa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo: n. 19, p. 17.

<sup>111</sup> COSTA, João Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 270.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>112</sup> exemplificando a hipótese prevista no artigo 145, II, da Lei federal nº 8.112/90, pontua que, apesar de denominado sindicância, o procedimento deve ser tratado como processo disciplinar, porquanto só deste pode resultar aplicação de penalidades, em vista do caráter acusatório do feito e da obrigatória incidência nele dos princípios da ampla defesa e do contraditório, taxando de inconstitucionais quaisquer dispositivos estatutários que dispensarem a exigência.

Pactua do mesmo entendimento Odete Medauar<sup>113</sup>:

*Trata-se na verdade, de um processo administrativo disciplinar sumário. Os estatutos em geral destinam a sindicância para fatos suscetíveis de penas de advertência, repreensão, suspensão até trinta dias, fixando prazo curto para seu termino, com possibilidade de prorrogação. Nesta modalidade, o contraditório e a ampla defesa hão de ser assegurados, ainda que sumário o processo, pois existe acusado. Segue as mesmas fases do processo disciplinar strictu sensu.*

Léo da Silva Alves<sup>114</sup> reforça o presente entendimento, de que a sindicância pode brotar punição, a despeito da denominação que se lhe confira, é verdadeiro processo administrativo, como tal sujeita às garantias deste. O administrativista Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>115</sup> pondera que “a possibilidade de aplicação de sanções disciplinares como resultado da sindicância converte-a em processo, com a exigência da presença do contraditório e da ampla defesa”.

### 3.3 Fases do Processo Administrativo Disciplinar

As fases, dentro de uma processualidade administrativa correspondem a forma com que os atos ordenados dentro do processo administrativo devem se desenvolver, como salienta Diógenes Gasparini<sup>116</sup>:

*Os atos ordenados e cronologicamente praticados no desenrolar do processo administrativo são, em razão da finalidade que têm, agrupados em fases. Estas não indicam um espaço de tempo*

<sup>112</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 822.

<sup>113</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo ...*, p. 331.

<sup>114</sup> ALVES, Léo da Silva. *As teses de defesa na sindicância e no processo disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 181.

<sup>115</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 94.

<sup>116</sup> GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 932.

*previamente determinado nem têm momento certo de início e término. Algumas dessas fases, como a de instauração e a decisão, na verdade são atos que se aperfeiçoam no instante da edição”.*

O processo administrativo disciplinar no sistema federal (artigo 151<sup>117</sup> da Lei federal nº 8.112/90), como tradicionalmente em outros sistemas, desenvolve-se nas seguintes fases: a) instauração, com a publicação do ato que constitui a comissão; b) inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; c) julgamento.

### 3.3.1 Fase de instauração do processo administrativo disciplinar

Em virtude do princípio da oficialidade extraído do princípio da legalidade, que norteia a atividade administrativa, compete à autoridade competente dar o chamado “impulso oficial”, assim que tomar conhecimento de alguma irregularidade cometida pelo agente público<sup>118</sup>.

A realidade é que quando há uma denúncia de faltas cometidas por servidores públicos, é instaurado um processo administrativo disciplinar. Como indica Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>119</sup>: “O processo Administrativo tem início com o despacho de autoridade competente, determinando a instauração, assim que tiver ciência de alguma irregularidade; ela age *ex officio*, com fundamento no princípio da oficialidade”.

Porém, esse processo está condicionado a vários procedimentos para que tenha validade, o primeiro deles é a formação da comissão de apuração da falta cometida, a qual deve ser formada por servidores de conduta ilibada, para que a questão seja tratada com a seriedade necessária, tal comissão é formada por portaria, conforme coloca Hely Lopes Meirelles<sup>120</sup>:

---

<sup>117</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 151 – O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

I – instauração, com a publicação do ato que constitui a comissão;

II – inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;

III – julgamento.

<sup>118</sup> Ibidem, art. 143 – A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”.

<sup>119</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 520.

<sup>120</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 663.

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

A instauração do processo administrativo disciplinar tem início, então, com a publicação da portaria que constituiu a comissão processante, composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, o seu presidente, deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado (artigo 149 da Lei federal nº 8.112/90).

A portaria que instaura o processo é peça que carece de cuidados indispensáveis, a fim de se evitar eventuais nulidades, nela devendo constar: o nome dos agentes públicos envolvidos, a infração que lhes é imputada, a descrição sucinta dos fatos e a indicação dos dispositivos legais infringidos. Como bem descreve Fabio Alves Rosa<sup>121</sup>:

*A portaria de instauração do processo administrativo disciplinar, ou ato equivalente, deve indicar os elementos necessários à identificação do funcionário acusado (ou litigante), a figura infracional caracterizada pelo comportamento descrito, a sanção, em tese cabível, em face da infração. Em suma, não basta a referência genérica a irregularidades, nem a simples indicação de dispositivo legal supostamente violado, porquê ninguém pode defender-se de capitulação jurídica. Deve estar indicado em comportamento singular do servidor, identificável no tempo, espaço e na forma de concretização.*

Salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>122</sup>:

*A portaria bem elaborada é essencial à legalidade do processo, pois, equivale à denuncia do processo penal e, se não contiver dados suficientes, poderá prejudicar a defesa; é indispensável que ela contenha todos os elementos que permitam os servidores conhecer os ilícitos de que são acusados.*

Quanto à comissão processante cabe ainda ressaltar que eventuais impedimentos e suspeições com relação aos membros da comissão devem ser

---

<sup>121</sup> ROSA, Fábio Alves. Processo Disciplinar: Instauração e Citação do Indiciado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo: n. 18, jun. 1981, p. 45.

<sup>122</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 520.

levantados para evitar a nulidade do processo administrativo. A Lei federal nº 8.112/90 determina que "não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau" (art. 149, §2º). Outras hipóteses de impedimento ou suspensão estão previstas nos artigos 18 a 21 da Lei federal nº 9.784/99, que pode ser utilizada subsidiariamente no âmbito federal.

Cumpre salientar também, que em inúmeros órgãos da administração pública já existem tais comissões instauradas em caráter permanente, ou seja, a comissão já está formada e quando acontece uma denúncia o processo administrativo disciplinar é instaurado automaticamente.

Após a formação da comissão do processo administrativo disciplinar, é preciso que sejam observados todos os requisitos legais, como, por exemplo, a presença de um profissional da área de direito na comissão, caso o presidente da comissão ao se reunir com a mesma, observar não haver nenhum profissional da área de direito, deverá requisitar a nomeação de um ou mais para que participem do processo auxiliando a comissão. Esses profissionais darão o suporte necessário ao andamento do processo e ainda é uma forma de garantir todos os direitos dos servidores e a validade do processo administrativo disciplinar.

E a partir da instauração do processo, com a publicação da portaria, que começa fazer valer os direitos e garantias do servidor ora acusado e ainda os preceitos legais que protegem a administração pública de eventuais abusos praticados por servidores de má conduta profissional.

Bem como após a homologação da instauração do processo administrativo disciplinar é obrigatória a comunicação do acusado de que o mesmo está sendo submetido a um processo administrativo disciplinar, sendo lícito, se caso assim entenda a comissão, pedir o afastamento<sup>123</sup> do servidor de suas atribuições legais.

---

<sup>123</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 147 – Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração. Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

### **3.3.2 Inquérito administrativo**

No inquérito administrativo, ocorre, em primeiro lugar, a instrução do feito em que se asseguram os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF). Após a instrução, se tipificada a infração, o servidor será indiciado com especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas. Em seguida, o indivíduo será citado para apresentar defesa. O inquérito administrativo se encerra com o relatório conclusivo de competência da comissão.

#### **3.3.2.1 Fase de instrução do processo administrativo disciplinar**

A instrução consiste em serem elucidados os fatos e a produção de provas, no processo administrativo disciplinar, cabe à autoridade ou a comissão processante promover a instrução, salvo no caso de promoção da defesa.

Portanto a instrução é o momento de serem produzidas as provas podendo essas ser documentais, periciais, testemunhais, inspeções pessoais, juntada de documentos pertinentes e depoimento pessoal, porém tem de ser, em via de regra, impulsionada pela autoridade ou pela comissão responsável pela apuração da falta supostamente cometida.

É primordial que a instrução seja promovida de acordo com os requisitos legais, pois a Lei federal nº 9.784/99 em seu artigo 30<sup>124</sup>, prevê que "é proibida a utilização no processo administrativo de prova obtida por meio ilícito", sendo ainda assegurado ao acusado a liberdade de acompanhar todo o procedimento de produção de provas e ainda acompanhando de seu advogado.

O servidor poderá acompanhar o processo pessoalmente ou por meio de seu advogado, a fim de não acarretar cerceamento de defesa o que tornaria nula a instrução.

---

<sup>124</sup> BRASIL. Lei n. 9.784/99. Op. cit., art. 30.

Oportuno aqui colocar que após a fase de instauração e anterior a fase de instrução o servidor deve ser citado, a fim de garantir o contraditório e para poder participar da formação da prova<sup>125</sup>, como coloca Hely Lopes Meirelles<sup>126</sup>: “Desde a citação acusatória deverá ser facultado ao indiciado, ou ao seu advogado, o exame dos autos na repartição, para apresentação de defesa e indicação de suas provas no prazo regulamentar, possibilitando-lhe o acompanhamento de toda a instrução”.

Concluído todos os procedimentos da fase de instrução, a comissão, decidirá com base neles se o servidor deverá ou não ser indiciado ou não. Se a comissão entender que o servidor não é culpado ou se não restar prova de sua culpa, o processo será arquivado. Como comenta Hely Lopes Meirelles<sup>127</sup>:

*Concluída a instrução, a comissão processante deverá relatar o apurado e opinar pela absolvição ou punição do acusado, indicando, neste caso, os dispositivos infringidos, podendo divergir da acusação inicial, sugerir a instauração de outros processos e apontar providências complementares de interesse da Administração, desde que o faça motivadamente.*

Lembrando-se que havendo defeitos ou vício na produção de provas dentro da fase da instrução, ou seja, se for cerceado algum direito garantido por Lei ao acusado, poderá o processo ser considerado nulo, e caso já se tenha o julgamento, este também será nulo.

### **3.3.2.2 Da defesa no processo administrativo disciplinar**

Partindo para a defesa, chega-se então a uma situação, de muitas outras pertinentes a matéria, que é defesa no texto constitucional, em seu artigo 5º, LV, que diz "os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em

---

<sup>125</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., 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.

§ 1º O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

<sup>126</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 663.

<sup>127</sup> Idem, loc. cit.

geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes."

O disposto no artigo 48<sup>128</sup> da Lei federal nº 9.784/99, o dever de emitir decisões no processo administrativo, sem contudo diferenciá-las entre finais e interlocutórias. O mesmo dispositivo legal em seu artigo 49<sup>129</sup> esclarece: "Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada". De tal sorte que a mencionada regra determina uma reabertura da fase probatória, renovando a necessidade do contraditório.

Cabe aqui um esclarecimento sobre uma possível interpretação dada pelo artigo 161 §1º da Lei federal nº 8.112/90, que coloca sobre a necessidade da citação, para tal justo é citar Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>130</sup>:

*A fase de defesa, de qual disciplinada pela Lei 8112/90 no seu § 1º, do art. 61, transmite a falsa idéia de tratar-se da primeira defesa do servidor no processo. Isto porque a defesa deve ser ensejada antes mesmo da fase probatória e logo depois da instauração do processo. A intimação do servidor para manifestar-se sobre a indicação formulada pela Comissão não corresponde à citação porque ele já deve ter sido chamado para integrar a relação processual (§ 1º, do art. 161).*

Dado este entendimento, fica evidente que não se pode abster-se o contraditório do processo administrativo disciplinar, mesmo que não se determine o momento exato, sob pena de estar ceifando-se um direito fundamental de extrema relevância num Estado Democrático de Direito.

Nesta fase então terá acusado a possibilidade, por intermédio de seu advogado de formular suas alegações escritas, no prazo de 10 dias (em havendo dois ou mais acusados o prazo será comum de 20 dias)<sup>131</sup>, sendo-lhe assegurado vistas e a possibilidade de extrair cópias dos autos.

---

<sup>128</sup> BRASIL. Lei n. 9784/99. Op. cit., art. 48 – A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

<sup>129</sup> Ibidem. Op. cit., art. 49.

<sup>130</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 288.

<sup>131</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 161 – Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.

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

§ 2º – Havendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias.

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

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

Caso o acusado não apresente sua defesa escrita no prazo legal, será declarada sua revelia, devendo a autoridade instauradora do processo designar como dativo, um servidor de cargo efetivo superior ou de mesmo nível do acusado, ou que tenha nível de escolaridade igual ou superior a daquele<sup>132</sup>.

Na elaboração da defesa, ensina Cláudio Roza<sup>133</sup>:

*Atacam-se primeiramente os aspectos formais nas preliminares, principalmente os relativos às formalidades essenciais, e os aspectos relativos à competência, adentrando-se na seqüência, no mérito da questão, sem olvidar de serem atacados, se já não o foram, possíveis causas de suspeição e impedimentos.*

Preliminarmente ao mérito, as questões relativas à prescrição<sup>134</sup> devem ser observadas, para após serem apreciados os fatos, com a devida análise das provas (documentos, testemunhas, perícias, etc.).

---

<sup>132</sup> Ibidem. Art.164 – Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.

<sup>133</sup> Roza, Cláudio. *Processo administrativo disciplinar & ampla defesa*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 113.

<sup>134</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I – em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II – em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III – em 180 (cento e oitenta) dias, quanto á advertência.

§ 1º – O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º – Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º – A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º – Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

Apreciada a defesa do acusado a comissão passa a última parte do inquérito administrativo que é o relatório.

### **3.3.3 Do relatório no processo administrativo disciplinar**

Produzidas as provas e obedecidas todas as formalidades legais, parte-se então para o relatório do processo administrativo disciplinar, ou seja a última parte da fase de instrução, que é nada mais, nada menos, que uma síntese daquilo que foi efetivamente apurado no processo através dos meios probatórios apresentados.

O relatório é apresentado pela comissão responsável pelo processo, contendo ainda uma proposta conclusiva, sobre a inocência ou responsabilidade do servidor, indicando o preceito legal ou regulamentar transgredido, bem como eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes.

A importância do relatório é suprema, posto que a autoridade julgadora, após análise minuciosa do processo, divergir da proposta apresentada, sem qualquer ofensa ou desrespeito aos responsáveis pelo relatório, desde que fundamentada com base prova em contrário nos autos<sup>135</sup>. Ou seja, o relatório não tem cunho de decisão, sendo apenas uma síntese do que foi apurado dentro da comissão nomeada.

Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>136</sup>, quanto ao relatório faz a seguinte observação: “O relatório constitui as alegações finais do órgão instrutor e acusador (Comissão de Inquérito) e justamente pelo seu alto grau de vinculação à fase decisória, segue rígidas exigências legais de motivação ( art. 165, da Lei 8112/99)”.

