

JOSÉ FERNANDO SILVEIRA QUILLES

**O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E O PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES
DO JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

MESTRADO

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

Osasco

2008

JOSÉ FERNANDO SILVEIRA QUILLES

**O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E O PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES
DO JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, dentro do projeto Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais, inserido na linha de pesquisa Direitos Fundamentais em sua efetivação jurisdicional, sob orientação do Prof. Dr. Antônio Cláudio da Costa Machado.

Osasco

2008

QUILES, José Fernando Silveira.

O Princípio do Juiz Natural e o Processo Administrativo Disciplinar dos Servidores do Judiciário do Estado de São Paulo / José Fernando Silveira Quiles; orientação Prof. Dr. Antônio Cláudio da Costa Machado, 2008, 163f.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito (área de concentração: Posituação e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos), do UNIFIEO - Centro Universitário FIEO.

1. Princípio do Juiz Natural; 2. Processo Administrativo Disciplinar; 3. Poder Judiciário; 4. Estado Democrático de Direito.

JOSÉ FERNANDO SILVEIRA QUILLES

**O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E O PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES
DO JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Osasco, ____ de _____ de 2008.

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

Aos meus familiares, pela compreensão e paciência nos momentos de ausência, quando estive me dedicando aos estudos.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Antônio Cláudio da Costa Machado, meu orientador, por todo apoio e preciosas lições.

Aos demais professores e coordenação do Curso de Mestrado do UNIFIEO, pela amizade e ensino de alto nível, contribuindo para que mais esse degrau fosse alcançado em minha trajetória acadêmica.

“O poder fascina e deslumbra.

Poder é a capacidade, é ter em mãos meios de impor e de transformar a realidade. É nessa medida que o poder seduz.

O poder é tão atraente porque confere aos homens capacidade de ação, mobilidade. Coloca o próprio indivíduo como senhor do seu destino e do destino dos dominados.

É também nessa medida que o poder corrompe.

Coloca aquele que o detém num estado de torpor.

O poder gera ilusões e invencibilidade; aproxima homens de deuses”.

(Gabriel Chalita, **O Poder**, p. 14)

RESUMO

QUILLES, José Fernando Silveira. **O princípio do juiz natural e o processo administrativo disciplinar dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo**. [Dissertação de Mestrado]. Osasco: UNIFIEO, 2008, 163 p.

A presente dissertação tem o escopo de demonstrar que o Poder Judiciário do Estado de São Paulo viola o princípio do juiz natural na condução dos processos administrativos disciplinares dos seus servidores (escreventes, oficiais de justiça e escrivães, entre outros). Apresenta a evolução histórico-político-jurídica dos modelos de Estado. Aborda os aspectos atuais da administração pública como a constitucionalização das suas regras e, as características do processo administrativo. Enfatiza-se que o princípio do juiz natural/ autoridade competente, enquanto expressão do devido processo legal, adquire a plenitude do seu significado no âmbito do Estado Democrático de Direito para ser aplicado em todos os tipos de processo, judicial e não judicial, estando aí incluído o disciplinar que é uma das espécies do processo administrativo. Finalmente, de acordo com o texto constitucional, o princípio do juiz natural tem aplicação imediata, não se tratando de ideal a ser alcançado no futuro. Conclui-se que deve ser aplicado já, e com maior efetividade no processo administrativo disciplinar, para que esteja em conformidade com o modelo de Estado de Direito Democrático.

Palavras chaves: Princípio do Juiz Natural; Processo Administrativo Disciplinar; Poder Judiciário; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

QUILLES, José Fernando Silveira. **The principle of the natural judge and the disciplinary administrative proceedings in the São Paulo Judiciary.** [Master Dissertation]. Osasco: UNIFIEO, 2008, 163 p.

The purpose of this work is to demonstrate that the São Paulo state Judiciary violates the principle of the *natural judge* in the disciplinary administrative proceedings it takes against its employees (court clerks, clerks appointed to effect service of process, and registrars, among others). The work presents the historical-political-juridical evolution of State models. It studies current aspects of the public administration, like the adjustment of its rules to the Constitution and the characteristics of administrative proceedings. It emphasizes the fact that the principle of natural judge / competent authority, while expression of due process of law, acquires its full meaning in the realm of the democratic rule of law to be applied in every kind of legal action, in and out of court, including the disciplinary proceeding which is one of the types of administrative process. And last, according to the Brazilian Constitution, the principle of the natural judge is of immediate application, it is not an ideal to be attained in the future. Therefore, it should be applied now and most effectively in disciplinary administrative proceedings, in order to conform to the model of the democratic rule of law.

Key words: Principle of the Natural Judge; Administrative Process; Disciplinary Administrative Proceeding; Judiciary; Democratic Rule of Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.1 DOS PRIMEIROS GRUPOS SOCIAIS AO SURGIMENTO DO ESTADO.....	14
1.2 NAÇÃO E ESTADO.....	16
1.3 ELEMENTOS QUE COMPÕEM O ESTADO.....	19
1.3.1 Poder.....	20
1.3.1.1 Legitimação do Poder.....	22
1.3.2 Soberania.....	23
1.4 ESTADO ABSOLUTISTA.....	24
1.5 ESTADO LIBERAL DE DIREITO.....	27
1.6 ESTADO DE DIREITO SOCIAL.....	28
1.7 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO OU ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO.....	30
1.8 GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
1.8.1 Evolução Histórica.....	36
1.8.2 Ampliação e Dimensão dos Direitos Fundamentais.....	38
1.8.3 Modelo Constitucional Brasileiro.....	43
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	48
2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA REGRAS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO.....	51
2.1.1 Poderes da Administração Pública.....	57
2.1.2 Agente Público.....	60
2.1.3 Dos Deveres, das Proibições e das Responsabilidades.....	62
3 PROCESSO ADMINISTRATIVO	66
3.1 A MISCELÂNEA DE LEIS DISCIPLINADORAS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	71
3.2 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	72
3.3 FASES DO PROCESSO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES DA UNIÃO.....	79
3.4 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES DO JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO.....	81
3.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	87

3.5.1	Aspectos Gerais.....	87
3.5.2	Princípios Constitucionais da Administração Pública.....	92
3.5.2.1	Devido Processo Legal.....	93
3.5.2.2	Contraditório.....	104
3.5.2.3	Ampla Defesa.....	113
3.5.2.4	Presunção da Inocência.....	118
4	O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.....	125
4.1	AUTORIDADE NATURAL.....	126
4.2	SIGNIFICADO E CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.....	127
4.3	INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	136
4.4	O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES DO ESTADO DE SÃO PAULO.....	141
	CONCLUSÃO.....	149
	BIBLIOGRAFIA.....	153

INTRODUÇÃO

Estudos e investigações teóricas que visam elucidar os meandros dos processos administrativos disciplinares vêm ganhando gradativa importância, haja vista a falta de delimitação e a obscuridade que permeiam o sistema. Tais fatores têm propiciado a violação de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais em sua atual concepção, de constituírem-se em instrumento de proteção do indivíduo frente a atuação do Estado, são o produto de vários fatores e fontes.

As lutas históricas pela libertação do homem desencadearam as Declarações de Direitos em diferentes épocas na história da humanidade.

A Magna Carta, que surgiu na Inglaterra em 1215, fixou alguns princípios que mais tarde se positivaram, assumindo caráter universal, entre eles o princípio do juiz natural.

No século XX, em resposta as atrocidades do período nazista e aos efeitos da Segunda Guerra Mundial, o mundo experimentou a internacionalização dos Direitos Humanos, iniciada com a Declaração de 1948. Paralelamente, nesse período, ocorre a constitucionalização dos direitos fundamentais, que passam a ser consagrados em um número maior e significativo de Constituições.

A Constituição brasileira de 1988 deu grande passo ao apresentar um rol extenso e variado de direitos fundamentais e ao incorporar as regras básicas de Direito Administrativo.

O Princípio do juiz natural encontra-se positivado nos incisos XXXVII e LIII, do artigo 5º.

Porém positivizar os direitos não é suficiente. Necessário que sua efetivação seja verificada na prática.

A Lei nº 9.784/99 estabelece normas básicas sobre processo administrativo, aplicáveis aos processos da órbita federal, sendo discutível sua aplicabilidade nos níveis estadual e municipal. O Estado de São Paulo criou a Lei nº 10.177/98 para regular os atos e procedimentos administrativos, sem nada dizer sobre processo disciplinar. Existe o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e cada Estado da federação criou Estatuto próprio dos servidores civis. Não raro, encontramos incongruências entre as leis, além de dispositivos inconstitucionais. Essa miscelânea jurídica só leva a obscuridade ao sistema administrativo, confundindo até mesmo os operadores de direito.