---

<sup>135</sup> Ibidem. Op. cit., 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.

<sup>136</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 289.

### 3.3.4 Do julgamento no processo administrativo

Consoante o disposto no artigo 166<sup>137</sup> da Lei federal nº 8.112/90, o processo administrativo disciplinar, com o relatório da comissão processante, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento. Essa é a última fase do processo administrativo disciplinar, como se constata da norma contida no artigo 151, inciso III, da já citada lei.

Essa postura é adotada em atenção do devido processo legal, que é elemento fundamental para que haja validade no processo administrativo disciplinar, eliminando assim a possibilidade de julgamentos discricionários em torno de tais processos.

Sobre a fase do julgamento Processo Administrativo Disciplinar Adriana Menezes de Rezende<sup>138</sup>, assevera:

*O julgamento é a decisão final, com liberdade de apreciação das provas e livre convencimento, mas com expressa e inafastável motivação, sendo fundamental a perfeita conjugação entre o motivo oferecido como suporte do ato administrativo e os elementos fáticos e jurídicos comprovados nos autos (relação de causa e efeito).*

A Lei federal nº 8.112/90 dispõe, no *caput* do artigo 167<sup>139</sup>, o prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo disciplinar, para o julgamento da autoridade instauradora. No entanto, este prazo não é peremptório, vale dizer, que em caso de descumprimento não haverá qualquer nulidade, regra esta prescrita no § 1º do artigo 169<sup>140</sup>, a consequência na demora pode entretanto gerar a prescrição.

---

<sup>137</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 166 – O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.

<sup>138</sup> REZENDE, Adriana Menezes de. *Do processo administrativo disciplinar e da sindicância*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 49.

<sup>139</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 167 – No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

<sup>140</sup> *Ibidem*. Op. cit., art. 169 – Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo.

§ 1º – O julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo.

O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos, nos termos da Lei federal nº 8.112/90, artigo 168 *caput*.

Traçando-se um paralelo com o contido no artigo no artigo 157 do Código de Processo Penal autoridade julgadora formará sua convicção pela livre apreciação das provas, permitindo a autoridade administrativa tipifique a transgressão disciplinar de forma diversa ao contido no relatório da comissão, inclusive, desde que fundamentadamente, absolvê-lo.

Como bem esclarece Antônio Carlos Palhares Moreira Reis<sup>141</sup>:

*É perfeitamente razoável se admitir que a autoridade julgadora, que, como é cediço, não está inteiramente jungida ao relatório da comissão, possa buscar novos esclarecimentos para decidir, de modo a perseguir a verdade real e, por conseguinte, promover a imperiosa Justiça. Sempre oxigenando-se o procedimento com os constitucionais princípios da amplitude de defesa e do contraditório.*

Relevante fazer aqui menção à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Mandado de Segurança<sup>142</sup>:

*O indiciado em processo disciplinar se defende contra os fatos ilícitos, que lhe são imputados, podendo a autoridade administrativa adotar capitulação legal diversa da que lhes deu a comissão de inquérito, sem que implique cerceamento de defesa. Mandado de Segurança Indeferido.*

Cumprir destacar que em sendo a infração disciplinar também tipificada como crime, cópia integral autenticada do procedimento disciplinar deverá

---

<sup>141</sup> REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. *Processo disciplinar*. Brasília: Consulex, 1999, p. 100.

<sup>142</sup> Mandado de Segurança n. 20.355-2 - Distrito Federal, STF, Pleno, Rel. Min. Rafael Mayer, em 23/02/83, In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 152, p. 77.

ser remetida ao Ministério Público Federal, pela autoridade julgadora, para as providências relacionadas à eventual persecução penal do caso<sup>143</sup>.

Verificada a existência de vício insanável, em alguma etapa do processo a autoridade instauradora ou outra e hierarquia superior declarará a nulidade total ou parcial do processo e constituirá outra comissão para refazer o processo a partir dos atos declarados nulos, regra ditada pelo artigo 169 Lei federal nº 8.112/90.

---

<sup>143</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 171.

## O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A necessidade da processualização da atividade administrativa, esta no Estado Brasileiro, entrelaçada ao disposto no artigo 5º inciso LIV da Constituição Federal<sup>144</sup>: ninguém será privado da liberdade ou seu bens sem o devido processo legal.

A incidência do Devido Processo Legal tem hoje um sentido amplo, sendo acolhido na esfera administrativa, sobretudo, no tema do presente trabalho que trata dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Administrativo Disciplinar. Tal incidência fica clara nas palavras de Odete Medauar<sup>145</sup>:

*Relacionando os incs. LIV e LV, pode-se dizer que o segundo especifica, para a esfera administrativa, o devido processo legal, ao impor a realização do processo administrativo, com garantias do contraditório e ampla defesa, nos casos de controvérsia e ante a existência de acusados. No âmbito administrativo, desse modo, o devido processo legal não se restringe às situações de possibilidade de privação de liberdade e de bens. O devido processo legal, desdobra-se, sobretudo nas garantias do contraditório e da ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo.*

Cabe aqui uma menção a obra de Cláudio Roza ao citar Bacellar, sobre a importância do Princípio do Devido Processo Legal<sup>146</sup>:

*O devido processo legal é princípio matriz de todos o demais princípios processuais constitucionais. Tanto da aplicação do das garantias do contraditório, da ampla defesa e do juiz natural ( aspecto processual do princípio) como a conformidade das Leis, que além de não serem contraditórias, devem ser aplicadas (aspecto substancial do princípio, no campo do direto material, têm sido fundamentadas mediante o princípio do devido processo legal.*

A partir destes princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que combinados, devem assegurar um processo administrativo

---

<sup>144</sup> BRASIL, Constituição (1988). Op. cit., art. 5º, inc. LIV.

<sup>145</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo ...*, p. 184.

<sup>146</sup> ROZA, Cláudio. Op. cit., p. 101.

regular, não se permitindo abusos por parte da Administração Pública, assegurando-se a existência de um Estado Democrático de Direito.

#### 4.1 O Devido Processo Legal e seus Aspectos Históricos

Surge da cultura anglo-saxônica o devido processo, tendo como marco a Magna Carta *Libertatum*, no ano de 1215, tendo caráter político e social da Inglaterra medieval.

Ao tratar sobre o tema Maria Rosynete Oliveira Lima, citada por Gil Ferreira de Mesquita<sup>147</sup>, menciona:

*O marco inicial a ser considerado é o ano de 1066, época em que os normandos, vindos da França e comandados pelo Duque William da Normandia, chamado “O Conquistador”, invadiram a Inglaterra com tropas constituídas por cinco mil cavaleiros e seis mil soldados, instalando-se o sistema feudal reservando-se ao soberano a propriedade do solo conquistado, e distribuindo-se aos Barões normandos o respectivo uso.*

De William a seus sucessores, Henrique I e Henrique II, os governos foram despóticos sendo necessária a concessão periódicas de cartas de franquia para impedir rebeliões.

O Rei Ricardo Coração de Leão, sucessor de Henrique II, participa da Terceira Cruzada, durante a sua ausência, governa a Inglaterra seu irmão João Sem Terra. Anos após, e sem sucesso, o rei Ricardo retorna à Inglaterra, mas governando-a por três anos, alvejado por uma flecha, agonizando designa João Sem Terra como seu sucessor, sendo este coroado em 27 de maio de 1199.

Maria Elizabeth Moura<sup>148</sup> ao tratar do reinado de João Sem Terra assevera:

*O reinado de João Sem Terra serviu para externar sua tirania e demonstrar sua inaptidão para reinar: passou a exigir elevados tributos para manutenção de seus projetos bélicos; opôs-se ao Clero, sendo excomungado pelo Papa Inocêncio III, em 1209, ao recusar*

---

<sup>147</sup> MESQUITA, Gil Ferreira de. Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 12.

<sup>148</sup> Idem, p. 13.

*Stephen Langton como novo Arcebispo de Cantuária (Canterbury); e por várias outras práticas opressivas para obrigar o cumprimento de obrigações de arrendamentos, além de confisco arbitrário de propriedades para uso próprio.*

Os senhores feudais, receosos dos julgamentos provenientes da Cora, que até então se demonstrava sensivelmente instável e despótica, e, tendo como objetivo garantir, em específico, a manutenção de seus privilégios e prerrogativas, entre as quais a prerrogativa de serem julgados por um Tribunal embasado pelas leis da terra, marcham sobre Londres em 24 de maio de 1215 recusando lealdade ao rei. Em face das pressões sofridas o rei decide assegurar as demandas dos senhores feudais apresentando um documento denominado *Articles of the Barons* que veio, posteriormente, dar origem a Carta Magna selada por João Sem Terra ainda no ano de 1215, no dia 15 do mês de junho.

A primeira função deste documento, sem dúvida era de limitar o poder do rei, mas por conseguinte garantia aos Barões direitos e prerrogativas, como anunciou Fábio Konder Comparato<sup>149</sup>: “[...] a Magna Carta constitui na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais”.

Neste sentido, assevera Friede<sup>150</sup>, citando Theodoro Junior que:

*[...] manifestado primitivamente como reação da nobreza contra os julgamentos de organismos da coroa que se preocupavam apenas em satisfazer a vontade indiscutível do monarca, o princípio se instalou na velha Inglaterra de João Sem terra, como uma exigência de que todos os senhores feudais tinham direito de ser julgados por um Tribunal formado entre seus pares e segundo as leis da terra .*

Posteriormente, dada a repercussão, o que nascia para conceder garantias aos nobres passou a simbolizar uma garantia a todos os súditos do rei, contra seus abusos. Cumpre um comentário de que a versão original da Magna Carta fora redigida em latim, a fim de dificultar o acesso de grande parte da população.

<sup>149</sup> COMPARTO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva: 1999, p. 64.

<sup>150</sup> FRIEDE, Reis. A Garantia Constitucional do Devido Processo Legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: v. 716, a. 84, jun. 1995, p. 71.

Assevere-se, ainda, que à época não se conhecia a expressão, devido processo legal, mas sim a denominação *law of land*, a Lei da Terra, querendo simbolizar o uso da lei do país, da nação. No dispositivo 39 da Magna Carta da Lei da Terra tem-se a seguinte disposição, aqui traduzida por Nelson Nery Junior<sup>151</sup>:

*Nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer outro modo destruído, nem lhe imporem nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra". Restringia-se, desta forma, a atitudes arbitrárias do rei limitando seus direitos devendo observar as leis então vigentes em seu atuar político.(traduzi) .*

Em 1354, na Inglaterra, o Rei Eduardo III, marcou a evolução da humanidade reafirmando a Magna Carta através do *Statute of Westminster of the Liberties of London*<sup>152</sup>. A carta de liberdades trouxe em seu texto, pela primeira vez a expressão *due process of law* em seu dispositivo simbolizando direito concedido ao indivíduo de ter um processo ordenado em substituição ao termo *per legem terrae*.

Esta evolução das expressões, de *law of land* para *due process of law*, conforme Eduardo Couture<sup>153</sup>:

*reflete um grau de desenvolvimento em direção a uma maior proteção jurídica, já que não se alude mais ao juízo dos pares nem à lei da terra, e sim, a um processo legal (embora de aplicação restrita aos nobres) como garantia de proteção ao direito material.*

No direito norte americano o princípio do *due process of law* este princípio não foi consagrado em nível constitucional em 1787, mesmo como a forte influência do direito inglês, vez que pois muitos constituintes e legisladores norte-americanos estudaram em universidades inglesas trazendo tal preceito para a América do Norte. A incorporação, de forma uniforme, deu-se por intermédio da

---

<sup>151</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. In: Coleção de Estudo de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, 2004, p. 61. Magna Carta, art. 39 – *Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*.

<sup>152</sup> "Nenhum homem de qualquer camada social ou condição pode ser retirado de sua terra ou propriedade, nem conduzido, nem preso, nem deserdado, nem condenado à morte, sem que isto resulte de um devido processo legal". Resguardava, deste modo, em seus termos, todo e qualquer cidadão de arbitrariedades, embasada na necessidade de um processo justo e ordenado. (traduzi) Disponível em: [http://www.edfac.usyd.edu.au/staff/souters/constitution/statute\\_westminster.html](http://www.edfac.usyd.edu.au/staff/souters/constitution/statute_westminster.html)>. Acesso em: 12 nov. 2006.

<sup>153</sup> COUTURE, Eduardo. *Las garantías constitucionales del proceso civil. Estudios de derecho procesal* in: honor de ALSINA, Hugo. Buenos Aires: Ediar, 1946, apud CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 40.

emenda de nº 5, de 1791, e pela de nº 14, de 1868, como traduz Adhemar Ferreira Maciel<sup>154</sup>:

*[...] nenhuma pessoa será privada de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal. Diz a Emenda V: ninguém será compelido em nenhum processo penal a ser testemunha contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; a Emenda XIV, por sua vez, fala em sua seção I que: nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal.*

Desta forma, o Princípio do Devido Processo Legal, passa a fazer parte de uma característica de países democráticos, com o objetivo primordial, de resguardar seu cidadão de arbítrios provindos do Estado.

A relevância do princípio, como forma de se assegurar a todo e qualquer indivíduo o direito de um processo justo e isonômico que também encontrou amparo, o *due process of law*, artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>155</sup>, nos seguintes termos: *Art. 8º Toda pessoa tem direito, em condições de plenas igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.*

No Brasil, muito embora, de forma indireta, as exigências básicas para a observância de um devido processo legal tenham acompanhado, invariavelmente, a história constitucional, as seis Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967), anteriores a de 1988 não previram de modo expreso e inequívoco a cláusula do devido processo legal, muito embora o reconheça a doutrina sua existência de modo. Mas, somente com a Constituição de 1988 é que emerge expressamente o instituto do devido processo legal expreso no artigo 5º inciso LVI<sup>156</sup>, que dispõe: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

---

<sup>154</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo: n. 85, jan./mar.1997, p.175.

<sup>155</sup> *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 17 out. 2006.

<sup>156</sup> BRASIL, Constituição (1988). Op. cit., art. 5º, inc. LVI.

A Constituição Imperial de 1824, por exemplo, considerada por alguns autores por ser a mais liberal das constituições brasileiras, não expressa diretamente o Princípio do Devido Processo Legal, mas a doutrina o vislumbrou em diversos dispositivos voltados a área penal, como comenta Paulo Fernando Silveira<sup>157</sup>: *não há registro histórico no sentido de que no tempo da Constituição imperial outorgada por D. Pedro I, em 1824, haja o direito brasileiro tomado conhecimento do instituto do devido processo legal, senão vaga, nebulosa e, imprecisamente, na área criminal procedimental.*

A Constituição de 1967, alterada pela emenda constitucional de 1969, precedente a atual, em seu capítulo dos direitos e garantias individuais, artigo 153 e seguintes, previa algumas garantias extremamente importantes, que implicitamente continham o Princípio do Devido Processo Legal ao assegurarem o direito a ampla defesa, ao contraditório, ao acesso ao Poder Judiciário, etc. Como induz o entendimento do § 15 do art. 153, que preceituava sobre o direito a ampla defesa e a utilização dos recursos legais: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado, nem tribunais de exceção”, no que tange o contraditório vale mencionar o § 16 que previa a garantia do contraditório: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”. O acesso ao Poder Judiciário, ou o direito de ação, estava assegurado no § 4º do art. 153<sup>158</sup>: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual [...]”.

Destes dispositivos construiu-se, por intermédio da doutrina e da jurisprudência, a idéia de que mesmo sem previsão expressa deveria ser observado o devido processo legal, o que foi corroborado pelo conteúdo da legislação infraconstitucional, valendo citar José Augusto Delgado<sup>159</sup>, ao comentar o artigo 153, §4º da Constituição de 1967:

*Há direito de ação comparado pelo art. 153, §4º, da Constituição Federal. No conteúdo da afirmação de que nenhuma lesão de direito*

---

<sup>157</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. Apud MESQUITA, Gil Ferreira de. Op. cit., p. 39.

<sup>158</sup> BRASIL, Constituição (1988). Op. cit., art. 153, § 4º.

<sup>159</sup> DELGADO, José Augusto. Princípios Processuais Constitucionais. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)*, Porto Alegre: v. 39, a. XIV, 1987.

*individual será subtraída à apreciação do Poder Judiciário está sendo também assegurado o direito de ação. Esta garantia, contudo, seria incompleta se não tivesse força de impor o sistema denominado de devido processo legal, isto é, o que é estabelecido em lei própria, dando igual oportunidade às partes, garantindo a defesa, instrução contraditória, ausência de jurisdição única, publicidade dos atos, finalidade pública e imparcialidade do juiz. Em tais traçados repousa o princípio do devido processo legal que repugna decisões proferidas extra-autos e julgamentos proferidos nos autos, porém 'extra petita'.*

## 4.2 Definição e Abrangência

Não há no texto constitucional de forma expressa um conceito objetivo sobre o conteúdo e abrangência do Princípio do Devido Processo Legal. Ficando a cargo dos doutrinadores, sejam constitucionalistas, ou processualistas abrangência deste preceito, permitindo determinar seu emprego e a amplitude.

O autor português J. J. Gomes Canotinho<sup>160</sup>, designa o devido processo legal como o processo devido em direito, conceituando-o:

*Processo devido em direito significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, liberdade e da propriedade. Nestes termos, o processo devido é o processo previsto na lei para a aplicação de penas privativas da vida, da liberdade e da propriedade.*

Dentro dos constitucionalistas pátrios Alexandre de Moraes<sup>161</sup>, assevera sobre o Princípio do Devido Processo Legal:

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

Dentre os processualistas há de ser citado Arturo Hoyo<sup>162</sup> para o qual: o princípio do devido processo legal está inserido no contexto, mais amplo, das garantias constitucionais do processo, e que somente mediante a existência de

<sup>160</sup> CANOTIHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 487.

<sup>161</sup> MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 93.

<sup>162</sup> HOYOS, Arturo. *Apud* WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações Sobre o Princípio do Devido Processo Legal. *Revista de Processo*, São Paulo: n. 63, a. 16, 1991, p. 55.

normas processuais, justas, que proporcionem a justeza do próprio processo, é que se conseguirá a manutenção de uma sociedade sob o império do Direito.

No âmbito dos processualistas pátrios, tem-se a definição posta por Humberto Theodoro Júnior<sup>163</sup>, que compreende o *due process of law* como uma garantia de processo ordenado segundo a lei.

Seguindo o mesmo pensamento José Cretella Neto<sup>164</sup> diz consistir o devido processo legal: na aplicação judicial da lei por intermédio do processo, único instrumento legítimo para fazê-lo.

Rogério Lauria Tucci<sup>165</sup>, quanto ao Princípio do Devido Processo Legal, afirma:

*[...] constituindo marcante página da história da liberdade, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade em todo o desenrolar do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se verifiquem todas as formalidades e exigências em lei previstas*

Oportuna a transcrição das palavras de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO<sup>166</sup>, acerca do Princípio do Devido Processo Legal: Entende-se, com esta fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado assegura às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.

Rui Portanova<sup>167</sup> entende que a este princípio cumpre ao processo obedecer às normas previamente estipuladas em lei, com isto, assegura-se a todos os cidadãos que a solução de seus conflitos obedecerá aos mecanismos jurídicos de acesso e desenvolvimento do processo, conforme previamente estabelecido em leis.

---

<sup>163</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Apud* LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 180.

<sup>164</sup> CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44.

<sup>165</sup> TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

<sup>166</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria ...*, p. 82.

<sup>167</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 145.

Alusiva é a citação a ser feita do entendimento Cretella Neto<sup>168</sup>, sobre a abrangência do princípio em questão diante dos direitos fundamentais:

*O conceito do 'due process of law' não se restringe, portanto, à mera garantia das formas processuais preconizadas pela Constituição, mas à própria substância do processo, que permite a efetiva aplicação das leis; e, quando se diz 'processo', entenda-se que o termo é aqui empregado com a maior amplitude possível, abrangendo quaisquer procedimentos que possam violar direitos fundamentais.*

Sustenta Nelson Nery Junior<sup>169</sup> que no Direito Processual Brasileiro a garantia do *due process of law* é utilizada no sentido de assegurar a igualdade das partes, o *jus actionis*, o direito de defesa e o direito ao contraditório no trâmite processual. Podendo ser considerado, assim um *megaprincípio*.

Acrescenta ainda o mesmo autor<sup>170</sup>:

*[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do due process of law para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantissem aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais são espécies. Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestação do "devido processo legal" o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular.*

Enquanto isto, Frederico Marques, mencionado por José Afonso da Silva<sup>171</sup> leciona que através deste princípio:

*Garante-se o processo, e 'quando se fala em processo, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.*

Enfim, trata-se o devido processo legal, conforme ensinamento de Paulo Fernando Silveira<sup>172</sup>, de termo utilizado para:

<sup>168</sup> CRETELLA NETO, José. Op. cit., p. 43.

<sup>169</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 70.

<sup>170</sup> Idem. Op. cit., loc. cit.

<sup>171</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 432.

<sup>172</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal – Due Process of Law*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 80.

*explicar e expandir os termos vida, liberdade, e propriedade e para proteger a liberdade e a propriedade contra legislação opressiva ou não razoável, para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seus pertencer o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo.*

Destarte, pode o Princípio do Devido Processo Legal, ser tomado como o núcleo mínimo de garantias processuais, que visam o direito de ser comunicado sobre as existências de atos que venham a restringir a sua esfera jurídica, o direito de ter todas as oportunidades que se mostrarem razoáveis para expor e demonstrar as suas razões (direito à manifestação e à prova), o direito de ser julgado por um órgão pré-determinado em lei e que seja idôneo e imparcial. Apresenta-se como um importantíssimo instrumento para o alcance dos operadores do direito para as soluções justas dos conflitos sociais, preconizado pela igualdade de oportunidades para os litigantes.

Necessário é enfatizar o Princípio do Devido Processo Legal resguarda as partes de atos arbitrários das autoridades jurisdicionais e executivas, porém, há que se relembrar como ressalta Ruy Portanova<sup>173</sup>:

*que a tortura com objetivo de se obter a confissão do demandado já integrou o devido processo legal, e que somente a partir de 1988 é que foi estendido ao processo administrativo, muito embora, antes de sua explicitação já existisse um procedimento estruturado; numa demonstração de que tal princípio não é estático mas adapta-se ao período histórico-jurídico em que atua.*

Por fim, cabe ressaltar que hoje o *due process of law* é que um princípio garantidor do Estado Democrático de Direito, obrigando ser de seguido o rito processual previsto na legislação infraconstitucional, a qual deve estar em consonância com os demais princípios da Carta Constitucional, dando-lhes efetividade. Não se trata, por conseguinte, de simples garantia ao processo ordenado, mas também de *um processo justo ou adequado, que tem por objeto, naturalmente, a realização do ideal de protetividade dos direitos*<sup>174</sup>. O princípio em comento compreende a concepção de que o processo de ser *materialmente informado pelos princípios da Justiça*<sup>175</sup>. Como bem assevera Maria Rosynete

---

<sup>173</sup> PORTANOVA, Ruy. Op. cit., p. 78.

<sup>174</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 482.

<sup>175</sup> ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 46.

Oliveira Lima<sup>176</sup>: *o devido processo legal "proporciona forma e matéria ao Estado Democrático de Direito brasileiro, inclusive no que pertine ao seu acréscimo democrático, que agrega noções de justiça, igualdade jurídica e respeito aos direitos fundamentais"*.

De tal sorte que a doutrina brasileira, mesmo após da Constituição de 1988, considera o devido processo legal princípio matriz dos demais princípios constitucionais<sup>177</sup>.

### 4.3 A Bipartição do Devido Processo Legal

Genericamente o Princípio do Devido Processo Legal, tem como objetivo primordial resguardar o trinômio vida-liberdade-propriedade, no entanto, não apenas sob a ótica do direito processual, mas inclusive do próprio direito material, muito embora suas origens na Carta Magna tenham se concretizado no âmbito processual, de tal sorte que duas são as facetas, amplamente reconhecidas pela doutrina e jurisprudência, sobre as quais incide o devido processo legal: o *substantive due process*. e o *procedural due process*

A processualidade conferida ao princípio, cede lugar para outras análises as quais repercutem diretamente em todos os ramos do direito material, transpondo sua esfera individualista para a uma coletiva, bipartindo-se em *substantive due process* e *procedural due process*, atingindo seu escopo não somente político, mas social e ético.

A teoria do *substantive due process* liga-se às primeiras experiências da *judicial review*, tendo sido utilizada pela Corte norte-americana para operar o controle judicial da constitucionalidade das leis a partir do entre os anos de 1890 e 1937.

Esclarece Cristopher Wolfe<sup>178</sup>:

---

<sup>176</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Op. cit., p.187

<sup>177</sup> ALVIM, Angélica Arruda. Princípios Constitucionais do Processo. *Revista de Processo*, São Paulo: n. 74, a. 19, p. 21-32, abr./jun. 1994, p. 21.

<sup>178</sup> WOLFE, Cristopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, p. 210. *Apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 224.

*A teoria do substantive due process esteve agregada à primeira prática real da moderna judicial review. A doutrina do devido processo legal substantivo assim foi denominada porque a investigação não se centrava no procedimento legal, mas na própria lei e caso se pudesse exigir que uma pessoa obedecesse essa lei. Se a lei operasse privação arbitrária da vida, propriedade, liberdade, a Suprema Corte poderia declarar sua inconstitucionalidade por ofensa ao princíioso substantive due process.*

O *substantive due process*, de cunho não privatístico, tem então como resultado da análise da Suprema Corte Americana, intervindo na atividade estatal, sobretudo a legislativa, cuidando de corrigir eventuais abusos do poder soberano ao legislar, acerca de atos normativos que tenham o condão de ferir os direitos individuais, posiciona-se como obstáculo ao surgimento de leis injustas emanadas do próprio Estado, de modo a assegurar o cidadão contra a criação de leis que venham a ferir mortalmente seus direitos fundamentais. Neste sentido esclarece Ramos Junior<sup>179</sup> ao afirmar que: *a luta do cidadão contra os abusos do Poder Governamental através de instrumentos específicos tem sido encarada como manifestação do devido processo legal em sua acepção material ou substancial.*

Ressalva Nelson Nery Junior<sup>180</sup>:

*A origem do substantive due process teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no principio da razoabilidade das leis: Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja law of the land, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário .*

A idéias fundamentais *substantive due process* é a seguinte: o produto legislativo tem de estabelecer uma relação razoável com o fim legitimamente pretendido, caso contrário o Poder Judiciário pode declará-lo nulo; não podendo os poderes do Estado limitar a liberdade do cidadão, concretizando o Estado Democrático de Direito, não apenas em seu aspecto legal, formal mas também em seu aspecto material.

---

<sup>179</sup> RAMOS JUNIOR, Geraldo Luiz. *Princípios constitucionais do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 17.

<sup>180</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 67.

Uma última questão defendida por Nelson Nery Junior<sup>181</sup>, acerca do substantive *due process* ao fazer um liame entre este e os demais ramos do direito, como o direito administrativo, no tocante ao princípio da legalidade e o exercício do poder de polícia. Para tanto menciona que:

*No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula substantive due process. Os administrativistas identificam o fenômeno do due process, muito embora sob outra roupagem, ora denominando-o de garantia da legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade. Já se identificou a garantia dos cidadãos contra os abusos do poder governamental, notadamente pelo exercício do poder de polícia, como sendo a manifestação do devido processo legal.*

Sob a ótica processual, o devido processo legal alcança significado mais restrito. O *procedural due process* passa a expressar o direito dos indivíduos de obterem garantias de caráter exclusivamente processual, tais como o direito ao conhecimento da acusação; o direito a julgamento célere; a ter decisão devidamente motivada; de não ser julgado com base em provas obtidas por meios ilícitos, o direito de ser julgado por órgão competente, direito ao contraditório; a igualdade entre outros.

Valendo enfatizar que o processo é composto de fases e atos processuais que devem ser rigorosamente seguidos viabilizando as partes à efetividade do processo, não somente em seu aspecto jurídico-procedimental mas também em seu escopo social, ético e econômico

O *procedural due process*, também chamado de devido processo adjetivo ou procedimental, é considerado mais restrito que a devido processo material e caracteriza-se pela simples norma de respeito ao procedimento previamente regulado.

A cláusula do devido processo legal no Direito Constitucional americano refere-se, numa primeira fase (5ª Emenda), como se sabe, apenas as garantias de natureza processual propriamente ditas, relativas ao direito a *orderly*

---

<sup>181</sup> Idem. Op. cit., p. 66.

*proceedings*, procedimentos ordenados por princípios como, no campo processual penal, a proibição de *bill of attainder* (ato legislativo que importa em considerar alguém culpado pela prática de crime, sem a precedência de um processo e julgamento regular, em que lhe seja assegurada ampla defesa) e de leis retroativas (*ex post facto law*), além da vedação de auto-incriminação forçada (*self incrimination*), do julgamento duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e do direito à ampla defesa e ao contraditório.

A doutrina, mesmo ciente da vigência da cláusula *due process of law* nas constituições anteriores e do seu alcance a todos os tipos de procedimentos, debruçou-se especialmente na sua aplicação ao direito processual penal.

Como anteriormente mencionado, a Constituição Federal de 1988, foi responsável no direito pátrio por uma nova etapa o desenvolvimento do Princípio do Devido Processo Legal, principalmente pela abrangência deste aos litigantes em processo civil e trabalhista, e aos acusados em processo penal e administrativo.

Toda atuação do Estado há de ser exercida em prol do público mediante o processo justo, mediante a segurança dos trâmites legais do processo impedindo-se, por conseguinte, decisões voluntaristas e arbitrárias efetivando o princípio constitucional da igualdade e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Por fim Nelson Nery Junior<sup>182</sup> assevera:

*Resumindo o que foi dito sobre este importante princípio, verifica-se que a cláusula do procedural due process of law nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter his day in Court, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.*

---

<sup>182</sup> Idem. Op. cit., p. 70.