Portanto, essa dissertação pretende analisar o significado e a importância da aplicabilidade do princípio do juiz natural nos processos administrativos disciplinares, apontando os modos pelos quais o Judiciário do Estado de São Paulo infringe o mesmo na condução dos processos disciplinares de seus servidores.

A fim de facilitar o entendimento, esta dissertação está dividida em quatro capítulos.

No primeiro, para sustentar a aplicabilidade do sobredito princípio em todas as modalidades de processo, como indispensável à consolidação do Estado Democrático de Direito; partimos da origem e dos elementos que compõem o Estado, enfatizando o “poder”, na sua concepção, legitimação e atuação. Apresentamos a evolução histórico-político-jurídica dos modelos de Estado. Do Estado Absolutista ao Estado Liberal de Direito, desse ao Estado de Direito Social, culminando com nosso atual Estado de Direito Democrático. Ao ser traçada essa evolução histórica visualiza-se uma crescente limitação do poder do Estado que

caminha paralelamente com um crescente reconhecimento das Garantias e dos Direitos Fundamentais. Na evolução do Constitucionalismo apontamos a modificação e ampliação desses direitos em gerações ou dimensões e, finalmente a previsão na nossa Constituição do princípio do juiz natural no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais.

No segundo capítulo, abordamos os aspectos atuais da Administração Pública, como a constitucionalização das suas regras e, as características do processo administrativo. Apresentamos um tópico sobre a politização do Poder Judiciário no Brasil, revelando-se os atuais paradoxos que permeiam o nosso sistema judicial.

No capítulo terceiro, a partir da Lei que disciplina o Processo Administrativo dos Servidores Públicos Federais, passamos a discutir o Processo Administrativo Disciplinar dos Servidores do Judiciário do Estado de São Paulo. Iniciando-se a análise com o exame dos princípios constitucionais aplicáveis aos processos administrativos disciplinares, entrelaçamos as questões enfrentadas, demonstrando a aplicabilidade do princípio do juiz natural nos processos administrativos disciplinares, seja em decorrência do devido processo legal, seja por meio da interpretação conjunta dos princípios constitucionais.

No quarto capítulo, apontamos todos os modos pelos quais o Judiciário do Estado de São Paulo viola o princípio do juiz natural na condução dos processos administrativos de seus servidores.

Embora sem a pretensão de esgotar o tema, espera-se contribuir para que novos estudos sobre o assunto sejam incentivados, em prol de uma justiça garantidora dos direitos fundamentais e fiel aos preceitos constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 DOS PRIMEIROS GRUPOS SOCIAIS AO SURGIMENTO DO ESTADO

Desde os primórdios da organização política dos povos, as relações indivíduo-Estado ou liberdade-autoridade constituem-se e se perpetuam como objeto fundamental de preocupações dos pensadores. Essas respectivas relações são similares e o ponto em comum que emerge desse binômio inseparável é o poder.

A manutenção da vida em sociedade por meio do exercício do poder do Estado gera uma série de limitações à liberdade dos governados, que o homem acaba aceitando como imperativo natural.

Sob a influência de Aristóteles, Cícero escreve, em Roma, no século I a.C.:

a primeira causa da agregação de uns homens a outros e menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, o leva a procurar o apoio comum.¹

Parece, pois, existir uma necessidade natural dos homens se associarem.

As remotas civilizações como os grupos nômades associavam-se e, para o desempenho de suas tarefas de sobrevivência, existia uma forma de interação e organização da comunidade na qual se expressava o poder, ainda que difusamente, ditando assim o comportamento dos indivíduos associados.

¹ ARISTÓTELES, **A Política**, l. 9 apud DALARI, **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

São várias as teorias que explicam a origem da sociedade, culminando com a formação do Estado, embora deva prevalecer a de que a sociedade se originou a partir de uma necessidade natural do homem.

As teorias mais remotas são as favoráveis à idéia de sociedade natural, conforme afirmação de Aristóteles no século IV a.C. de que “o homem é naturalmente um ser político”.² Entre os medievais, São Tomás de Aquino segue Aristóteles afirmando que “o homem é, por natureza animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade”.³

Opondo-se ao fundamento natural da sociedade, encontra-se Thomas Hobbes, que em sua obra *Leviatã*, publicada em 1615, marca doutrinariamente sua posição contratualista. Para ele, os homens celebram o contrato como forma meramente racional de se estabelecer a vida em sociedade, cuja preservação, todavia, está atrelada à existência de um poder divisível que imponha aos homens permanecer dentro dos limites estabelecidos, obrigando-os, “por temor ao castigo, a realizar seus compromissos e à observância das leis da natureza (...). Esse poder visível é o Estado, um grande e robusto homem artificial, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa”.⁴ Em outras palavras, o Estado decorre de um contrato social, que o homem cansado de ser “lobo do próprio homem”, cansado da rivalidade, do egoísmo e da disputa, alcança por seu intermédio a segurança, a proteção e a paz social.

Montesquieu - em sua obra “Do Espírito das Leis” - é tido como opositor das idéias de Hobbes, porém defendeu uma outra espécie de contratualismo, admitindo

² ARISTÓTELES, **A Política**, apud DALARI, idem.

³ São Tomás de Aquino apud DALARI, idem.

⁴ DALARI, op. cit., p. 14.

ainda que existiam também leis naturais que levavam o homem a escolher a vida em sociedade.

Por fim, Rousseau - em sua obra "O Contrato Social", de 1762 - retornou à mesma posição contratualista de Hobbes. Entretanto, aceitando algumas concepções de Montesquieu, Rousseau teve forte influência na Revolução Francesa e, por conseguinte, "sobre todos os movimentos tendentes à afirmação e à defesa dos direitos naturais da pessoa humana".⁵

1.2 NAÇÃO E ESTADO

A palavra "Estado" vem do latim *status*, que quer dizer posição e ordem.

Não é possível adotar uma definição única para Estado. A acepção do termo "Estado" é muito ampla. Há estudiosos que caracterizam o Estado conforme uma visão marcadamente sociológica; outros evidenciam o lado político do conceito e, por fim, existem aqueles que privilegiam o lado jurídico do significado.

Segundo Hans Kelsen:

Mas a palavra também é com freqüência usada com um sentido bem mais restrito, para indicar um órgão particular da sociedade – por exemplo, o governo, ou os sujeitos do governo, uma "nação", ou o território que eles habitam. A situação insatisfatória da teoria política – que, essencialmente, é uma teoria do Estado – deve-se, em boa parte, ao fato de diferentes autores tratarem de problemas bastante diferentes usando o mesmo termo e, até, de um mesmo autor usar inconscientemente a mesma palavra com vários significados.

A situação revela-se mais simples quando o Estado é discutido a partir de um ponto de vista puramente jurídico.⁶

⁵ DALLARI, *ibidem*.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 271.

O Estado é concebido como ordem política da sociedade desde a Antiguidade até os dias atuais, entretanto nem sempre teve essa abordagem. De qualquer modo é certo que o nome Estado indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI.

De acordo com Hans Kelsen:

A identificação de Estado e ordem jurídica é óbvia a partir do fato de que mesmo os sociólogos caracterizam o Estado como uma sociedade “politicamente” organizada. Já que a sociedade – como unidade – é constituída por organização, é mais correto definir o Estado como “organização política”.

(...)

O Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito.⁷

Jellinek conceitua Estado enumerando seus elementos constitutivos da seguinte forma: “Estado é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando”.⁸

Importante destacar que não podemos confundir Estado com Nação. Israel, por exemplo, por dois mil anos foi considerada uma nação, embora não possuísse um território e, portanto, não constituísse um Estado. Se território não é elemento considerado na Constituição de uma Nação, então, quais elementos devem ser considerados? A língua, a religião, a cultura, a raça, os vínculos permanentes de sangue etc...

Entretanto, é muito arriscado tomar-se isoladamente algum elemento formador do conceito de Nação. O elemento raça tomado isoladamente causou grandes estragos como o nacional-socialismo de Hitler, que fundou o ideal nacional

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 273.

⁸ JELLINEK apud BONAVIDES, op. cit., p. 67.

e resumiu todo o conceito de nação e nacionalidade em bases étnicas, na raça alemã tomada por valor superior às demais raças. “A tese racista tem sido, e com razão, violentamente impugnada por cientistas e sociólogos, que entendem não haver raça capaz de definir nenhum povo, nenhuma nação.”⁹

Sahid Maluf conceitua:

Nação é uma entidade de direito natural e histórico, sendo um conjunto homogêneo de pessoas ligadas entre si por vínculos permanentes de sangue, idioma, religião, cultura e ideais.¹⁰

Paulo Bonavides aborda a questão: “Os aspectos históricos, étnicos, psicológicos e sociológicos dominam o conceito de nação que também aspira ordinariamente a revestir-se de teor político.”¹¹

A respeito, Renon Ernest complementa:

O homem não é escravo nem de sua raça, nem de sua língua, nem de sua religião, nem do curso dos rios, nem da direção das cadeias de montanhas. Uma grande agregação de homens, sã de espírito e cálida de coração, cria uma consciência moral que se chama a nação.¹²

Em suma, duas ou mais nações podem compor um único Estado, como por exemplo; a Bélgica que se formou a partir de flamengos e dos valões e a Áustria e a Hungria, hoje separadas, mas já foram um único Estado.

Como também é possível existir uma nação sem a existência do Estado, como foi o caso de Israel.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência e Política**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 80.

¹⁰ MALUF, **Teoria Geral do Estado**, p. 16.

¹¹ BONAVIDES, op. cit., p. 85.

¹² Renon Ernest apud BONAVIDES, op. cit., p. 85.

1.3 ELEMENTOS QUE COMPÕEM O ESTADO

Dentre os elementos que compõem o Estado, caracterizam-se pela melhor doutrina como sendo: o elemento humano (povo e população), o elemento geográfico (território) e o elemento político (soberania). Preferimos detalhar nesse trabalho apenas o elemento político que é a soberania, pois trata-se de elemento subjetivo cujo significado imbrica-se com o significado de poder. Conseqüentemente, também abordaremos aspectos relevantes do “poder” relacionados com o tema proposto.

Por território, vamos nos ater em definir como a base geográfica do poder do Estado ou extensão espacial da soberania do Estado ou ainda espaço político-jurídico, seja terrestre, aéreo ou marítimo.

Por população, importante ressaltar que é uma expressão que envolve noção numérica, demográfica, quantitativa “pois designa a massa total dos indivíduos que vivem dentro das fronteiras e sob o império das leis de um determinado país”, sem exclusão dos estrangeiros; enquanto que povo “no sentido estrito, condiz com o conceito de nação: povo brasileiro, povo alemão”¹³ etc. Ainda no sentido estrito, a Constituição Federal, no parágrafo único do artigo 1º, dá à expressão povo a conotação de cidadania, uma vez que considera apenas como povo aqueles nacionais dotados de direitos políticos. Assim, por povo deve-se considerar os nacionais que vivem no país somados à todos os nacionais que vivem no estrangeiro com direito ao voto.

¹³ MALUF, Sahid. **Teoria Geral**, *op. cit.*, p. 17.

1.3.1 Poder

São várias as interações que podem ser estabelecidas entre Estado, Soberania e Poder. Entre elas, apontamos uma: soberania é o poder uno e indivisível de um Estado. Por essa definição, o poder é considerado como elemento que compõe o Estado.

Faz-se mister então definirmos poder. Poder é a capacidade de determinar o comportamento alheio ou, nas palavras de Norberto Bobbio: “Por poder deve se entender uma relação entre dois sujeitos, dos quais o primeiro obtém do segundo um comportamento que, em caso contrário, não ocorreria”.¹⁴

Várias são as formas de se exercer o poder. Trataremos aqui do poder do Estado: sua concepção, legitimação e atuação.

O poder manifesta-se de diversas formas: poder social, poder familiar, poder político, poder judiciário, funcionando e se exercendo em rede. Nas malhas do poder os indivíduos não são alvo inerte ou consentido do poder, são na verdade sempre centros de transmissão.¹⁵ O poder encontra-se presente em todas as relações, o que nos faz chegar a admitir que há de se ter dominação para as relações perdurarem.

Nos tempos mais remotos, imaginava-se que a força física era o fator determinante do poder. O mais forte exercia domínio sobre o grupo, pois ele era designado nos confrontos, nos acidentes e disputas para proteger o grupo e, conseqüentemente, a ele era reservada boa fatia do poder. Posteriormente, o poder expressou-se através da família. O detentor de conhecimento já representou ser o grande detentor do poder. O poder também teve relação direta com a quantidade de

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política**. 13ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007, p. 78.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**, p. 183.

bens materiais, o dito poder econômico. No período hegemônico da Igreja, o poder mantinha relação direta com a espiritualidade; entendia-se que aqueles que intercediam Deus na Terra deveriam ter poder sobre as pessoas.

O ente denominado Estado se edifica e se estabiliza, sustenta e exerce seu poder e se legitima através dos poderes jurídicos e políticos.

Extraí-se da “Teoria Pura do Direito”, de Kelsen, que o poder do Estado é exclusivamente jurídico. Miguel Reale, entretanto, em sua análise sobre várias posições sobre o assunto, entende que o poder do Estado não pode ser considerado nem estritamente político e nem exclusivamente jurídico.

E quando se fala no poder do Estado como poder coativo, isso significa que as normas estatais, determinando certos comportamentos, prescrevem a coação para o caso de desobediência, por se tratar de normas jurídicas. O direito de punir do Estado se fundamenta na teoria da soberania tal como esta é apresentada pela teoria do direito monárquico ou do direito democrático.

Michel Foucault, em vários pontos de sua obra *Microfísica do Poder*, critica e demonstra uma face desoladora que resulta do poder em relação à aplicação das sanções, dos julgamentos, da forma da lei e da produção legislativa. Apontemos um desses pontos.

O personagem central de todo o edifício jurídico ocidental é o rei. É essencialmente do rei, dos seus direitos, do seu poder e de seus limites eventuais, que se trata na organização geral do sistema jurídico ocidental. Que os juristas tenham sido servidores do rei ou seus adversários, é sempre do poder real que se fala nesses grandes edifícios do pensamento e do saber jurídico.

Fala-se desse poder de duas maneiras. Ou para mostrar sob que couraça jurídica se exercia o poder real, como o monarca incarnava de fato o corpo vivo da soberania, como seu poder, por mais absoluto que fosse, era

exatamente adequado ao seu direito fundamental. Ou, ao contrário, para mostrar como era necessário limitar o poder do soberano, a que regras de direito ele deveria submeter-se, os limites dentro dos quais ele deveria exercer o poder para que este conservasse sua legitimidade. A teoria do direito, da Idade Média em diante, tem essencialmente o papel de fixar a legitimidade do poder; isto é, o problema maior em torno do qual se organiza toda a teoria do direito e o da soberania.¹⁶

No vocabulário jurídico, costuma-se erroneamente empregar indistintamente as palavras força, poder e autoridade. Paulo Bonavides entende que: a) **força** é capacidade material de comandar interna e externamente; b) **poder** significa a organização ou disciplina jurídica da força e; c) **autoridade** traduz o poder quando ele não se explica pelo consentimento, tácito ou expresso, dos governados (quanto mais consentimento mais legitimidade e quanto mais legitimidade mais autoridade).

Assim, sendo menor a contestação, mais estável se apresentará o ordenamento estatal, unindo força ao poder e o poder à autoridade.¹⁷

1.3.1.1 Legitimação do Poder

O poder do Estado é legitimado pelo direito. Uma sociedade organizada depende do direito oferecendo normas que regulamentem as relações. Pois somente a força não basta para reprimir qualquer movimento rebelde às suas ordens, sendo necessário que se tenha o amparo legal.

A Constituição é a lei básica de qualquer país, sendo a ferramenta jurídica que o povo possui para delimitar o que é fundamental para a vida em sociedade diante da complexidade do Estado Moderno. A criação da Constituição dá-se pelo Poder Constituinte originário, cuja função é constituir, reconstruir e reformular a

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 181.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, p. 106 e 107.

ordem jurídica estatal,¹⁸ iniciando todo o edifício jurídico, implantando suas raízes e edificando seus princípios e fundamentos. O Poder Constituinte exerce o poder soberano, estabelecendo que os demais poderes tenham independência para agir, respeitando os limites da Lei Maior.

A **legitimação do poder** enfrenta questões relativas ao consentimento dos governados, bem como questões relativas ao respeito ao ordenamento jurídico por parte do próprio Estado. O Estado impõe e deve se submeter a elas.

Faz parte dessa submissão do Estado à lei o respeito à personalidade humana que é o princípio e fim, causa e razão do fato jurídico estatal.

1.3.2 Soberania

Sintetizando todas as teorias formuladas sobre o assunto, verifica-se que a noção de soberania está sempre ligada a uma concepção de poder. A acepção, ainda que una, possui roupagens diferentes em níveis político, jurídico e em termos de relações internacionais.

Concebida em termos políticos, soberania é conceituada como “o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências”.¹⁹

Concebida em termos jurídicos, soberania é tida como “o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer, sobre a eficácia do direito”.²⁰

A soberania apresenta duas faces: a interna e a externa.

A soberania interna quer dizer que a autoridade do Estado, nas leis e ordem que edita para todos os indivíduos que habitam seu território, predomina sem

¹⁸ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, p. 183.

¹⁹ DALARI, op. cit., p. 80.

²⁰ DALARI, op. cit., p. 80.

contraste, não podendo ser limitada por nenhum outro poder. O termo soberania exprime que o poder do Estado é o mais alto existente, é o *summa potestas*.