#### 4.4 A Aplicação do Devido Processo Legal no Processo Administrativo Disciplinar

Em consonância ao até aqui transcrito, sobre o Princípio do Devido Processo Legal, faz-se necessária apreciarmos a submissão do Processo Administrativo Disciplinar, frente a esse.

Do ponto de vista do *substantive due process* certo é assegurar a necessidade de haver o controle da legislação infraconstitucional, quanto aos ditames constitucionais que devem permeá-la, e aqui em específico da que trata sobre o Processo Administrativo Disciplinar, restringindo os efeitos das legislações que não se identifiquem com os direitos fundamentais petrificados na Constituição Federal de 1988, construindo uma sólida base impenetrável, no que concerne a proteção das destes direitos indissociáveis da pessoa humana.

A essência do *substantive due process of law*, no campo do Processo Administrativo Disciplinar, reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade, bem como a ação da Administração Pública frente ao servidor, estar sedimentada pelo princípio da legalidade.

A este respeito trata Nelson Nery<sup>183</sup>:

*[...] a administração pública deve agir nos limites de sua atribuição, vedado a ela agir contra legem ou praeter legem, mas sempre secundum legem vale dizer, de conformidade com a lei e dentro dos limites dados por ela. Este fenômeno, que pode ser chamado de princípio da submissão da administração à lei, do ponto de vista prático, retrata manifestamente a noção de Estado de Direito.*

No que tange ao *procedimental due process of law* aplicado ao processo administrativo disciplinar, pela aplicação do contraditório e da ampla defesa, dentro de um processo regular, antes que sejam adotadas pela a Administração decisões gravosas.

---

<sup>183</sup> Idem. Op. cit., p. 67.

Neste sentido Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>184</sup>, ao citar Odete Medaur: “[...] os incisos LIV e LV do art. 5º devem ser interpretados de forma combinada. Bem por isto o devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e da ampla defesa, com aplicabilidade no processo administrativo”.

Utilizando-se da mesma autora<sup>185</sup>, quanto ao acima citado vale mencionar:

*Relacionando-se os incs. LIV e LV, pode-se dizer que segundo específica, para a esfera administrativa, o devido processo legal, ao impor a realização de processo administrativo, com garantias do contraditório e ampla defesa, nos casos de controvérsia e ante a existência de acusados. No âmbito administrativo, desse modo, o devido processo legal não se restringe às situações de possibilidade de privação de liberdade e de bens. O devido processo legal, desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e da ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo.*

É neste sentido de se aprimorar a aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar que no capítulo seguinte estes princípios importantíssimos serão tratados de modo específico.

---

<sup>184</sup> MEDAUR, Odete. *A processualidade ... Apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo. Coleção Curso & Concurso. Coord. BONFIM, Edilson Mougenot. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 225.*

<sup>185</sup> Idem. *Direito administrativo ...*, p. 184.

## DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Neste capítulo iremos tratar, na ótica do Devido Processo Legal, dos princípios a ela corolários, que são o do Contraditório e da Ampla Defesa, aplicados ao Processo Administrativo Disciplinar.

Os princípios em questão sedimentados no artigo 5º inciso LIV de nossa Constituição Federal devem, embora a parte da doutrina os tratem sem distinção, serem apreciados de maneira individualizada, apesar de se complementarem, assim defende Gil Ferreira de Mesquita<sup>186</sup>, ao comentar a mencionado dispositivo constitucional:

*Também deve ser observado que a redação do dispositivo quer deixar claro, embora nem sempre consiga fazer-se entender, que contraditório e ampla defesa querem significar conceitos diferentes, embora exista entre eles uma relação de complementação. É inconcebível imaginar que o propósito legislativo tenha sido outro, pois ao afirmar ‘são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’ (grifo nosso), o constituinte fez crer que são duas garantias consagradas em um único preceito.*

Antônio Cláudio da Costa Machado<sup>187</sup> destaca que: “pela primeira vez no direito constitucional brasileiro, os princípios do contraditório e da ampla defesa são expressamente garantidos aos litigantes em geral”, e nos ensina o seguinte sobre o que sejam:

*Princípio do Contraditório: ou princípio da audiência bilateral (‘audiatur et altera pars’), nome pelo qual também é conhecido -, o que se pode e deve dizer é que ele significa duas garantias processuais simultaneamente: direito à informação e direito à reação [...]. Note-se que o direito à informação se concretiza por meio dos institutos da citação, intimação (arts. 213 e 234, do CPC) e notificação (LMS e CLT), enquanto que a reação se expressa por*

---

<sup>186</sup> MESQUITA, Gil Ferreira de. Op. cit., p. 132.

<sup>187</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Normas processuais ...*, p. 10-11.

*meio de todas as formas, sem exceção, pelas quais as partes podem manifestar seu inconformismo em relação aos atos e termos do processo.*

[...]

*Princípio da Ampla Defesa: cumpre ressaltar que ele significa uma particular manifestação do direito de reação desencadeada pelo ato citatório e intimatório. Particular, dizemos, porque a ampla defesa representa o direito constitucional de receber citação, o direito de, por meio de profissional habilitado, sustentar sem restrições as suas razões em contestação, infirmar as razões do adversário, produzir provas e contraprovas amplamente, participar da colheita das provas em audiência (eis “os meios... a ela inerentes” de que fala o texto) e, finalmente, o direito de usar dos recursos para fazer valer as razões perante as instâncias superiores. Por último, registre-se que no processo civil basta a oportunidade para a prática desses atos para que se tenha por cumprida a garantia constitucional.*

A doutrina, de modo geral, não costuma diferenciar o contraditório da ampla defesa, de forma a delimitar cada um dos princípios; ao contrário, muitas vezes dá tratamento idêntico a ambos.

Há sem dúvida uma correlação entre os princípios do contraditório e o direito de defesa, para tanto recorremos a José Afonso da Silva<sup>188</sup> ao mencionar Liebman, que diz:

*“O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representa garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos [brasileiros] e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos.*

*oportunidade para produção de provas. É preciso que o próprio juiz avalie se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação de seu convencimento. Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo.*

De tal modo inserido no campo dos Direitos Fundamentais, no direito de defesa, está sem dúvida, inserido o contraditório, como demonstra Celso Ribeiro Bastos<sup>189</sup>:

<sup>188</sup> LIBEMAN, Enrico Tillio. *Manuale di diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, v. I, 1973, p. 22. *Apud* SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, p. 432.

<sup>189</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 235.

*O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo o ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquele feita pelo autor. Daí o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz. É por isto que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de*

Na opinião de Ada Pellegrini Grinover<sup>190</sup>:

*Num determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos – a informação e a possibilidade de reação – não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa. Mas, de outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste. Isto porque a defesa representa, na realidade, um aspecto integrante do próprio direito de ação, quais face e verso da mesma medalha, até porque não se pode falar em ação senão com relação à defesa, baseando-se a atuação de ambas as garantias sobre componentes idênticas.*

Para Alexandre de Moraes<sup>191</sup>., a distinção consiste:

*Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igualmente direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.*

Com a devida limpidez, Rui Portanova<sup>192</sup> apresenta as diferenças entre o contraditório e a ampla defesa:

*O princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega e – tal com o direito de ação – tem o direito de não se defender. Optando pela defesa, o faz com plena liberdade.*

<sup>190</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências ...*, p. 4-5.

<sup>191</sup> MORAES, Alexandre. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>192</sup> PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 125.

Nos mesmos fundamentos de Portanova, assevera Gil Ferreira de Mesquita<sup>193</sup> registra que:

*“Entendemos que o contraditório é que possibilita a ampla defesa. O réu somente poderá apresentar uma contestação, por exemplo, após sua citação”.*

Conclui ainda o mencionado autor que<sup>194</sup>: “[...] pode ser afirmado que o contraditório proporcionou a ampla defesa, mas esta é faculdade do réu. Em outras palavras, a informação é obrigatória, mas a reação, esta é facultativa”.

Diante do até aqui apreciado denota-se que os dois conceitos são estanques, mas sem deixarem de ser ao mesmo instante conexos, porque não adianta permitir a defesa se a parte não tem conhecimento dos atos processuais; de outro, de nada vale dar conhecimento dos atos processuais e não se possibilitar a defesa.

## **5.1 Princípio do Contraditório**

O princípio do contraditório foi inserido na gama dos direitos fundamentais, na Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LV<sup>195</sup>, juntamente a garantia da ampla defesa, no seguinte sentido: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Assim, como bem trata Roberto Rosas<sup>196</sup>, o princípio do contraditório é: “uma garantia político-constitucional do indivíduo. É um meio técnico de que a lei se vale para a condução do processo e garantir os fins da justiça. As partes interessadas é que devem fornecer a matéria de fato válida, a definir a instrução”.

Tem por escopo a possibilidade de debate de posições opostas, ou seja, em razão das arguições de uma das partes a outra é dada à oportunidade de

---

<sup>193</sup> MESQUITA, Gil Ferreira de. Op. cit., p. 186.

<sup>194</sup> Idem. Op. cit., p. 187.

<sup>195</sup> BRASIL, Constituição (1988). Op. cit., art. 5º, inc. LV.

<sup>196</sup> ROSAS, Roberto. Op. cit., p. 46.

apresentar sua sustentação acerca dos fatos e fundamentos, com o objetivo de concretizar um princípio constitucional, materializando-o efetivamente.

Não restam dúvidas que são as partes em processo, as incumbidas de demonstrar suas argüições, por intermédio de todos os instrumentos legais e morais disponibilizados, posto serem estas as destinatárias da decisão final, como bem postula Carlos Alberto Álvaro de Oliveira<sup>197</sup>: “É ineliminável o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo a defesa das próprias razões antes da prolação da decisão. A matéria liga-se ao próprio respeito à dignidade humana”.

Complementando o mesmo autor, coloca que em outros tempos, apresentava-se o contraditório de forma limitada, vez que, se refletia apenas na contraposição à demanda em seu início, enquanto, hoje, tendo em vista a aspiração pela realização da Justiça, revela-se como uma garantia que permite a participação efetiva das partes no processo, representada pelo “*diálogo judicial na formação do juízo*”<sup>198</sup>.

Na mesma linha de pensamento, Eduardo Cambi<sup>199</sup> aprecia da seguinte forma o princípio do contraditório:

*Trata-se de conferir oportunidades razoáveis para que cada uma das partes realize, dentre os vários atos juridicamente admissíveis, aquele que considere o mais apropriado para neutralizar o movimento contrário, tirando o melhor proveito possível. A garantia do contraditório deve significar a efetiva possibilidade de as partes agirem em juízo. A dinâmica processual e a efetivação do contraditório, ao longo do procedimento, são constatadas a partir da análise do conjunto das situações jurídicas, ativas e passivas (poderes, faculdades, direitos, deveres, ônus e sujeição), atribuídas a cada um dos sujeitos processuais vinculados à relação jurídica processual.*

Denota-se assim que a importância do princípio do contraditório é deveras significativa, como lecionam Angélica Arruda Alvim e José Carlos Barbosa

---

<sup>197</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo: n. 71, a. 18, jul./set. 1993, p. 34.

<sup>198</sup> Idem. *Garantia do contraditório*. In: Coord. TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 136-137.

<sup>199</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 126-131.

Moreira<sup>200</sup>: “Seu alcance implica que deva ser dado conhecimento da ação e de todos os atos do processo às partes, bem como a possibilidade de responderem, se necessário, e se pertinentes, produzirem provas 'próprias e adequadas à demonstração do direito que alegam ter”.

Agrega-se a este entendimento Moacyr Amaral Santos<sup>201</sup> ao citar a tese de Libeman, a qual segundo o autor vem amparando a doutrina: “Entende-se que o princípio é respeitado quando se dá a todas as partes a possibilidade de defender-se; que o façam efetivamente, que compareçam a juízo e ofereçam as suas razões, ou permaneçam inativas, ou mesmo sejam contumazes, dependendo de sua livre determinação”

A participação no processo é fato reconhecido no Estado de Direito. Na expressão de Norberto Bobbio<sup>202</sup>: o Estado de direito é o Estado dos cidadãos.

Corroborando desta mesma forma Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>203</sup>:

*O contraditório (entendido como participação dos contendores na formação da prova) guarda dois sentidos: é útil a favorecer o bom resultado da instrução probatória, e, em outra perspectiva, é moralmente necessário uma vez que um processo sem contraditório, ainda que garantida a justiça da decisão, seria um produto ideologicamente deteriorado. A deterioração ideológica advém do mito do juiz infalível.*

É evidente que o contraditório exige a mais satisfatória informação para possibilitar a devida reação. A contradição permeia todos os caminhos do processo, para que em todas as suas fases sejam coerentes, para uma decisão final acertada e justa.

Como bem salienta Antonio Scarance Fernandes<sup>204</sup>: são elementos essenciais do contraditório à necessidade de informação e a possibilidade de reação.

---

<sup>200</sup> ALVIM, Angélica Arruda. Op. cit., p. 32.

<sup>201</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 76-77.

<sup>202</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 61.

<sup>203</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 235.

<sup>204</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

Ao analisar o tema, Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>205</sup>, expressa que:

*O contraditório, princípio que também é assegurado pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal e acolhido expressamente pelo artigo 2º da Lei federal nº 9.784/99, traduz-se na efetiva participação do acusado na instrução do processo, ativa e crítica, de modo que ele produza suas próprias razões e provas e que possa contestar argumentos e formação probatória que lhe sejam desfavoráveis. O contraditório reflete um diálogo, uma alternância bilateral da manifestação das partes conforme a fase do processo e a decisão final. A eficiência do contraditório depende que seja sopesada a dialética processual. A decisão do processo deve ser tomada em vista dos pensamentos contrapostos e do cotejo das posições distintas. O contraditório permite que todos os envolvidos tenham as mesmas oportunidades de convencimento. Assim como a ampla defesa, ele é um princípio inerente ao devido processo legal.*

### **5.1.1 Contraditório e fases do processo administrativo disciplinar**

O princípio do contraditório indica uma atuação segundo os ditames de justiça, vinculados, pois, ao exercício do Poder, estando dentro do Estado Democrático de Direito, ligado a idéia de processo.

A bilateralidade é uma exigência do processo, ou seja, deve haver um acusado, com a precisa apresentação dos argumentos de direito e de fato que fundamentam uma acusação, de outro a acusação alicerçada pelos elementos da instrução, rebatendo as argumentações do servidor.

Ao tratar sobre o princípio do contraditório, Diógenes Gasparini<sup>206</sup>, comenta: “É o princípio que exige que em cada passo do processo as partes tenham a oportunidade de apresentar suas razões e provas, implicando, pois, a igualdade entre as partes”.

Sendo em síntese assim colocada por Cândido Rangel Dinamarco<sup>207</sup>: “o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis)”.