A soberania externa significa que, nas relações recíprocas entre os Estados, não há subordinação, nem dependência, e sim igualdade.²¹

Para Miguel Reale, o conceito de soberania é: “o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro dos limites de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência”.²²

São características, portanto, do poder soberano a unidade, a indelegabilidade, a indivisibilidade, a inevitabilidade, a supremacia e a perpetuidade ou imprescritibilidade.

Atualmente, o conceito de soberania está na ordem do dia, pois cada vez mais se evidenciam interferências internacionais em assuntos domésticos.

1.4 ESTADO ABSOLUTISTA

Uma das principais características do Estado Medieval é a supremacia do papado sobre os monarcas. Porém, o declínio da Igreja vinha-se demonstrando politicamente pelas críticas racionalistas dos escritores da Renascença, bem como por correntes reacionárias internas lideradas por Lutero e Calvino. Essa Reforma Protestante do século XVI corroborou para o fortalecimento da autoridade monárquica, uma vez que enfraqueceu o poder papal e colocou as igrejas nacionais sob o controle do soberano.

²¹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Globo, 1998, p. 49.

²² REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**, p. 127 apud DALLARI, op. cit., p. 80.

Assim, dá-se o surgimento das monarquias absolutistas com o declínio da Igreja e a queda do feudalismo. É o fim da Idade Média, considerado um período de transição para os tempos modernos.

O fortalecimento do poder central era o único meio de se restabelecer a unidade territorial dos reinos. Sem a concentração de poderes, ou seja, fora da idéia do absolutismo monárquico, não havia possibilidade de se promover a unidade nacional dentro do Estado moderno. Tanto assim que onde tal fenômeno não se positivou o Estado se dividiu, como ocorreu, por exemplo, na Alemanha e na Polônia.²³

No final da Idade Média, os monarcas já têm supremacia, ninguém lhes disputa o poder, suas vontades não sofrem qualquer limitação.

Surgem teorias que justificam o absolutismo como as de Nicolau Maquiavel (1469-1527), Jean Bodin (1530 – 1595), e Thomas Hobbes (1588 – 1679).

Áustria, Prússia, Inglaterra, França e Espanha são as primeiras monarquias absolutistas a se consolidarem, sendo que a autoridade dos reis era considerada como oriunda de Deus.²⁴

O típico Estado Absolutista é a França de Luiz XIV (1638-1715). A ele é atribuída a frase “O Estado sou eu”, que se tornou a “marca” do poder absoluto.

O governo absolutista só presta contas a Deus por seus atos. Jean Bodin, um dos defensores do Absolutismo monárquico em sua obra “Lex Six Livres de La Republique” deixava claro que as únicas limitações do poder absoluto soberano seriam as decorrentes das leis divinas e naturais.

As críticas e pregações racionalistas outrora feitas contra a Igreja e que contribuíram para a formação das monarquias absolutistas “incutiram no espírito da população uma consciência de noção de liberdade e de direitos intangíveis dos

²³ MALUF, Said, op. cit., p. 129.

²⁴ No sentido de que autoridade dos reis era considerada como oriunda de Deus, ver Said Maluf, **Teoria Geral do Estado**, op. cit., e Darcy Azambuja, op. cit.

indivíduos”.²⁵ Sendo essas mesmas idéias que ressurgiram contra o próprio Absolutismo, abarcadas por filósofos e juristas dos séculos XVII e XVIII, entre eles: John Locke, Montesquieu e Rousseau e que por fim contribuíram para a Revolução Francesa de 1789.

John Locke (1632-1704), em reação anti-absolutista, preconizou a idéia de limitação de poder ao afirmar que para o bem da liberdade política, os poderes Executivo e Legislativo, precisavam estar em mãos distintas, evitando assim que eles abusassem de suas funções originais e cedessem aos caprichos do rei.²⁶

Ainda, segundo Locke, caso houvesse conflito entre governante e povo, deveria prevalecer a vontade do povo, pois os direitos naturais do homem são anteriores e superiores ao Estado e razão única do poder.

Montesquieu (1689-1755), inspirado em Locke, apresentou com mais definição e clareza a necessidade de autonomia e independência entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Para Montesquieu, o homem não conseguia ser incorruptível, ele estava sujeito a todos os desatinos a que o poder leva a cometer por força de sua própria natureza. Se o mesmo homem, ou mesmo corpo, de príncipe ou de nobres ou de povo, exerce esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as demandas particulares, estaria tudo perdido.²⁷

Rousseau (1712-1778) também traça limites ao poder soberano e inova ao preconizar que as exigências devem ser iguais a todos os súditos.

Na França, o Absolutismo termina com a Revolução Francesa (1789) e na Inglaterra a derrocada inicia-se com a Revolução Gloriosa e se concretiza com a assinatura do *Bill of Rights* de 1688.

²⁵ MALUF, Said, op. cit., p. 121.

²⁶ MALUF, Said, op. cit., p. 121.

²⁷ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1987.

1.5 ESTADO LIBERAL DE DIREITO

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, elaborada após a Revolução Francesa, em seu artigo 16, proclamou: “Toda sociedade em que as garantias dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

O *Bill of Rights* estabeleceu os seguintes princípios: O Rei só pode cobrar impostos com o consentimento do Parlamento, ainda que sejam empréstimos ou contribuições voluntárias; a recusa ao pagamento de impostos não autorizados pelo Parlamento não poderá motivar perseguições; ninguém poderá ser subtraído aos seus juízes naturais; o Rei não poderá em hipótese alguma instituir jurisdições excepcionais ou extraordinárias, civis ou militares.²⁸ Posteriormente, três princípios passaram a figurar nas Constituições de todos os Estados Liberais.

Primeiramente, na América do Norte, figuraram na Declaração de Virgínia, em 1776, na Constituição Federal de 1787 e em todas as Constituições estaduais das antigas colônias inglesas que vieram compor a federação norte-americana.²⁹

Dessa forma, a monarquia absoluta é substituída pela monarquia constitucional. O Estado Liberal de Direito passa a se impor pela força da lei (Constituição) em detrimento do Estado Absolutista que se impunha através da força do Rei Soberano. Esse Estado de Direito é marcado pela ascensão da burguesia ao controle do Estado e tem como objetivo fundamental assegurar o princípio da legalidade, segundo o qual toda atividade estatal havia de submeter-se à lei. Suas características básicas, segundo José Afonso da Silva, são:

²⁸ *Bill of Rights*. Tradução disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>. Acesso em 20.03.2008.

²⁹ MALUF, Sahid, op. cit., p. 124.

(a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente pelo poder legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes legislativo, executivo e judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (d) enunciado e garantia dos direitos individuais.³⁰

1.6 ESTADO DE DIREITO SOCIAL

O Estado Liberal foi marcado por políticas abstencionistas, porém esse excesso de liberalidade estatal não foi capaz de propiciar uma vida digna para os homens. Ao contrário, o que se viu foi um aumento de injustiças sociais, que se intensificaram após a Revolução Industrial. Pressões sociais fizeram com que o Estado Liberal se transformasse em Estado Interventor, com a criação de leis que visavam o bem-estar social das massas.

Assim, o Estado de Direito Social surge na década de 1920, pautado no princípio da igualdade material – jaz um Estado mais livre e menos justo e nasce um Estado menos livre e mais justo.

Ocorreu um desenvolvimento dos direitos sociais com a aplicação de políticas públicas específicas, como resume Paulo Bonavides:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional e fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais,

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Revista do IAB**, ano XXXIV, nº 33, 3º trimestre de 2000, p. 1 e 2.

enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social.³¹

A importância histórica do chamado Estado de Direito Social é reconhecida por Elías Días, que enfatiza sua suspeita de saber até que ponto o neocapitalismo do Estado Social de Direito não estava encobrendo uma forma muito mais matizada e sutil de ditadura do grande capital, utilizando métodos políticos de caráter totalitário visando evitar, sobretudo, qualquer eventualidade realmente socialista.³²

Tanto é assim que a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a França com a Quarta República e o Brasil, desde a Revolução de 30 foram todos considerados Estados Sociais. Por isso, adverte José Afonso da Silva, que é insuficiente a concepção de Estado Social de direito, uma vez que sua ambigüidade é manifesta (primeiro, porque a palavra social está sujeita a várias interpretações, segundo porque melhor seria que o “social” qualifique o Direito ao invés de qualificar o Estado); então, em lugar de Estado Social de direito, devemos dizer Estado de Direito Social.³³

Depreendemos que meras conquistas sociais utilizadas para conter a insatisfação e pressão das massas não foram e não são suficientes para o concreto e pleno desenvolvimento da pessoa humana, ainda que pudessem ter causado uma situação de bem-estar geral passageira. Tais conquistas foram até possíveis em regimes nazi-fascistas, sendo, por isso, mais um motivo para estarem longe de representar um Estado de Direito mais justo, que depende para tal de um elemento

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 186.

³² DÍAS, Elías. **Estado de Derecho e Sociedad Democrática**. Madri: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1973, p. 70.

³³ SILVA, José Afonso da. **Revista do IAB**, ano XXXIV, nº 93, 3º trimestre de 2000, p. 3 e 4.

caracterizador: o conteúdo democrático que seja capaz de conferir legitimidade ao exercício do poder político.

1.7 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO OU ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Definimos como Estado Democrático de direito todo aquele que seja regido por uma democracia capaz de legitimar o exercício do poder político.

A legitimação do poder está vinculada à observância de determinadas regras e processos que estão consubstanciados na democracia. Sem democracia, não se pode conceber como legítimo o poder político de um Estado e esse não poderá ser considerado um Estado Democrático de Direito.

Devemos a Lincoln o célebre conceito de democracia: governo do povo, pelo povo e para o povo.

Esse conceito define democracia como governo. José Afonso da Silva vê limitações nesse conceito por entender que “democracia é regime de governo, forma de vida e principalmente processo”. Ele leciona que governo do povo significa que o povo é fonte de poder; governo pelo povo quer dizer que o poder é exercido em nome do povo por meio de representação política dotada de legitimidade; governo para o povo é aquele embasado nos valores de liberdade, igualdade e que busca a justiça social e o bem-estar geral.³⁴

Pontes de Miranda, por outro lado, infere que democracia é simplesmente a forma de atuação do povo na criação da ordem estatal e assim demonstra posicionamento contrário ao de José Afonso da Silva:

³⁴ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 5.

Democracia é forma. Se juntarmos os conceitos de representação, delegação, governo pelo povo e outros mais, sobrecarregamos o exato conceito de democracia. Assim procedendo, expo-la-íamos a ser atacada, por então se lhe exprobar o afastar-se de tais “noções falsas” de democracia.³⁵

J.J. Gomes Canotilho amplia a definição ao completar que os direitos fundamentais têm uma função democrática, dado que o exercício democrático do poder:

(1) significa a contribuição de *todos* os cidadãos (...) para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação *livre* assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) co-envolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, económicos e culturais, constitutivos de uma democracia económica, social e cultural.³⁶

Estabelecemos, por fim, que o Estado Democrático de Direito é aquele subordinado à uma Constituição que tem por base a garantia dos direitos fundamentais e a soberania, comportando os elementos representativo e participativo.

É um Estado que se pauta no princípio da legalidade, tendo condições de realizar intervenções que alterem diretamente a situação da comunidade a fim de influir numa realidade social mais justa e igualitária.

Nessa última abordagem sobre as características do Estado Democrático de Direito foram evidenciados vários pontos, os quais podemos identificar como princípios, de acordo com a visão de José Afonso da Silva, que indica como princípios do Estado Democrático de Direito, os seguintes:

³⁵ PONTES DE MIRANDA, **Democracia, liberdade, igualdade (Os três Caminhos)**. 2ª ed. Editora Saraiva, 1979, p. 137.

³⁶ CANOTILHO, J.J., op. cit., p. 284.

- a) princípio da constitucionalidade
- b) princípio democrático
- c) sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais
- d) princípio da justiça social
- e) princípio da igualdade
- f) princípio da divisão dos poderes
- g) princípio da legalidade
- h) princípio da independência do juiz
- i) princípio da segurança jurídica.³⁷

1.8 GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão "garantias dos direitos fundamentais" é utilizada para definir os mecanismos jurídicos que estabilizam o ordenamento constitucional e constituem preceitos para o ajustamento de seu valor normativo.³⁸

José Afonso da Silva relaciona as diversas expressões utilizadas para designar os direitos fundamentais: direitos naturais; direitos humanos; direitos do homem; direitos individuais; direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais; liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.³⁹

No direito constitucional, Jorge Miranda apresenta três razões que justificam a não utilização da expressão *direitos do homem*⁴⁰. Primeiramente, porque a Constituição trata dos direitos assentados na ordem jurídica, e não de direitos derivados da natureza do homem. Tem de ser sempre por meio de normas positivas, ainda que de Direito Natural positivado, que tais direitos têm de ser captados e estudados. A segunda se refere à necessidade dos direitos fundamentais se

³⁷ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 7.

³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade**, 1995, p. 95.

³⁹ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 175.

⁴⁰ MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 3^a ed., Coimbra Editora, 2000, p. 53.

correlacionarem com outras figuras objetivas e subjetivas. Não se pode desligar da organização econômica, social, cultural e política. E a terceira razão decorre do fato de que os direitos fundamentais não se reduzem a direitos impostos pelo Direito Natural. Existem, ainda, os direitos do cidadão, do trabalhador, do administrado, os conferidos a instituições, grupos ou pessoas coletivas: direitos das famílias, das associações, dos sindicatos, dos partidos.

José Afonso da Silva⁴¹ considera adequada a expressão direitos fundamentais do homem porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa.⁴²

Observa Jorge Miranda que a “contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado.”⁴³

E, prosseguindo, arremata:

Os direitos representam só por si certos bens; as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das

⁴¹ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 178.

⁴² MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 10.

⁴³ *Ibid.*, p. 88.

peças e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.⁴⁴

Entende-se que, com a finalidade de conservar sua eficácia normativa, o texto constitucional constitui institutos jurídicos que enfatizam o amparo ao seu núcleo fundamental, através dos quais tornam-se concretamente eficazes os direitos declarados em seu bojo, assegurando, ainda a proteção contra agressões à manutenção das normas constitucionais. A esses instrumentos jurídicos se reserva a expressão "garantias dos direitos fundamentais": de um lado, a declaração dos direitos; de outro lado, estando a esses ligados os mecanismos para sua proteção.

Nela se sintetizam todas as manifestações modernas dos direitos fundamentais da pessoa humana.

De acordo com Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais se originam da vontade soberana de cada povo:

A Constituição Federal de 1988 trouxe seu Título II os direitos e garantias fundamentais subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais, direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.⁴⁵

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os direitos fundamentais do homem estabelecem faculdades da pessoa humana que permitem sua breve classificação do seguinte modo: 1) os direitos de liberdade, como por exemplo, a liberdade de consciência, de propriedade, de manifestação do pensamento, de associação etc.; 2) os direitos de participação política, tais como a igualdade de sufrágio, o direito de voto e de elegibilidade, o direito de petição, entre outros; 3) os direitos sociais, que

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 88.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 56.

abrangem os direitos de natureza econômica, como por exemplo, o direito ao trabalho, de assistência à saúde, à educação, etc; 4) os direitos chamados de quarta geração, por exemplo, o direito à preservação do meio ambiente e à qualidade de vida.⁴⁶

O conjunto dos Direitos Humanos Fundamentais visa assegurar ao ser humano, entre outros, o respeito ao seu direito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade; bem como ao pleno desenvolvimento da sua personalidade. Eles garantem a não ingerência do Estado na esfera individual, e consagram a dignidade humana. Sua proteção deve ser reconhecida positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

No entendimento de J. J. Gomes Canotilho, os direitos de defesa do cidadão têm dupla perspectiva:

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).⁴⁷

As constituições escritas relacionam-se diretamente à edição de declarações de direitos do homem, cuja finalidade é a delimitação do poder político. Com isto ocorre a incorporação de direitos subjetivos do homem (liberdade positiva), retirando seu conhecimento e garantia do legislador ordinário, com a finalidade de evitar agressões do poder político (liberdade negativa).

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 100.

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

O Direito Constitucional, em sua função de organização e funcionamento do Estado, inclui em suas atribuições a previsão de diversos direitos e garantias fundamentais, como leciona Jorge Miranda:

O Direito Constitucional é um ramo do Direito Público, destacado por ser fundamental à organização e ao funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política. Tem, pois, por objeto a constituição política do Estado, no sentido amplo de estabelecer sua estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, através, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais.⁴⁸

1.8.1 Evolução Histórica

Ao realizarmos uma retrospectiva histórica da limitação do poder, estaremos indiretamente traçando uma evolução histórica dos direitos fundamentais. Importante, pois, apontarmos momentos e documentos relevantes ao longo do tempo sobre tais limitações para que o resumo histórico nos permita uma visão global sobre o desenvolvimento e a ampliação dos direitos fundamentais.

Muitos autores encaram essa questão como a evolução histórica do constitucionalismo. Para Canotilho, constitucionalismo antigo é “todo sistema e organização político-jurídico que precedeu o constitucionalismo moderno, como o constitucionalismo grego e romano”.⁴⁹

Na Antiguidade, entre 1.008 e 1.001 a.C., o rei Davi faz de Jerusalém a capital do reino hebreu, “estabelecendo no Estado Teocrático limitações ao poder

⁴⁸ MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, p. 138, t.1.