---

<sup>205</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo* ..., p. 82.

<sup>206</sup> GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 662.

<sup>207</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria* ..., p. 57.

Assim, no processo administrativo disciplinar, o contraditório, caracteriza-se pela estrutura de bilateralidade. Tanto a Administração Pública, como o servidor, que responde ao processo administrativo disciplinar, deverão colocar-se no mesmo plano de igualdade, não havendo a possibilidade de desequilíbrio entre um e outro, sob pena da não caracterização do contraditório.

Como sedimentadora de uma decisão final, a Administração Pública, contrapõe-se ao acusado, confrontando com a sua posição, de tal maneira que, antes da decisão final, Administração e servidor acusado detêm posição ativa no processo, a ponto de não haver qualquer subordinação entre uma ou outra posição processual, ou seja enseja a efetiva possibilidade, conferida a todos os sujeitos processuais, de influir na formação de convencimento do órgão julgador. Em suma, o contraditório visa o equilíbrio das “forças” presentes em ambos os lados.

Cabendo aqui um brevê, porém importante alusão a Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>208</sup>: “a justiça está garantida mediante a exata medida de facultar-se ao administrado o enfrentamento com a Administração, em qualquer jurisdição, como parte e não como poder”.

Corroborando este entendimento Romeu Felipe Bacellar Filho, ao avaliar o equilíbrio natural provocado pelo contraditório, no processo administrativo disciplinar, discorrendo<sup>209</sup>:

*O equilíbrio do contraditório, no processo administrativo disciplinar, exigirá que o servidor acusado ou litigante possua, no mínimo, instrumentos para contrapor-se à competência da autoridade administrativa prescrita em lei. Averbe-se, outrossim, que o tema guarda íntima conexão com a estabilidade do objeto do processo, vedando a possibilidade dos sujeitos processuais modificarem o thema disputandum a seu talante no curso do processo.*

A partir dessas premissas acerca do contraditório, passaremos a analisar como se comporta o contraditório nas fases do processo administrativo disciplinar.

---

<sup>208</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Os Direitos Administrativos e os Direitos Processuais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: 1973, p. 29.

<sup>209</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo* ..., p. 242.

### 5.1.1.1 Fase de instauração

O processo administrativo disciplinar é formado pelas seguintes fases, como já mencionada (fases do processo administrativo disciplinar capítulo 3), transcorre nas seguintes fases: a) instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; b) inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; c) julgamento.

Quanto à fase de instauração assevera Hely Lopes Meirelles<sup>210</sup>:

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

A Lei federal nº 8.112/90 dispõe que quando a Administração Pública instaura o processo administrativo disciplinar, reconhece que há eventual responsabilidade administrativa a ser apurada (ilicitude do fato), bem como, sua autoria, sendo, pois que, tecnicamente, tal afirmação corresponde, praticamente, a uma “acusação”.

Cabe lembrar que a instauração do processo disciplinar pode corresponder a uma das possíveis decisões finais da sindicância<sup>211</sup>, posto que instauração direta do processo administrativo disciplinar, sem a prévia sindicância, indica a existência de elementos suficientes para presumir o cometimento de ilícito e sua autoria.

---

<sup>210</sup> MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit., p. 663.

<sup>211</sup> BRASIL. Lei federal n. 8.112/90. Op. cit., art. 145 – Da sindicância poderá resultar:  
I - arquivamento do processo;  
II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;  
III - instauração de processo disciplinar.

Seja por consequência de uma Sindicância, seja em pela instauração direta do processo administrativo, a fase de instauração é o primeiro momento em que a exigência do contraditório se faz presente, consistindo na informação, através dos atos de comunicação processual, que seriam: a citação e a intimação.

Da exigência do contraditório, na fase instauração do processo administrativo disciplinar, decorrem três principais consequências<sup>212</sup>:

*[..] 1) a motivação suficiente do ato de instauração do processo administrativo disciplinar ('processo disciplinar', 'sindicância' para aplicação de pena leve, 'procedimento de avaliação periódica de desempenho', processo para exoneração de servidor em estágio probatório por motivo de reprovação na 'avaliação especial de desempenho' e o processo para exoneração de servidor estável por excesso de quadros), 2) a citação do servidor acusado ou litigante imediatamente posterior ao ato de instauração, porque todos os atos processuais devem ser postos em movimento através do diálogo, 3) o ato de citação deve não somente chamá-lo a juízo, mas também informá-lo dos fatos a ele imputados, a devida fundamentação e sanção cabível, delimitando tempo oportuno para que, antes da instrução, possa manifestar-se sobre os elementos que compõem a pretensão da Administração (que enseje acusação ou litígio), participando na delimitação do objeto da prova.*

Quanto à citação, o contraditório está ligado intimamente a este ato, em virtude de que, a partir dele inicia-se o processo, ou seja, após a propositura da demanda (anterior ao processo).

Sem a devida comunicação ao servidor, não há que se falar em participação, pois<sup>213</sup>:

*[..] se o servidor acusado ou litigante não tiver acesso ao conhecimento dos atos e documentos processuais, não estará proporcionado o movimento de 'ações, reações e controle recíprocos', caracterizadores da situação de status processual ativo.*

A citação deve ser posterior à instauração porque deve ser anterior à instrução. O motivo dessa afirmação remete-se ao ato incontestável do servidor de

---

<sup>212</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 249.

<sup>213</sup> *Idem. Processo ...*, p. 246.

participar do momento da formação da prova, sendo determinante para interpretar este.

A citação é essencial à formação da relação jurídica processual, tornada o servidor em um sujeito processual. Fazendo um paralelo, ao direito processual civil, pode-se citar Antônio Cláudio da Costa Machado<sup>214</sup>, o qual conceitua citação como:

*[...] é o ato de cientificação do sujeito passivo do processo de que demanda em face dele foi ajuizada e de outorga da oportunidade para se defender. A citação é o ato que introduz, independentemente de sua vontade, o réu na relação processual, sujeitando-o aos seus efeitos [...]*

Prossegue o mencionado autor: “A citação é pressuposto processual de desenvolvimento, isto é requisito de validade da relação processual [...]”.

Desta forma, deduz-se que a citação é o primeiro ato que materializa a formação do contraditório no processo, vez que o servidor é chamado, ao processo administrativo disciplinar, para defender-se, como, também, para integrar o processo em que é sujeito processual.

O ato citatório exige citação adequada e oportuna, sem o que, não terá validade, erigindo sua falta em nulidade processual absoluta, pois o processo sem citação é nulo.

Sobre a questão, assevera Angélica Arruda Alvim<sup>215</sup>: “Porém, há que se lembrar que o contraditório exige como ato fundamental citação válida e comunicação idônea”.

Humberto Theodoro Júnior<sup>216</sup> entende:

---

<sup>214</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo* ..., p. 262.

<sup>215</sup> ALVIM, Angélica Arruda. Op. cit., p. 31: DEMISSÃO DE SERVIDOR ESTÁVEL: PROCESSO ADMINISTRATIVO COM GARANTIA DE AMPLA DEFESA: DIVERSIDADE RADICAL ENTRE OS SISTEMAS DO ANTIGO ESTATUTO (Lei 1.711/52) E DA VIGENTE LEI DO REGIME ÚNICO (Lei 8.112/90). Ao contrário do que sucedia sob a Lei 1.711/52, a Lei 8.112/90 distinguiu nitidamente.

<sup>216</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. 255.

*[...] sem a citação do réu, não se aperfeiçoa a relação processual e torna-se inútil e inoperante a sentença [...] Tão importante é a citação, como elemento instaurador do indispensável contraditório no processo, que sem ela todo o procedimento se contamina de irreparável nulidade [...]*

A validade dos atos processuais, então, depende da citação, onde a oportunidade seria a devida antecedência, a fim de garantir a participação do acusado na instrução processual, conforme interpretação do artigo 156<sup>217</sup> e o parágrafo 1º, do artigo 161<sup>218</sup>, Lei federal nº 8.112/90.

Em sua essência o art. 161, acima citado, afirma a tese de que a citação seria ato de estabilização do objeto do processo (não sendo lícita a alteração discricionária pela administração), será a lei que determinará o momento no qual a parte proponente poderá rever sua acusação.

A citação deve propiciar ao servidor acusado ou litigante o inteiro teor da acusação e dos autos do processo, assim como delimita prazo para a sua manifestação. Com isto o servidor não apenas tomará conhecimento da existência de um processo, mas tomará ciência também no pretendido através deste. Assim será cumprida a finalidade do equilíbrio entre os sujeitos processuais, conforme afirma Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>219</sup>.

*O thema probandum é o que em cada processo deve ser matéria da atividade probatória, consistindo na afirmação dos fatos sobre os quais recai o debate. Se a defesa não puder manifestar-se sobre a acusação antes da instrução, não participará da fixação do thema probandum. Se não há possibilidade desta discussão é possível falar se em verdadeira instrução probatória? Afinal, onde não há controvérsia sobre os fatos alegados, a questão reduz-se à mera aplicação do direito.*

Segue afirmando o autor<sup>220</sup>:

<sup>217</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., 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.

<sup>218</sup> Ibidem, art. 161 – Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas;

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

<sup>219</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 265.

<sup>220</sup> Idem. *Processo ...*, p. 246.

*O contraditório exige citação adequada e oportuna. Adequada a colocar o servidor acusado/litigante a par do motivo do processo administrativo disciplinar instaurado (lembrando que o termo envolve tanto o “processo disciplinar” para por ação de faltas graves, “sindicância” para apuração de faltas leves, “o procedimento de avaliação periódica de desempenho” e o processo para exoneração de servidor estável por excesso de quadros). Oportuna em relação ao momento imediatamente posterior á acusação.*

Após ter acesso à instauração o servidor estará capacitado para participar da fase instrutória.

### **5.1.1.2 Fase de instrução**

A segunda fase seria a denominada fase de instrução, cujo objetivo, a colheita de provas e outros elementos, de fato e de direito que terão influência na decisão final. É nesta que ocorre a garantia à audiência do acusado, à publicidade dos autos, como também vários direitos ligados à prova (a produção de prova, contra prova, controle da prova pelo outro sujeito do processo), além da possibilidade de alegações.

De todo oportuno repetir a lição de Calmon de Passos<sup>221</sup>, sobre processo judicial, aplicável em tema de processo administrativo disciplinar:

*O contraditório, como garantia do devido processo legal, por seu turno, não se cumpre com a mera citação do réu, mas reclama complementar-se a ciência do interessado com o direito, reconhecido aos litigantes, de participação para provar e de alegação para esclarecer e convencer.*

Com a segurança do direito ao princípio do contraditório as partes passam a ter certeza de que nenhum elemento novo poderá ser introduzido no

---

<sup>221</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo: n. 18, jun. 1981, p. 127.

processo sem o conhecimento prévio delas. Com sabedoria Bacellar<sup>222</sup> remete à visão de Lafayette PONDÉ:

*[...]apontando, portanto, como regras da instrução contraditória: a garantia da imparcialidade administrativas dos agentes que exercem a função administrativa, a garantia de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido, compreendida nessa o direito de conhecer por inteiro todos os atos e elementos informativos do processo, fazer prova de suas alegações, assistir pessoalmente e com advogado a inquirição de testemunhas, podendo reperguntá-las.*

A instrução designa, em linguagem processual, valendo mencionar Cândido Rangel Dinamarco<sup>223</sup>: “A preparação do provimento final que se dá através da atividade probatória e das alegações feitas no processo, existindo em vários níveis, na prova e fora da prova “.

Na doutrina brasileira, Dinamarco<sup>224</sup> foi difusor da participação para assegurar o entendimento do contraditório, revolucionando o conceito de instrução, discorrendo que houve uma modificação no grau de importância sobre a fase de instrução, a qual, pode entender-se como sendo a mais plausível: não serão obtidas “provas” sem que haja o contraditório, portanto este se torna essencial à formação da prova; a instrução torna-se o momento processual da participação e da própria vivência do processo concluindo que instruir não deve ser confundido com comprovar (no sentido de produção de provas).

Para Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>225</sup>, Dinamarco e Cordero fornecem argumentos para críticas de duas expressões mal colocadas na Lei federal nº 8.112/90. A primeira versa sobre o uso incorreto da expressão “inquérito administrativo”, quando designa a fase de instrução, defesa e relatório (art.151, II). Pois permite associações improcedentes com o inquérito policial, já que se trata de fase processual necessariamente contraditória.

A segunda reside na exclusão da fase da defesa e do relatório, no âmbito da instrução, restringindo a apenas uma fase de produção de provas. Não é

---

<sup>222</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 268.

<sup>223</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 222.

<sup>224</sup> Idem. O Princípio do Contraditório. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 19, dez. 1981, p. 22.

<sup>225</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 269.

sem o devido motivo que tanto a fase da defesa como a do relatório, fazem parte da instrução, eles são necessários para a formulação da decisão final. Mas estes problemas encontram-se apenas na esfera de conceitos, não figurando no campo fático com tamanha intensidade que possam ser utilizados para impedir o uso do contraditório em todas as fases, sem distinção.

Para uma análise mais adequada da instrução, a seguir analisaremos como esta se desenvolve em três fases distintas: probatória, defesa e relatório

#### 5.1.1.2.1 Fase probatória

Antes de tudo, é preciso explicar que a fase probatória não se confunde com a fase de instrução do “processo disciplinar”, regulada pela Lei federal nº 8.112/90.

Segundo Cláudio Roza<sup>226</sup>:

*A instrução não é apenas fase probatória. É a efetiva realização prática das conseqüências da escolha por um Estado Democrático de Direito. Instruir, pois, não significa apenas provar. Na verdade a fase instrutória compreende também a fase da defesa e do relatório, pois, a partir desta dialética, se prepara a decisão final.*

A fase de instrução constitui a primeira fase do inquérito administrativo, momento da admissão e produção das provas. A partir do exame do conjunto probatório, a Comissão formula novo juízo de acusação “tipificando a infração disciplinar” (ou antes, retificando visto que esta tarefa já deve ter sido feita na instauração) e “formulando a indicação do servidor” (art. 161<sup>227</sup>).

Por isso que se abre a fase de defesa, momento em que se propicia a contestação da acusação formulada pela Comissão. Contudo, se a acusação for alterada, dependerá da análise dos novos fatos para possível reabertura de outra

---

<sup>226</sup> ROZA, Cláudio. Op. cit., p. 111.

<sup>227</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 161 – Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.

fase probatória. Desta maneira conclui-se que a fase probatória entende-se tanto para fase legal de instrução como para a fase de defesa.