⁴⁹ CANOTILHO, J.J., op. cit., p. 51.

político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos”.⁵⁰

Nas cidades gregas (século V a.C.), particularmente em Atenas, foi instituída uma distribuição do poder político entre todos os cidadãos ativos. Sendo considerado um marco histórico da limitação do poder e, por isso, a cidade grega ficou conhecida como o berço da democracia.

A limitação do poder também pôde ser visualizada em Roma através de um complexo sistema de controles recíprocos entre diferentes órgãos políticos que, reunindo o povo em comícios encontra a participação no processo legislativo. Projetos de lei redigidos por Cônsules eram apreciados pelo Senado e, por fim, submetidos à votação popular.⁵¹

Na Idade Média, encontramos o caso do João Sem Terra em 15.06.1215, na Inglaterra, que instituiu a Magna Carta. Destaca-se abaixo trecho da mesma:

Nenhum homem livre será preso, privado de sua propriedade, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destituído, nem castigado, nem mandaremos forças contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pelas leis do país.

Só serão nomeados juízes, oficiais de justiça, xerifes ou bailios os que conheçam a lei do reino e se disponham a observá-la fielmente

A Magna Carta (significa “Grande Carta” em latim), também conhecida como *Magna Charta Libertatum*, é um documento inglês de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, impedindo, assim, o exercício do poder absoluto. Ela resultou de desentendimento entre João, o Papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano. Segundo os termos da Magna Carta, João deveria

⁵⁰ LOWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1986, p. 154

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43.

renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do rei estaria sujeita à lei.

Na Idade Moderna, vários foram os pactos voltados à proteção dos direitos individuais que representaram a limitação do poder: o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1689), o *Bill of Rights* (1688), o *Act of Settlement* (1701), a Declaração da Virgínia (1776) e as Constituições da Confederação dos Estados Americanos (1781).

Na idade Contemporânea, a limitação do abuso do poder estatal estabeleceu-se através das constituições escritas, sendo dois os marcos históricos e formais desse constitucionalismo: A Constituição Norte-Americana, de 1787, e a Constituição Francesa, de 1791.

1.8.2 Ampliação e Dimensão dos Direitos Fundamentais

No percurso histórico, os Estados constitucionais modificaram e ampliaram os direitos fundamentais. Inicialmente, os direitos fundamentais possuíam caráter individualista, representando uma esfera de direitos do indivíduo em relação aos quais o Estado se comprometia a respeitar (a não violar) os chamados direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão).

As gerações (ou dimensões) das declarações dos direitos são classificadas em três, embora, para alguns, como Paulo Bonavides⁵², haja também uma quarta. Na definição de Bonavides, a primeira geração é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, “direitos de liberdade”, que são direitos e garantias

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

dos indivíduos em relação aos quais o Estado se compromete a respeitar, criando, assim, uma esfera juridicamente intangível.

Num segundo momento, surge a necessidade de reconhecimento pelo Estado dos novos direitos dos indivíduos, os chamados direitos sociais, representando uma nova relação entre Estado e sociedade, e caracterizados pelas chamadas prestações positivas do Estado; são chamados de direitos fundamentais de segunda dimensão.

Com a segunda geração surgem os direitos sociais, econômicos e culturais, ou seja, correspondendo a prestações ativas do Estado no sentido de suprir as carências da coletividade, como saúde, educação, trabalho, previdência etc. A respeito, Themistocles Brandão Cavalcanti escreve que:

(...) o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações se das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.⁵³

Já na terceira, concebem-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano. Atualmente, consideram-se *direitos de terceira geração* os chamados *direitos de solidariedade ou fraternidade*, que abrangem o direito a um meio ambiente equilibrado,⁵⁴ uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, como os decorrentes dos interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais não haja vínculo jurídico ou fático muito preciso.⁵⁵

Na lição de Willis Santiago Guerra Filho:

⁵³ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 202.

⁵⁴ Conforme afirmou o Supremo Tribunal Federal, “Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração” (RTJ 155/206).

⁵⁵ VIGLIAR, José Marcelo, **Ação civil pública**, São Paulo: Atlas, 1997, p. 42.

(...) ao invés de "gerações" é melhor se falar em "dimensões de direitos fundamentais", nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos "gestados" em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para estendê-los de forma mais adequada - e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.⁵⁶

A discussão acerca do meio ambiente nunca esteve tão em evidência mundialmente como nos últimos anos. O mundo tem experimentado transtornos climáticos nunca vistos.

Considerando-se as causas já conhecidas do efeito estufa e da destruição da camada de ozônio, entre outras, novos estudos publicados recentemente revelaram um futuro sombrio para o planeta. Até os Estados Unidos, que não assinaram o Protocolo de Kyoto e se mostravam reticentes em aceitar o desenvolvimento sustentável, começam a demonstrar preocupação. Por isso, em reunião das economias mais poderosas do mundo - o G8 (Alemanha, Itália, Estados Unidos, França, Canadá, Grã-Bretanha, Japão e Rússia), o Brasil, em junho de 2007, mesmo não sendo integrante desse grupo, teve participação de destaque, ao apresentar proposta de criação de um mercado mundial de álcool, defendendo seus benefícios por diminuir tensões de guerra em torno do petróleo e, por se tratar de fonte de energia limpa. Assim, podendo contribuir para os ideais de fraternidade e preservação ambiental.

⁵⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago, **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 2ª ed., São Paulo: Editora Celso Bastos, 2001, p. 39.

Existe, entretanto, uma onda de rejeição ao uso de biocombustíveis na Europa, com o mercado europeu fixando que só se abrirá para o Etanol se o mesmo obtiver uma certificação de que sua produção é ecológica e socialmente correta.

Apesar das discussões sobre questões científicas relativas ao meio ambiente e o futuro do planeta (terceira dimensão dos direitos fundamentais), no Brasil, entre outros países de economia periférica, persiste ainda o problema da implementação dos direitos sociais (direitos fundamentais de segunda dimensão).

De uma forma mais sintética, as gerações de direitos fundamentais são assim expressas por Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “a primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, complementaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*”.⁵⁷

Celso Lafer, assim como Paulo Bonavides, classifica esses mesmos direitos em quatro gerações, dizendo que os direitos de terceira e quarta gerações transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais.⁵⁸

Porém, esses direitos não são estabelecidos pelas Constituições políticas, que apenas os certificam, declaram e garantem, já que sua realidade é transcendente ao próprio Estado. O Estado é um instrumento a serviço da coletividade, expressando a unidade política de um povo frente a outros povos, tendo o dever de assegurar o respeito aos direitos fundamentais erigidos em sua Constituição.

⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos humanos fundamentais**, 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 57.

⁵⁸ LAFER, Celso, **A reconstrução dos direitos humanos** *apud* discurso de posse do Ministro Celso de Mello como Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, ao se considerar que os direitos individuais se referiam a direitos que ensejavam a não interferência do Estado, os novos direitos se referem a prestações - positivas e exigíveis – impostas ao Estado.

Outras questões que surgem, no tocante aos direitos econômicos e sociais e aos novos direitos: por um lado, a questão sobre a vigência ou eficácia jurídica e; por outro, a questão da efetividade ou da eficácia social da norma constitucional que reconhece direito fundamental.

A luta pelos direitos fundamentais da pessoa, como o direito à vida, direito à liberdade, direito à segurança e direito à propriedade, tem permeado a história do homem há séculos.

Apesar da definição de ser humano ter surgido na Antiguidade, como leciona Fábio Konder Comparato, passando depois a ser considerado, por sua igualdade essencial, como um ser dotado de liberdade e razão, apesar das diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Assim foram lançados “os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes”.⁵⁹

Entretanto, somente após alguns séculos do surgimento da idéia de igualdade, é que a primeira organização internacional proclamou, no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Segundo Norberto Bobbio:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a

⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 11.

democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais.⁶⁰

Ensina José Afonso da Silva, a respeito da origem histórica da forma de declaração dos direitos, que:

As declarações de direitos assumiram, inicialmente, a forma de proclamações solenes em que, em articulado orgânico especial, se enunciam os direitos. Depois, passaram a constituir o preâmbulo das constituições, na França especialmente.⁶¹

Ao reconhecimento técnico e jurídico dos direitos fundamentais agrega-se a organização constitucional do Estado. A Constituição foi elaborada para desempenhar as tarefas de organizar os poderes do Estado, dentro da linha de competências estabelecidas previamente, declarando os direitos naturais como imprescritíveis e inalienáveis do homem.

1.8.3 Modelo Constitucional Brasileiro

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 institui um Estado Democrático que se pauta pelo reconhecimento e pela garantia de exercício dos direitos humanos fundamentais.

No título II da nossa Constituição Federal encontra-se a declaração dos direitos fundamentais do homem, expressão utilizada em sentido abrangente das prerrogativas e instituições que se materializam em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campres, 1992, p. 1.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 20ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 2001, p. 179.

A Constituição teve como principal preocupação a valorização e divulgação dos direitos individuais e coletivos, tanto que ficou conhecida como a *Constituição Cidadã*, devido à participação popular na elaboração do texto, e por ser uma Constituição voltada à realização da cidadania.

Para José Afonso da Silva⁶², resumidamente, os direitos fundamentais do homem-indivíduo são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, assegurando iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade e do próprio Estado. Por isso são reconhecidos como direitos individuais, ou seja, direito à vida, direito à liberdade, direito à igualdade, direito à segurança e direito à propriedade, especificados no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Um segundo ponto é que os direitos fundamentais têm também como objeto o homem nacional: direito à nacionalidade e suas prerrogativas (artigo 12, da CF).

Em terceiro lugar, os direitos fundamentais têm também como objeto o homem-cidadão: direitos políticos, direitos de participação política (artigos 14 e 17, da CF).

Em quarto, os direitos fundamentais têm por objeto o homem-social: os direitos assegurados ao homem em suas relações sócio-econômicas e culturais, de acordo com os artigos 6º a 11, da CF, que podem ser agrupados em três classes:

- 1) direitos sociais relativos ao trabalhador: o artigo 7º e seus incisos da CF ditam as regras sobre direito ao trabalho e garantia do emprego, direitos sobre as condições de trabalho (negociações coletivas), direitos relativos a salário (salário mínimo, salário noturno superior ao diurno, irredutibilidade do salário), direitos relativos ao repouso e à inatividade do

⁶² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 180-181.

trabalhador, direitos relativos aos dependentes do trabalhador, participação nos lucros e co-gestão, direito de associação sindical e direito de greve (artigos 8º e 9º da CF);

- 2) direitos sociais relativos à seguridade: estão definidos no artigo 6º, da CF, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social (artigos 6º e 194 a 204 da CF);
- 3) direitos sociais relativos à educação e à cultura (artigo 6º, da CF).

Além desses, há ainda os direitos fundamentais do homem membro da coletividade, de que participam alguns tradicionais direitos de expressão coletiva, como os de associação e de reunião; direitos coletivos à informação (artigo 5º, XIV, da CF) e à representação associativa; direitos do consumidor (artigo 5º, XXXII, e 170, V, da CF) e direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadia qualidade de vida (artigo 225, da CF).⁶³

A relação entre Direitos Fundamentais e Estado Democrático de direito decorre da previsão constitucional do reconhecimento desses direitos, mediante a existência de um Estado que os reconhece e legitima.

Apesar das dificuldades e características que envolvem os dois temas, ambos se entrelaçam quando atuam para um mesmo fim, que é assegurar a plena existência e desenvolvimento das capacidades humanas, dirigido por princípios que reconhecem a sua dignidade.

A importância de um Estado Democrático de Direito para a busca deste ideal de respeito à dignidade humana, é vital, pois, sem uma Constituição que assegure esse direito, dificilmente se chegará a esse padrão de existência com igualdade de condições e justiça para todos.

⁶³ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 181.

Fazendo uma retrospectiva, o que se observa é que a evolução da humanidade quanto à conscientização sobre seus direitos foi lenta, porém grandes conquistas foram alcançadas.

No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 demarcou uma nova visão de valorização dos direitos fundamentais, bem mais coerente com um país que saiu de um regime de autoritarismo para o regime democrático.

O regime militar foi marcado pela supressão de direitos constitucionais, pela hipertrofia do Poder Executivo em relação aos demais Poderes e pelo centralismo federativo na União, em detrimento da autonomia dos Estados. As Forças Armadas passaram a exercer controle direto das principais funções governamentais.

Após o longo período de vinte e um anos de autoritarismo militar, que perdurou de 1964 a 1985 no país, deflagra-se o processo de democratização no Brasil.

Atualmente, a Constituição, voltada à garantia e efetivação dos direitos fundamentais vem dando continuidade a esse processo evolutivo. O ECA, o CDC, o Estatuto do Idoso, a legislação ambiental, as inúmeras iniciativas no sentido de efetivação dos direitos à moradia, educação, saúde e outros, são alguns exemplos de direitos.

Seu título II contém a declaração dos direitos fundamentais do homem, expressão que ela emprega em sentido abrangente daquelas prerrogativas e instituições que se concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Nela se sintetizam todas as manifestações modernas dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Dentre os fundamentos que embasam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos II e III, da CF). Nesse ponto, ocorre a incidência do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, demonstrando que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora. Como observa Jorge Miranda:

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.⁶⁴

⁶⁴ MIRANDA, Jorge, **Manual de direito constitucional**, p.166.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Direito Administrativo e Direito Constitucional surgiram na mesma época, como forma de organização do Estado. O mesmo conceito que fez surgir o constitucionalismo moderno também consagrou a autonomia do Direito Administrativo, que se refere à necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado.⁶⁵

Desta forma, tanto o Direito Constitucional quanto o Direito Administrativo compõem o Direito Público Interno, visando a regulamentação das atividades do Estado, e refletindo sobre a postura dos indivíduos.

A constitucionalização das regras básicas da Administração Pública tem como finalidade atingir a neutralidade do aparelho estatal, coibindo o Poder Executivo de manipulá-lo, e impedindo o comprometimento dos ideais do Estado de Direito.⁶⁶

Além de cuidar da regulamentação dos servidores públicos, o Direito Administrativo tem o papel de viabilizar a execução de serviços, além de disciplinar as relações da Administração Pública com os administrados.

Enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza. Assim, a lei, ou, conforme Celso Antonio Bandeira de Mello, o sistema legal é o fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa, estando, portanto, condicionada à Lei e ao Direito.⁶⁷

⁶⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Servidores públicos. Aspectos constitucionais, Estudos de Direito Público**. São Paulo IV/V (2/1), p 81-82.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 63.

Observa-se, ainda, que, além da legalidade, os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e a eficiência também devem ser respeitados. A eficiência como princípio constitucional insere-se no capítulo da Administração Pública, integrando seu regime jurídico por ato do constituinte reformador constante da Emenda Constitucional 19/98. Tratando-se de preceito estruturante recente, os referenciais doutrinários estão em permanente efervescência para re-fundar paradigmas capazes de dar novas respostas aos desafios do Estado na prestação de serviços públicos.⁶⁸

Analisando o Direito Comparado, dois são os grandes ramos de sistemas administrativos: sistema do contencioso administrativo e sistema de jurisdição única.

O contencioso administrativo, também conhecido como sistema francês, caracteriza-se pela impossibilidade de intromissão do Poder Judiciário no julgamento dos atos da Administração.

Diferentemente, o sistema de jurisdição única, também denominado sistema judiciário ou inglês, tem como atributo básico possibilitar o pleno acesso ao Poder Judiciário, tanto dos conflitos de natureza privada, quanto dos conflitos de caráter administrativo.

A supremacia do Estado de Direito e das Constituições escritas sobre todas as espécies e atos normativos exige o acesso total e irrestrito ao Poder Judiciário, cujas garantias constitucionalmente deferidas possibilitam maior independência e imparcialidade perante a Administração Pública, respeitando-se a razão do surgimento do Direito Administrativo, qual seja, a limitação do poder estatal, com pleno respeito aos direitos fundamentais.⁶⁹

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. Op. Cit.

⁶⁹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p.115.

Não se pode negar, no entanto, que, atualmente, em virtude da eficiência de seus julgamentos, o Contencioso Administrativo francês é considerado como um dos mais perfeitos, servindo de inspiração para outros países europeus que o adotaram com modificações.

No texto constitucional de 1934, surgiu no âmbito do processo judicial brasileiro, o Mandado de Segurança que, tendo a finalidade de defender os direitos individuais, líquidos e certos, passou a figurar como um importante instrumento de contenção de abusos praticados pelas autoridades administrativas. No entanto, a limitação dos privilégios de que gozava a administração e especialmente a Fazenda Pública se fez de forma lenta. Dando-se início a uma nova fase no processo administrativo tributário, foi criado o Conselho de Contribuintes, constituído por funcionários da Fazenda e contribuintes, que tinham por finalidade o julgamento de recursos até então interpostos ao Ministro da Fazenda.

Por meio da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, foi prevista a criação por lei ordinária do Contencioso Administrativo, o qual não chegou a ser efetivamente criado, uma vez que não se via como conciliar a criação desse órgão com o disposto no art. 111 da Constituição Federal, que estatuiu a inafastabilidade do Poder Judiciário, que corresponde ao atual art. 5º, inciso XXV.