Para o conceito de prova podemos recorrer aos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior<sup>228</sup> que entende:

*[...] há por isso, dois sentidos em que se pode conceituar prova no processo: a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou meio hábil, para a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.); b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.*

Vale aqui também fazer referência as lições de José Frederico Marques<sup>229</sup>, ao tratar sobre prova:

*[...] entende que prova ‘constitui o meio e modo de que usam os litigantes para convencer o juiz da verdade da afirmação de um fato, bem como o meio e modo de que se serve o juiz para formar sua convicção sobre os fatos que constituem a base empírica da lide.*

Quanto aos meios de prova, cumpre evocar o Código de Processo Civil, destacando-se aqui o artigo 332 que estabelece: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa<sup>230</sup>”. Antônio Cláudio da Costa Machado<sup>231</sup> leciona que:

*Meio de prova é o instrumento pessoal ou material que é trazido para o processo com o intuito de revelar ao juiz a veracidade de um fato. Meios legais são os disciplinados especificamente pelo CPC (depoimento pessoal, prova documental, testemunhal, etc.). Moralmente legítimos são, v. g., a prova emprestada, o reconhecimento de pessoas e a reconstituição de fatos sem o rigor da inspeção judicial; moralmente ilegítimos são aqueles cuja obtenção violou a lei material ou a garantia constitucional (Ada Pellegrini Grinover). Saliente-se que o art. 212 do novo Código Civil prescreve: “Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia”.*

<sup>228</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 416.

<sup>229</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas, SP: Bookseller, v. 2, 1997, p. 207.

<sup>230</sup> BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Publicada no Diário Oficial da União de 17 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 17 out. 2006, art. 332.

<sup>231</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, *Código de processo ...*, p. 462-463.

Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>232</sup>, para o conhecimento do sentido de prova no sistema processual contraditório, faz-se necessário lembrar que a prova visa a descoberta da premissa normativa do caso administrativo, assim como não há prova sem contraditório.

Acrescentando-se ao discorrido Odete Medauar<sup>233</sup>, dispõe: “O Contraditório significa faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem”.

Para Luiz Guilherme Marinoni<sup>234</sup>:

*O direito à prova é corolário do princípio do contraditório à medida que “de nada adianta a participação sem a possibilidade do uso dos meios necessários à demonstração das alegações. O direito à prova, destarte, é resultado da necessidade de se garantir à parte a adequada participação no processo”.*

De tal sorte que de acordo com os autores mencionados, estes, estabelecem que a da prova está intimamente ligada ao contraditório.

Fica claro que a prova possui função instrumental em relação ao papel desempenhado pelos sujeitos processuais. Mesmo assim, admite-se vários sentidos de prova, como argumento, inserida no contexto da lógica ligada à dialética, construída com relação à problemática do processo desde logo, à análise da prova, no processo administrativo disciplinar passa pela verificação: a) da posição dos sujeitos processuais da fase probatória, b) da finalidade ligada à lógica dialética.

Com efeito, a Lei federal nº 8.112/90 assegura à Comissão de inquérito amplo poder de gestão e administração da prova. Cumpre então verificar a disposição contida no artigo 155, no § 1º, do artigo 156 e no artigo 159<sup>235</sup>:

*“Art. 155: Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a*

---

<sup>232</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 270.

<sup>233</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade ...*, p. 96.

<sup>234</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 167.

<sup>235</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 155, 156 § 1º e 159.

*técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*

*§ 1º, do art. 156: “O Presidente da Comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos”.*

*Art. 159: “Concluída a inquirição das testemunhas, a Comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.”*

A Comissão de Inquérito conforme Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>236</sup> é o órgão responsável pelo inquérito administrativo (artigo 149), sendo designada pela autoridade que instaurou o “processo disciplinar”. Assim como a Comissão de Sindicância (artigo 149, § 2º). De certo se pode afirmar, que a Comissão Processante incumbe a fixação do *thema probandum*, ou seja, quais os fatos considerados relevantes e que devem constituir o objeto da prova, a delimitação, dos meios de provas cabíveis (podendo, por exemplo, denegar pedido de prova pericial quando a comprovação do fato depender de conhecimento especial de perito § 2º, do artigo 156) e, o que é mais importante, a avaliação das provas e contraprovas cabíveis pelo servidor acusado ou litigante (§ 1º, do artigo 156).

Do contido no artigo 169<sup>237</sup> da Lei federal nº 8.112/90, pode-se depreender que a Comissão de Inquérito tem exclusividade, de ofício de instruir o processo disciplinar. De tal modo que no caso de a autoridade competente para o julgamento discordar, futuramente, da maneira como foi conduzida a instrução (por vícios de invalidades) poderá, no máximo, designar nova Comissão; ou julgar de forma contrária ao relatório, não interferindo na instrução de modo direto.

Cumprido destacar novamente a lição de Romeu Bacellar Filho<sup>238</sup>:

*A atividade de instrução, levada a cabo pela Comissão de Inquérito, tem como ponto de partida a acusação apresentada pela autoridade instauradora do processo e a defesa do servidor acusado. Porém ela não se dirige, exclusivamente, à feitura do Relatório, que servirá de fonte de convencimento da autoridade julgadora. Dirige-se também ao seu próprio convencimento quando reavalia a acusação primeiramente formulada, indiciando ou não o servidor (art. 161).*

<sup>236</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 275.

<sup>237</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 169 – Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo.

<sup>238</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 275.

*Extremamente delicada a situação do servidor acusado. Figura, no outro pólo da relação processual, órgão que concentra a função de instruir e acusar, dotado de fortes poderes para, além de determinar todo o curso das provas e das alegações, formular novo juízo de acusação quando entender finda a fase probatória”*

O fato de a autoridade administrativa concentrar tão contundente iniciativa não a exime de submeter-se à regra do contraditório. Pelo contrário, o contraditório imporá regras muito mais rígidas.

Não é diferente a lição de Luiz Guilherme Marinoni<sup>239</sup>, para quem:

*[...] no caso de prova determinada de ofício, além da parte ter o direito de sobre ela se pronunciar, possui, também, o direito de participar da sua produção. Portanto, quando juiz produz a prova de ofício, ele se encontra, em respeito à exigência do contraditório, na mesma posição da parte. Evocando a proibição de fazer uso da ciência privada, poder-se-ia dizer, também que, à luz do contraditório, se configura como ciência privada tudo o que for utilizado sem prévia participação das partes.*

Conforme Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>240</sup>:

*[...] o contraditório impõe-se sempre que a autoridade julgadora, no exercício de suas funções, atua com capacidade para influenciar a solução do litígio. As medidas de instrução, decididas de ofício, deverão ser executadas contraditoriamente. Nenhuma decisão pode ser tomada sem que as partes tenham tido a oportunidade de debatê-la em todos os seus elementos. O contraditório vai além do direito de defesa, pois assegura o direito de intervir ativamente no desenvolvimento e resultado do processo.*

Reforça este entendimento o disposto no § 2º, artigo 152<sup>241</sup> da Lei federal nº 8.112/90, segundo o qual: “As reuniões da comissão serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas”.

Estas reuniões deverão ser públicas, posto que o julgamento secreto não se compatibiliza com o contraditório. Visto que a interpretação a ser dada ao artigo 150<sup>242</sup> da Lei federal nº 8.112/90, aplica-se somente a terceiros, não podendo

<sup>239</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 168.

<sup>240</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 277.

<sup>241</sup> BRASIL. Lei nº 8.112/90. Op. cit., art. 152 § 2º.

<sup>242</sup> Idem. Op. cit., 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.

incidir sobre o servidor acusado. A imposição desta interpretação tem relação direta com o direito de presença do acusado (ou do litigante) em todas as fases processuais.

De tal sorte que servidor ou seu procurador deverão ser informados, em prazo razoável, para poderem opinar e participar, antes e durante a produção da prova assim, bem como viabilizar eventuais manifestações recursais.

Segundo afirma Odete Medauar<sup>243</sup> ,:

*[...] a audiência do servidor acusador assegura-lhe o direito de manifestar o próprio ponto de vista sobre fatos, documentos, interpretações e argumentos apresentados pela Administração ou por outros sujeitos. Igual tratamento é conferido no caso do direito de propor provas e vê-las realizadas, correspondendo-lhe prazo razoável para o preparo das observações a serem contrapostas.*

Diante do descrito denota-se que para o processo administrativo disciplinar, o nosso sistema probatório legal perfila-se ao *civil law*, a partir da concessão de poderes amplos à autoridade instrutora, justificados, estes, pela busca da busca da verdade ou, na linguagem da Lei federal nº 8.112/90, artigo. 155: “Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, *de modo a permitir a completa elucidação dos fatos (grifei)*”. Em vários excertos da Lei federal nº 8.112/90, assevera-se o papel secundário reservado ao servidor (de assistente na administração probatória), com poderes restritos. Citem-se, entre outros, o artigo 150 assegurando: “o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da Administração”, ficando este a critério da Comissão de Inquérito; o artigo. 156 estabelecendo que: “É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”; o § 2º do artigo 159: § 2º: “O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.

---

<sup>243</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade ...*, p. 106.

De outro lado, a lei fixa como princípio geral o direito das partes utilizarem todos os meios de prova, com ressalva em casos excepcionais ( §§ 1º e 2º do art. 156)<sup>244</sup>.

#### 5.1.1.2.2 Fase da defesa

Concluída a instrução dispõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>245</sup>: “[...] deve ser assegurado o direito de *vista* do processo e notificado o indiciado para a apresentação da sua defesa”.

No processo administrativo disciplinar, se comparado com o processo judicial civil há uma inversão na ordem dos procedimentos, enquanto neste o réu é citado, após o recebimento da inicial, para apresentar sua defesa escrita (contestação) e indicar as provas que pretende produzir e que possui. No processo administrativo a instrução precede a citação e a defesa escrita que aqui não recebe o nome de contestação.

A fase de defesa compõe-se, no chamado inquérito administrativo, num segundo momento ditado pela Lei federal nº 8.112/90<sup>246</sup>.

Mesmo que a sindicância, destinada as penas mais leves e o processo para exoneração de servidor em estágio probatório não tenham o procedimento regulado pela lei, as reflexões em cima da fase de defesa podem até encaminhar para uma reformulação da acusação (o indiciamento do servidor), em virtude da apreciação do produzido na fase probatória.

Recorrendo a Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>247</sup>: “Sempre que lei ensejar a oportunidade de reformulação da acusação, no curso do processo, a via da oportunidade probatória não pode estar vedada”

---

<sup>244</sup> BRASIL. Lei federal n. 8.112/90. Op. cit., 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.

§ 1º – O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

§ 2º – Será indeferido o pedido de prova pericial, quando a comprovação do fato independer de conhecimento especial de perito.

<sup>245</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 521.

<sup>246</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 161 – Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.

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

<sup>247</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 288.

É evidente que em sendo a indicição do servidor for correspondente a acusação primariamente formulada, não haverá justificativa para nova fase probatória, entretanto, em havendo qualquer alteração, que gradue ou tipifique de modo diverso a penalidade a ser imposta, ao servidor será aberta novamente a fase de defesa, para dedicar-se-á nova oportunidade, em julgando oportuno, de apresentar nova fase probatória, para tanto deverá ter conhecimento de tal mudança, garantindo-lhe a contraditório.

A comissão, no entanto, deverá , motivadamente, manifestar-se sobre a necessidade ou não de nova colheita de provas: este ato corresponde a uma decisão interlocutória e a sua ausência, a um verdadeiro cerceamento de defesa, frustrando-se o direito ao recurso por parte do servidor acusado.

Já foi dito que, mesmo sem previsão legal, a defesa deve ser ensejada antes mesmo da fase probatória e logo depois da instauração do processo. Portanto, para Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>248</sup>, a comunicação do servidor para responder a indicição formulada pela Comissão, não corresponde à citação por que ele já deve ter sido chamado para integrar a relação processual (§ 1º, do art. 161); a designação de defensor dativo não ocorre somente aqui, mas é principalmente necessária já na citação, que deve ocorrer logo depois da instauração e sempre antes da abertura da fase probatória (§ 2º, do art. 164).

Concluindo, de acordo com o ilustre doutrinador Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>249</sup>:

*a inserção do contraditório impede que o exercício do direito de defesa seja subtraído de alguma fase do processo administrativo disciplinar. O contraditório, mesmo não determinando exatamente o momento da oportunidade da defesa, veda o seu diferimento integral a uma fase processual posterior.*

#### 5.1.1.2.3 Fase do relatório

O relatório é uma das fases decisivas do processo administrativo Disciplinar, pois, embora não tenha caráter vinculante á decisão da autoridade competente , fundamentará sua decisão. No entanto a Lei federal nº 8.112/90,

---

<sup>248</sup> Idem, loc. cit.

<sup>249</sup> Idem, loc. cit.

admite apenas a uma exceção, disposta no parágrafo único do artigo 168<sup>250</sup>, em que não será aceito o relatório quando divergir das provas coletadas nos autos.

Segundo a mencionada Lei federal, o relatório corresponde a última fase delimitada a Comissão de Inquérito Administrativo, onde esta concluirá pela inocência ou responsabilidade do servidor (§ 1º, artigo 165, da Lei federal nº 8.112/90) e, segundo caso, indica o dispositivo legal ou regulamentar transgredido bem com as circunstâncias agravantes ou atenuantes (§ 2º, artigo 165, da Lei federal nº 8.112/90)<sup>251</sup>.

O relatório constitui as alegações finais do órgão instrutor e acusador (Comissão de Inquérito). E justamente pelo seu alto grau de vinculação à fase decisória, segue rígidas exigências legais de motivação (artigo. 165, da Lei nº 8.112/90).O contraditório manifesta-se como princípio dinâmico de ouvir-se a acusação, ouvir-se a defesa, em todos os momentos processuais importantes para a formação do convencimento do juiz administrativo.

Com efeito, uma Lei que preveja alegações finais da acusação e não preveja alegações finais da defesa, será inconstitucional por quebrar o liame contraditório a unir a atuação dos sujeitos processuais.

### 5.1.1.3 Fase de julgamento

A fase de julgamento deve levar em conta o resultado do contraditório, devendo corresponder a uma síntese, ao que foi debatido e rebatido entre os sujeitos processuais.

---

<sup>250</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., 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.

<sup>251</sup> Ibidem. Op. cit., 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.

Assim sendo, a autoridade que deverá emitir a decisão final, não a poderá quando constatar que existem procedimentos em que não foi aberto o contraditório, ou seja, não houve debate entre as partes.

A motivação, a comunicação do ato decisório com as mesmas garantias da citação, são regras instrumentais, colocadas pelo sistema, para garantir a realização do contraditório.

A decisão não pode exceder os limites da conclusão (questões debatidas pelas partes), assim como devem ser levados em conta os elementos probatórios produzidos, segundo procedimento em que as partes tenham tido oportunidade real de participar.

A falta de motivação pode consistir na omissão das razões de convencimentos, em erro lógico-jurídico, de modo que as premissas de que extraiu a decisão possam ser consideradas carentes de motivação intrínseca, na omissão de fato decisivo para a autoridade julgadora, acarretando carência de motivação extrínseca.

## 5.2 Princípio da Ampla Defesa

A todos acusados em processo judicial ou administrativo é dado por força constitucional<sup>252</sup> acesso ao princípio da ampla defesa . Não pela questão de simplesmente alegar-se à veracidade dos fatos ou por que o acusado não é culpado, mas simplesmente por estar o direito à defesa estar amparado pela nossa Constituição federal e assegurado como direito fundamental.

Segundo Pontes de Miranda<sup>253</sup>:

*não há um conceito de defesa perfeitamente formado. Há, porém, algo de mínimo, além do que não existe defesa. Este mínimo não necessita de regulamentação legal resumindo-se na impossibilidade processos secretos ou inquisitoriais. Este mínimo já é garantido*

---

<sup>252</sup> BRASIL. Constituição (1988). Op. cit., art. 5º, inc. 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.

<sup>253</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 234.

*constitucionalmente, juntamente com os meios e recursos que visam a aplicar o direito à defesa.*

Quanto ao entendimento sobre a ampla defesa Alexandre de Moraes<sup>254</sup> sustenta: “ Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário”.

Hely Lopes Meirelles<sup>255</sup> ao tratar sobre o tema assevera:

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

Nossa Constituição Federal ao tratar no seu artigo 5º do direito à defesa como decorrente da personalidade e dignidade humanas, inserindo-o na dimensão de direito fundamental. Garantindo ao réu, tanto nos processos jurisdicionais quanto nos processos administrativos, à possibilidade de trazer aos autos todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade.

Impedindo que o processo se transforme em uma luta desigual, onde só a uma parte é dada a oportunidade de argumentar e produzir provas. Por este motivo que o princípio da ampla defesa, determina o verdadeiro aspecto atual do direito, qual seja, o aspecto dialético, de argumentações contraditórias tendentes a revelar a verdade. É pela análise dos argumentos das partes, que o julgador irá decidir, não sem nada inquestionável.

Assegurar este direito fundamental, sem duvida concentra-se numa das questões das mais relevantes em um Estado Democrático de Direito, valendo constar também ao entendimento dado por Celso Bastos<sup>256</sup> à ampla defesa:

---

<sup>254</sup> MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 93.

<sup>255</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 656.

<sup>256</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 234.

*[...] deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu ou processado, as condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções, ora se traduzindo na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento.*

*Não é só em juízo que se impõe a observância de procedimento que possibilite a defesa. Também em processo administrativo deve ficar assegurada essa condição.*

### 5.2.1 Ampla defesa no processo administrativo disciplinar

No processo administrativo disciplinar o princípio da ampla defesa, é um “princípio norteador” a ser desenvolvido em todo o processo.

Antes do advento, do atual texto constitucional, Agustín A. Gordillo<sup>257</sup>, em seu artigo intitulado *La Garantía de Defensa como Principio de Eficácia en El Procedimiento Administrativo*, já alertava acerca da importância da aplicação do princípio constitucional da defesa em Juízo no processo administrativo:

*El principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y con criterio amplio, no restrictivo. MEDAUAR, Odete, Processualidade:..., op. cit., p. 111 Ello se explica, por el carácter fundamentalmente axiológico que la Constitución da a este principio, y por constituir prácticamente un principio general del derecho, de Estado de Derecho, y de lo que a veces se ha dado en llamar ‘justicia natural’[...]. El principio de la defensa es frecuentemente olvidado en el ambito administrativo, justamente donde nunca debe serlo, precisamente porque la decisión administrativa, a diferencia que la judicial, no sólo debe tener en cuenta la solución normativa del caso, sino también los criterios ya mencionados de oportunidad, conveniencia, etc.*

Para Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>258</sup> a ampla defesa no processo administrativo, refere-se: “ao direito das partes serem ouvidas, de apresentarem razões de convencimento, de produzir provas e de repelir provas oferecidas pela Administração”.

<sup>257</sup> GORDILLO, Agustín A. *La Garantía de Defensa como Principio de Eficácia en el Procedimiento Administrativo*. *Revista de Direito Público*, São Paulo: n. 10, p. 16-17 e 19, out./dez. 1969, *passim*.

<sup>258</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 289.

No Direito argentino, segundo Roberto Dromi<sup>259</sup>, a garantia de defesa, no processo administrativo, compreende: o direito de ser ouvido; de oferecer e produzir prova; de ter uma decisão fundada e de impugna-la.

O termo defesa, para Odete Medauar<sup>260</sup> deve ser considerado como contestação ou rebate, em favor de si próprio, ante condutas, fatos, argumentos, interpretações que possam acarretar prejuízos físicos, materiais ou morais.

Para Álvaro Lazzarini<sup>261</sup>, a ampla defesa está plenamente identificada no processo administrativo disciplinar:

*Deve o acusado em geral ter oportunidade à ampla defesa que, como cerne de todo procedimento administrativo de natureza disciplinar, encerra o inafastável "Direito de Defesa" de o acusado ter vista, ter conhecimento da acusação, para poder rebatê-la, produzindo prova pertinente, no contraditório instaurado.*

Se de um lado é dever do Estado apurar a responsabilidade dos servidores públicos, por intermédio do processo administrativo disciplinar, está o direito do servidor acusado de defesa.

O servidor acusado, assim, tem o direito de se defender não porque seja culpado, mas porque o direito de defesa é protegido constitucionalmente. Assim, ao servidor acusado é dada a oportunidade da defesa em virtude do princípio da dignidade da pessoa.

Enquanto o princípio do contraditório induz a enfrentar razões apontadas por outrem contra o acusado, rebatendo-as, procurando derrubar a verdade da acusação, mediante o princípio da ampla defesa sustenta-se à verdade do acusado, as razões do acusado. Segundo Léo da Silva Alves<sup>262</sup>, a ampla defesa é exercida mediante três outros direitos: “a) direito de informação; b) direito de manifestação; e c) direito de ter as razões consideradas”.

---

<sup>259</sup> DROMI, Roberto. Op. cit., p. 67.

<sup>260</sup> MEDAUAR, Odete. *A Processualidade* :..., p. 111.

<sup>261</sup> LAZZARINI, Álvaro. Do Procedimento Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, v. 212, p. 76.

<sup>262</sup> ALVES, Léo da Silva. *Questões relevantes do processo administrativo disciplinar*. Parte I. Apostila. Brasília: Cebrad, 1998, p. 4.

Citando Egon Bockmann Moreira<sup>263</sup>, a de se compreender o alcance da ampla defesa no processo administrativo disciplinar:

*Assim deve ser compreendida a ampla defesa: garantia de poder defender-se e articular suas razões, garantia de um processo legítimo e garantia do respeito a um Estado Democrático de Direito. O princípio representa o topo dessa escala ascendente de direitos do particular em face da Administração Pública. Não apenas a prerrogativa de manifestação em processos que incidam sobre sua liberdade e/ou bens, mas garantia de participar ativamente da tomada de decisões estatais*

Ao apreciar a questão Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>264</sup>, assevera:

*A ampla defesa é um princípio assegurado pelo art.5º., LV, da CF, bem como pelos incisos II e III, do § 1º do art.41 e pelo art.247, como garantia do processo administrativo de que resulte perda do cargo de servidor estável. A Lei n. 9.784/90 acolheu expressamente este princípio em seu art.2º. A ampla defesa, em conjunto com o contraditório, constitui desdobramento do princípio do devido processo legal.*

*É inerente ao exercício da ampla defesa que o indiciado tenha conhecimento do que está sendo acusado, ou qual infração foi por ele supostamente cometida, além de todos os detalhes necessários para a elaboração da defesa. No curso do processo a garantia se concretiza pelo direito à informação, como o acesso aos autos e a extração de cópias e, ao final, pelo conhecimento da fundamentação e motivação da decisão; e pelo direito à reação, como a apresentação de documentos, pela defesa e produção de provas prévias à decisão, esta sujeita à interposição de recursos. Em síntese, o direito à ampla defesa impõe à autoridade o dever de observância das normas processuais e de todos os princípios incidentes sobre o processo.*

### 5.2.1.1 Presunção de inocência

O poder de aplicar sanções aos seus servidores pode ser utilizado de qualquer maneira. O poder disciplinar só pode se realizar através de um Devido processo administrativo, por intermédio do qual o poder público irá apurar os fatos, imputar o ato ilegal a alguém, oferecer-lhe e propiciar-lhe meios para que possa se defender.

<sup>263</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit., p. 243.

<sup>264</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo ...*, p. 82.

Pode-se deduzir, que a presunção de inocência está ligada intimamente ao direito de defesa, derivando por lógica do processo em contraditório, de onde a decisão substancia a síntese da contraposição entre tese e antítese, desempenhadas por sujeitos processuais.

Diante da presunção de inocência o servidor acusado não será considerado culpado até que ocorra a decisão final da autoridade competente.

Segundo Romeu Felipe Bacellar<sup>265</sup>, a presunção de inocência atinge também a prova:

*Outro espectro do princípio da presunção de inocência atinge a disciplina jurídica da prova. A regra da presunção de inocência guarda, tradicionalmente, uma dupla função: condiciona a Administração à prova e sobretudo proíbe que se considere como culpado aquele cuja culpabilidade não foi legalmente determinada.*

A presunção de inocência esta firmada expressamente como direito fundamental, na Constituição Federal, no inciso LVII, do artigo 5º<sup>266</sup>: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

### **5.2.1.2 Direito à auto defesa ou defesa técnica**

Em que pese ser a atividade do advogado indispensável à administração da justiça, há a possibilidade de autodefesa em processo administrativo disciplinar, o que não exclui a possibilidade da defesa técnica por procurador.

Para se cogitar em ampla defesa, mister se faz relevar tanto o direito de defesa pessoal (autodefesa), como o direito da defesa técnica.

Para Odete Medauar<sup>267</sup>, o direito à ampla defesa, decorre, sob um prisma subjetivo, em sendo o direito à autodefesa e à defesa técnica, constituindo na

---

<sup>265</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 305.

<sup>266</sup> BRASIL, Constituição (1988). Op. cit., art. 5º, inc. LVII.

<sup>267</sup> MEDAUAR, Odete. *A Processualidade ...*, p. 117.

possibilidade do servidor, pessoalmente, realizar as providências e condutas, que entender necessárias, de molde a evitar o prejuízo ou as sanções, envolvendo o direito de presença (assistir pessoalmente a realização de provas podendo contraditá-las) e o direito de audiência (direito de pronunciar-se oralmente ou dar explicações).

Ou seja, a autodefesa envolve direito à presença ativa nos atos processuais para assistir, inquirir, provar, contraditar e o direito de audiência, ou seja, direito de fazer-se ouvir.

No que tange à defesa técnica, esta é realizada por advogado, com procuração do servidor acusado. Em que pese ser a atividade do advogado indispensável à administração da justiça<sup>268</sup>, há a possibilidade de autodefesa em processo administrativo disciplinar, o que não exclui a possibilidade da defesa técnica por procurador

A Lei Geral do Processo Administrativo ( Lei federal nº 9.784/99), no inciso IV do seu artigo 3º<sup>269</sup>. No entanto, enveredou em sentido oposto, dispondo que à defesa é mera faculdade na ceara do processo administrativo, salvo quando há obrigatória previsão legal:

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

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

Conforme assegurado na lei citada, o Superior Tribunal de Justiça<sup>270</sup> matem jurisprudência neste sentido:

*O princípio da ampla defesa aplica-se ao processo administrativo, mas isso não significa que o acusado deve, necessariamente, ser defendido por advogado. Ele mesmo pode elaborar sua defesa, desde que assim queira. No caso, o acusado não constituiu*

---

<sup>268</sup> BRASIL, Constituição (1988). Op. cit., 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.

<sup>269</sup> BRASIL. Lei n. 9.784/99. Op. cit., art. 3º, inc. IV.

<sup>270</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 9076/SP. 6ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 16 dez. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 nov. 2006.

*advogado até a fase de alegações finais, por opção própria, mesmo porque bacharel em direito. O que importa é a oportunidade de ampla defesa assegurada.*

No entanto deve ficar claro que a presença da ampla defesa, seja por intermédio da autodefesa, ou, por advogado e até ainda por dativo<sup>271</sup> deve ser assegurada sob pena de nulidade.

### 5.2.1.3 Ampla defesa e o direito recursal

Em se falando em ampla defesa, como meio inerente a todo o processo administrativo, é indispensável, que se análise da figura do recurso administrativo.

Para José Frederico Marques<sup>272</sup>, recurso é:

*[...] um procedimento que se forma, para que seja revisto pronunciamento jurisdicional contido em sentença, decisão interlocutória ou acórdão. O recurso, qualquer que seja ele, constitui sempre um procedimento, que dilata e amplia a relação processual, porquanto vem formado por um conjunto de atos, que se sucedem e são coordenadas tendo em vista o reexame de um ato decisório.*

Complementando este entendimento, de muita importância é a definição de recurso, segundo Humberto Theodoro Júnior<sup>273</sup>:

*[...]tem uma acepção técnica e restrita, podendo ser definido como o meio ou 'o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação', ou apenas a sua invalidação.*

---

<sup>271</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 164 – Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal [...]

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

<sup>272</sup> MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 143.

<sup>273</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 547.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>274</sup>, ao tratar sobre recursos administrativos, leciona: “são todos os meios que podem utilizar os administrados para provocar o reexame do ato pela administração Pública”.

Ao apreciar o tema, recursos administrativos, Hely Lopes Meirelles<sup>275</sup>, ao fazer menção a Augustín A. Gordilho, assevera: “Os recursos administrativos são um corolário do Estado Democrático de Direito e uma prerrogativa de todo administrado ou servidor atingido por qualquer ato da Administração”.

Para Diógenes Gasparini<sup>276</sup> recurso administrativo é:

*É o pedido de reexame de ato ou decisão de agente ou órgão que o recorrente faz a agente ou órgão superior, visando o seu desfazimento ou modificação. O signatário do recurso chama-se recorrente, enquanto o prolator da decisão ou ato com qual não se conforma o subscritor dessa medida denomina-se recorrido.*

Os recursos administrativos seriam os meios pelos quais se pode utilizar o cidadão para provocar o reexame de algum ato praticado pela Administração Pública, devendo advir da instância inferior para a superior, através de recurso previsto em lei ou regulamento, podendo ter efeitos devolutivos (decisão fica submetida à hierarquia superior, sem impedir a continuidade do ato impugnado) ou suspensivos (fica bloqueada a eficácia do ato impugnado até a superveniência da decisão sobre o mesmo).

Segundo de Odete Medauar<sup>277</sup>, o direito de se interpor recurso administrativo existe independentemente de disposição expressa em lei ou norma, encontrando apóio no direito de petição. Independente de taxas, determinado na letra a, do inciso XXXIV, do artigo 5º de nossa Constituição Federal (“o direito de petição aos Poderes Públicos, para defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder”).

---

<sup>274</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. cit., p. 601.

<sup>275</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 640.

<sup>276</sup> GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 892.

<sup>277</sup> MEDAUAR, Odete. *A Processualidade* ....., p. 117.

A interposição de recurso administrativo, no processo administrativo disciplinar, está relacionada aos direitos fundamentais à ampla defesa, bem como ao direito de petição.

Quanto aos recursos, a Lei federal nº 8.112/90, os indica em seu artigo 107<sup>278</sup>, demarcando simplesmente às hipóteses de cabimento, no que tange ao indeferimento do pedido de reconsideração e das decisões sobre os recursos sucessivamente interpostos. Mesmo em sendo genérica o direito recursal é evidente no que se refere à oposição as decisões administrativas sancionatórias.

A Lei Geral do Processo Administrativo (Lei federal nº 9.784/99), consagrou o direito recursal em seu artigo 56, cabível em face as razões de legalidade e de mérito, ampliando o direito recursal para um leque mais amplo, inclusive dentro do processo administrativo. Como, por exemplo, o direito de interpor recurso administrativo das decisões proferidas na instrução, controlando a produção da prova.

No entanto, a Lei federal nº 8.112/90, deixa de prever, expressamente, qual recurso cabível conta às decisões da comissão de inquérito. Diante da generalidade que a lei cuida da matéria recursal, há de se entender que o recurso cabível é o hierárquico, dirigido à autoridade instauradora do processo administrativo disciplinar.

Para o entendimento do que seja recurso hierárquico, cumpre fazer uso dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles<sup>279</sup>:

*Recursos hierárquicos: recursos hierárquicos são todos aqueles pedidos que as partes dirigem à instância superior da própria Administração, propiciando o reexame do ato inferior sob todos os seus aspectos. Podem ter efeito devolutivo e suspensivo, ou simplesmente devolutivo, que é a regra; o efeito excepcional suspensivo há de ser concedido expressamente em lei ou regulamento ou no despacho de recebimento do recurso.*

---

<sup>278</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 107 – Caberá recurso:  
I - do indeferimento do pedido de reconsideração;  
II - das decisões sobre os recursos sucessivamente interpostos.

<sup>279</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 645.

Quanto ao efeito suspensivo, que se pode entender, como o de “suspender a execução da decisão ou ato recorrido enquanto não decidido<sup>280</sup>”, a Lei federal nº 8.112/90, não o atribui, da mesma forma a Lei Geral do Processo Administrativo (Lei federal nº 9.784/99), entretanto Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>281</sup> considera: “Todavia, entende-se que, em se tratando de decisão que resolva pela aplicação de sanção disciplinar, a autoridade revisora deve motivar a não atribuição do efeito suspensivo”.

No que concerne à possibilidade da *reformatio in pejus* a existe uma vedação expressa no parágrafo único do artigo 182<sup>282</sup> da Lei federal nº 8.112/90, em face ao princípio da ampla defesa, que não permite compactuar com esta arbitrariedade.

No entanto a *reformatio in pejus*, nas demais fases do processo administrativo disciplinar, tem sido aceita pela doutrina e jurisprudência, diante do disposto no parágrafo único do artigo 64<sup>283</sup>, da Lei federal nº 9.784/99:

*Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.*

*Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.*

Assim, fica concretizado que no processo administrativo disciplinar, o direito fundamental, da ampla defesa deve estar latente de modo a assegurar ao servidor acusado, bem como à própria Administração, a legitimidade efetiva das providências necessárias em um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>280</sup> GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 892.

<sup>281</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo ...*, p. 321.

<sup>282</sup> BRASIL. Lei n. 8.112/90. Op. cit., art. 182 – Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição do cargo em comissão, que será convertida em exoneração.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade.

<sup>283</sup> Ibidem. Op. cit., art. 64.

# CONCLUSÕES

1. O Estado Democrático de Direito, surge de um processo histórico-jurídico ou histórico-político, que passa pelo chamado Estado Liberal de Direito e pelo Estado Social de Direito. No Estado Democrático de Direito desponta um chamando *Estado de Justiça*, onde as decisões do Estado fundam-se na decisão popular, norteadas por uma legitimidade legal, em que diante de uma sociedade pluralista possa-se chegar, por intermédio do diálogo de idéias e interesses diversos, a formação de uma vontade popular.

2. No Estado Democrático de Direito, devem existir instrumentos jurídicos-legais democráticos, no intuito de resguardar a extensão do poder, para que este não se torne personalizado ou arbitrário. Neste campo, insere-se o processo administrativo, que por si só não é suficiente para assegurar a democracia, necessário, mas não único, devendo agregar-se a ele há a necessidade da participação do cidadão, que ocorre por intermédio do processo.

3. A organização da *máquina* da administração pública gera também um maior e melhor controle da prestação de serviço da administração, de tal sorte que as atividades desenvolvidas por esta devem estar devidamente registradas para o devido controle da administração da conduta de seus servidores e administrados; a compatibilização do interesse público e privado, a outorga de direitos e a solução de controvérsias entre a administração pública e seus administrados e servidores .

4. O processo administrativo é o regulador de todo e qualquer procedimento adotado pela Administração, de tal maneira que todos os atos da administração tem de ser devidamente documentados, sejam eles, por exemplo, de contratação ou de punição. O processo administrativo é uma Garantia Constitucional aos cidadãos e foi regulamentado tardiamente pela Lei federal nº 9.784/99.

5. Os doutrinadores discutem a respeito da existência ou não do processo fora do âmbito da prestação jurisdicional. No entanto justificar-se-á idéia

desta, posto que os modos de atuação da Administração devem ser conhecidos do cidadão. Ficando evidente que a fixação de parâmetros para os momentos que antecedem o ato, principalmente o discricionário, seria uma das garantias antes não verificadas.

6. Sobre a distinção entre processo e procedimento, o primeiro existe para o exercício da função estatal, de tal modo que tudo que a administração pública faz, sejam atos jurídicos ou operações materiais, estes ficam registrados nos processos administrativos, sendo assim, a cada contrato celebrado, a cada laudo, parecer, audiências e outros atos, todos são precedidos, até o ato final de um processo administrativo. No que concerne ao procedimento estes são as formalidades, necessários para a prática do ato, corresponde ao rito que se desenvolvendo dentro do processo administrativo.

7. Os princípios constituem-se em fontes basilares para qualquer ramo do direito, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicação. A doutrina existente enumera com base no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal os princípios gerais aplicáveis à administração pública que são: legalidade, informalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A Lei federal nº 9.784/99, mantendo estes no rol dos princípios gerais do processo administrativo adicionou em seu artigo 2º outros princípios: finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

8. O processo administrativo disciplinar começa a integrar nosso ordenamento jurídico constitucional a contar da Constituição Federal de 1934. Na a Constituição Federal de 1988, a inovação ante suas antecessoras, foi à inclusão em seu artigo 5º LV do seguinte preceito: “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”. De tal modo que, o processo administrativo passou a ter *status* de direito fundamental.

9. Conhecida a infração de deveres ou proibições funcionais por parte de servidor público com a conseqüente quebra da disciplina interior administrativa, faz-se necessário o exercício do Poder Disciplinar da Administração

Pública, que constitui o poder-dever de impor sanções administrativas previstas Lei federal nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais).

10. O instrumento formal instaurado pela Administração Pública, para a apuração das infrações e aplicação das penas correspondentes aos servidores, seus autores, denomina-se de processo administrativo disciplinar.

11. A jurisdicionalização do poder disciplinar impõe condutas formais e obrigatórias, para a garantia dos acusados, contra os possíveis abusos e/ou arbítrios da Administração Pública, sendo necessário o cumprimento de etapas, fases e procedimentos, para que exista o estrito cumprimento das Leis que regulam à matéria.

12. No direito brasileiro, os meios de apuração, dos ilícitos administrativos, são o processo administrativo disciplinar e os meios sumários, que compreendem a sindicância e a verdade sabida. No entanto este último, não é mais concebível no direito pátrio, porque contraria, sobretudo, ao princípio da ampla defesa.

13. O processo administrativo disciplinar no sistema federal, como tradicionalmente em outros sistemas, desenvolve-se nas seguintes fases: a) instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; b) inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; c) julgamento.

14. Os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, combinados, devem assegurar um processo administrativo regular, não se permitindo abusos por parte da Administração Pública, assegurando-se a materialização de um Estado Democrático de Direito.

15. O devido processo legal surge da cultura anglo-saxônica, tendo como marco a Magna Carta *Libertatum*, no ano de 1215, tendo caráter político e social da Inglaterra medieval. Tendo por relevância, de que todo e qualquer indivíduo tem o direito de um processo justo e isonômico.

16. No Brasil, muito embora, de forma indireta, as exigências básicas para a observância de um devido processo legal acompanhou à história constitucional, nas seis Constituições (1824, 1891, 1934,1937, 1946 e 1967), anteriores a de 1988, as quais não previram de modo expresso e inequívoco a cláusula do devido processo legal, muito embora o reconheça a doutrina sua existência de modo. Mas, somente com a Constituição de 1988 é que emerge expressamente o instituto do devido processo legal expresso no artigo 5º inciso LVI, que dispõe: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

17. Tem genericamente o Princípio do Devido Processo Legal, o objetivo primordial resguardar o trinômio vida-liberdade-propriedade, no entanto, não apenas sob a ótica do direito processual, mas inclusive do próprio direito material, de tal sorte que duas são as facetas, amplamente reconhecidas pela doutrina e jurisprudência, sobre as quais incide o devido processo legal: o *substantive due process.* e o *procedural due process.*

18. Do ponto de vista do *substantive due process*, deve existir um controle da legislação infraconstitucional, havendo no campo do processo administrativo disciplinar, a necessidade da restrição dos efeitos das legislações que não se identifiquem com os direitos fundamentais petrificados na Constituição Federal de 1988, construindo uma sólida base impenetrável, no que concerne a proteção das destes direitos indissociáveis da pessoa humana.

19. O *procedural due process*, também chamado de devido processo adjetivo ou procedimental, é considerado mais restrito que a devido processo material e caracteriza-se pela simples norma de respeito ao procedimento previamente regulado.

20. O *procedural due process*, também chamado de devido processo adjetivo ou procedimental, é considerado mais restrito que a devido processo material e caracteriza-se pela simples norma de respeito ao procedimento previamente regulado.

21. No *procedimental due process of law*, este é aplicado ao processo administrativo disciplinar, pela aplicação do contraditório e da ampla defesa, dentro de um processo regular, antes que sejam adotadas pela a Administração decisões gravosas.

22. A doutrina, de modo geral, não costuma diferenciar o contraditório da ampla defesa, de forma a delimitar cada um dos princípios; ao contrário, no entanto, denota-se que os dois conceitos são estanques, mas sem deixarem de ser ao mesmo instante conexos, porque não adianta permitir a defesa se a parte não tem conhecimento dos atos processuais; de outro, de nada vale dar conhecimento dos atos processuais e não se possibilitar a defesa.

23. No processo administrativo disciplinar, o contraditório, caracteriza-se pela estrutura de bilateralidade, onde tanto a Administração Pública, como o servidor, que responde ao processo administrativo disciplinar, deverão colocar-se no mesmo plano de igualdade, não havendo à possibilidade de desequilíbrio entre um e outro, sob pena da não caracterização do contraditório.

24. A ampla defesa no processo administrativo, esta ligada ao direito das partes em serem ouvidas; de apresentarem razões de convencimento, de produzir provas e de repelir provas oferecidas pela Administração.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALVES, Léo da Silva. **Questões relevantes do processo administrativo disciplinar**. Parte I. Apostila. Brasília: Cebrad, 1998.

\_\_\_\_\_. **As teses de defesa na sindicância e no processo disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

ALVIM, Angélica Arruda. Princípios Constitucionais do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo: n. 74., a. 19, p. 21-32, abr./jun. 1994.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. Coleção Curso & Concurso. Coord. Edílson Mougnot Bonfim. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. **Poder disciplinar na administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONFIM, Alberto. **O Processo administrativo**. 7. ed. rev. atual. e melhor. São Paulo: Freitas Bastos, 1963.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 out. 1988**. Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 17 out. 2006.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Publicado no Diário Oficial da União de 9 set. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 17 out. 2006.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Publicada no Diário Oficial da União de 17 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 17 out. 2006.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Publicada no Diário Oficial da União de 12 dez. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 17 out. 2006.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Publicada no Diário Oficial da União de 01 fev. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm)>. Acesso em: 17 out. 2006.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. In: **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte: n. 3, maio 1999.

COMPARTO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, João Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

\_\_\_\_\_. **Prática de processo administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

**Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 17 out. 2006.

DELGADO, José Augusto. Princípios Processuais Constitucionais. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul** (Ajuris), Porto Alegre, v. 39, a. XIV, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O Princípio do Contraditório. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n. 19, p. 22, dez.1981.

\_\_\_\_\_. **A Instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Execução civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DROMI, Roberto. **El Procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarnce. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 1999.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Os Direitos Administrativos e os Direitos Processuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: [s. e.], p. 29, 1973.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979.

\_\_\_\_\_. Do Princípio da Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo: FGV, n. 190, p. 251, out./dez. 1992.

FRIEDE, Reis. A Garantia Constitucional do Devido Processo Legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: v. 716, a. 84, p. 71, jun. 1995.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GORDILLO, Agustín A. La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo: n. 10, p. 16-17 e 19, out./dez. 1969.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

\_\_\_\_\_. **Novas tendências do direito processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

\_\_\_\_\_. Os Princípios da Ampla Defesa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n. 19, p. 17.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LAZARINI, Álvaro. Do Procedimento Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, p. 76, 1998, v. 212.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Normas processuais civis interpretadas artigo por artigo, parágrafo por parágrafo da Constituição Federal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. **Código de processo civil interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2004.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a constituição brasileira de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo: n. 85, p.175, jan./mar. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Campinas, SP: Bookseller, 1997, v. 2.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade do direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo: n. 71, a. 18, p. 34, jul./set. 1993.

\_\_\_\_\_. **Garantia do contraditório**. in: Coord. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 136-137, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n. 18, jun. 1981.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **O Direito à defesa na CF de 88**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RAMOS JUNIOR, Geraldo Luiz. **Princípios constitucionais do processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. **Processo disciplinar**. Brasília: Consulex, 1999.

REZENDE, Adriana Menezes de. **Do processo administrativo disciplinar e da sindicância**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ROSA, Fábio Alves. Processo Disciplinar: Instauração e Citação do Indiciado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: n. 18, p. 45, jun. 1981.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROZA, Cláudio. **Processo administrativo disciplinar & ampla defesa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

SANTOS, Marília Lourido dos. Noções gerais a cerca do Processo Administrativo e da Lei nº 9.784/99. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: n. 149, a. 38, p. 244, jan./mar. 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal – Due process of law**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As leis de processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TÁCITO, Caio. O Princípio de Legalidade: ponto e contraponto. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo: FGV, n. 206, p. 2, out./dez. 1996.

TAVARES, Mauro José Fernandes. **Teoria e prática do conselho de disciplina na Polícia Militar: uma proposta de manual**. 2001, 360 f. Monografia (Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais) — Centro de Aperfeiçoamento e Estudos Superiores da Polícia Militar do Estado de São Paulo, São Paulo.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1997.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações Sobre o Princípio do Devido Processo Legal. **Revista de Processo**, São Paulo: n. 63, a. 16, p. 55, 1991.