Visando a possibilitar a criação desse órgão administrativo, a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, alterou o art. 111 da Carta Magna vigente, condicionando o ingresso em juízo ao exaurimento das vias administrativas, desde que não se exigisse garantia de instância, nem se ultrapassasse o prazo de 180 dias para o proferimento da decisão administrativa.

Nossa atual Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, não reproduziu o dispositivo que permitia a criação do Contencioso Administrativo,

entretanto, permitiu, por via indireta, a existência do mesmo, tendo em vista que consta em seu art.5º, inciso LV: “Aos litigantes em processo administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

Resta hoje o contencioso administrativo restrito a questões específicas, especialmente no âmbito tributário, bem como no âmbito funcional da Administração Pública em relação aos seus servidores. Cabendo ao Judiciário somente analisar a legalidade dos atos administrativos.

O sistema de jurisdição única adotada no Brasil consagra a independência das instâncias penal e administrativa, só repercutindo aquela sobre esta quando se manifesta pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria.

Em decisão do Supremo Tribunal Federal encontra-se:

Constitucional. Administrativo. Servidor Público. Demissão. Ilícito Penal e Ilícito Administrativo. I - A jurisprudência do STF é no sentido de que a demissão do funcionário público motivada pela prática de crime funcional pode fazer-se mediante processo penal pelo mesmo fato.

Dessa forma, no sistema de jurisdição única do Brasil, somente haverá a vinculação de instâncias quando no âmbito penal reconhecer-se a inexistência material do fato ou constatação da negativa de autoria.

2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS REGRAS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A interferência do Poder Judiciário em temas normalmente de competência da Administração tem aumentado, à medida que as normas básicas do Direito Administrativo foram constitucionalizadas, ampliando a possibilidade de interpretação judicial desses institutos.

Quando o Tribunal Constitucional decide sobre a questão da compatibilidade lógica entre a previsão normativa abstrata e a norma constitucional, este exerce seu papel de interpretar a Constituição. Quando essa função passa a incidir sobre todos os princípios, normas e preceitos básicos do Direito Administrativo mediante a incorporação dos mesmos na nova Constituição, ocorre a ampliação de ingerência do Poder Judiciário nos atos do administrador.⁷⁰ Dentre as denominações dadas a esse fenômeno, encontramos: a politização da justiça ou a judicialização da política.

O Controle de Constitucionalidade previsto na Constituição Federal de 1988 combina elementos do controle difuso-concreto com outros do sistema concentrado-abstrato. O controle concentrado (europeu), *in abstracto*, tem um caráter mais político-jurídico e é exercido por uma Corte Constitucional (órgão situado acima dos Poderes). No controle de constitucionalidade de molde americano, é um ato de geração precípua do Legislativo, no qual contribui, ordinariamente, o Executivo com sua sanção, ao final pode ser rejeitado pelo Judiciário (nos Estados Unidos da América, como no Brasil, o controle é feito pelo Poder Judiciário).

Segundo Paulo Bonavides, a flexibilidade de interpretação das normas, de forma a contextualizá-las, porém sem perder o direcionamento constitucional, em alguns casos extremos, pode alterar o exercício do controle pelo órgão judicial. Tal situação vem ocorrendo na Alemanha, quando, a pretexto de respeitar-se a lei como ato legítimo de um poder cujo exercício tem suas origens de controle na opinião pública e no debate democrático, como é o Legislativo, acaba o juiz ou o intérprete, valendo-se daquele método, por impor com a operação interpretativa conteúdos normativos que alteram o caráter da lei, fazendo com que, nesse caso, a vontade do juiz substitua a previsão legislativa.⁷¹

⁷⁰ MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 476.

Ainda segundo Paulo Bonavides, devido a esse risco, o Tribunal Constitucional de Karlsruhe registra em sua jurisprudência que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco não deve nunca dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição. Portanto, esse método não deve servir para alterar conteúdos normativos, sendo esta tarefa reservada ao legislador e não do tribunal constitucional. Para o citado Tribunal, o legislador está vinculado à ordem constitucional e ao executivo, enquanto o judiciário à lei e ao direito.⁷²

Atualmente, em decorrência da nova configuração político-jurídica adotada no Brasil, observa-se que ocorrem divergências quanto ao papel do Judiciário e do juiz na aplicação da lei. A reconstitucionalização provocou clara expansão nas funções dos juízes, além de maior participação do Judiciário nos problemas gerais da vida brasileira.

A forma de participação do Judiciário, através de um novo paradigma, o pós positivismo, tem contribuído para a denominada politização da justiça. Esse alargamento das funções dos juízes, dentre outros aspectos, acarretou descontentamentos e desconfianças vindo a culminar na criação do Conselho Nacional de Justiça, que foi instalado em junho de 2005.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em artigo publicado no ano de 1994, demonstra grande sapiência e visão futurista, como se observa a seguir:

(...) a **judicialização da política** tem como contrapartida inexorável a **politização da justiça**. O aspecto bem visível disto está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela “opinião pública, o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa. Estes “profetizam” os votos dos membros de uma Corte – o Supremo Tribunal Federal, por exemplo – analisando posições partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário que, em *off*, vazam

⁷² BONAVIDES, Paulo, op. cit., pp. 476-477.

informações, antecipam votos, movidos pelo desejo ou de agradar ou de justificar-se perante os ‘donos’ da comunicação. A politização da justiça é desejado por muitos no Brasil atual. São os que batalham para a adoção do ‘controle externo’ do Judiciário. É claro que o pretexto é a necessidade de punir a incúria de magistrados, ou de reprimir seus eventuais abusos. Entretanto, a verdadeira finalidade é outra.⁷³

A politização do Judiciário abrange aspectos positivos e negativos. Os aspectos negativos são exacerbados nos países de economia insipientes onde a corrupção no Judiciário é maior. E os aspectos positivos referem-se ao papel do Judiciário na implementação dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, Dircêo Torrecillas Ramos escreve que:

(...) se é verdade que as questões políticas estão fora de alcance do Poder Judiciário, essa afirmação não poderá ser considerada em termos absolutos. Pois tais questões não poderão ser excluídas, quando lesem direitos individuais. Por mais esta razão, além de outras, exige-se a politização da justiça em decorrência da judicialização da política.⁷⁴

Quanto à discussão pertinente ao efetivo funcionamento da democracia no Estado Democrático de Direito, a década de 80 ficou demarcada pelo “retorno do Direito” como termo ou valor de referência.

As transformações na Europa, a queda do socialismo do leste europeu e a institucionalização da Comunidade Européia, acarretaram o reconhecimento cada vez maior da centralidade do modelo democrático.

Nesse aspecto, a democracia é o sistema político que melhor se identifica com o positivismo, como esclarece João Maurício Adeodato:

Ele tem pretensões de universalidade, sim, mas seu universalismo é meramente formal, procedimental; ele considera a questão do conteúdo ético uma questão extra-jurídica. Pela solução da modernidade democrática

⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Poder Judiciário na Constituição de 1988** - Judicialização da Política e Politização da Justiça. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, pp.1-17, out/dez.1994.

⁷⁴ RAMOS, Dircêo Torrecillas. Artigo: **Politização do Judiciário ou Judicialização da Política**. *Revista de Direito Constitucional Internacional*. Volume 33, ano 2000, p. 23.

para esse dilema, não é este ou aquele padrão de conduta, mas sim aquilo que a maioria decide o que é justo. (...) O direito positivo concretiza uma determinada postura ética em detrimento das demais, as quais permanecem como “direito natural” ou, pode-se dizer, “ideologia dos derrotados”.⁷⁵

A tese do “respeito mínimo aos direitos humanos”, parecia ser um princípio cada vez mais valorizado no modelo democrático. Porém, após os atentados de 11 de setembro, o mundo viu-se chocado com a atitude dos Estados Unidos - considerado um modelo de democracia – e que, na contramão, positivaram diversas normas claramente contrárias à defesa dos direitos humanos.

Em suma, conclui João Maurício Adeodato, que:

(...) na pós-modernidade, na contemporaneidade, o direito dogmático e a democracia positivista tradicionais não têm mais a mesma consistência teórica nem o mesmo grau de eficiência. A crise se manifesta em diversos sentidos, tais como o alto índice de abstinência no voto e a possibilidade de partidos não democráticos chegarem ao poder e acabarem com os procedimentos democráticos.⁷⁶

Mas, o paradoxo não se encerra neste aspecto, uma vez que o novo paradigma, o pós-positivismo tem duas facetas antagônicas, ocasionando o receio de que a abertura dada aos juízes incentive arbitrariedades judiciais, comprometendo um valor fundamental, que é a segurança jurídica. “Não raro, isto pode ocorrer já que permeiam no sistema: a ignorância jurídica, ingenuidade funcional” e a corrupção.⁷⁷

Esse é o cenário: discutir o princípio do Juiz Natural no processo administrativo disciplinar realizado pelo Judiciário. Um Judiciário brasileiro que passa por um momento de grave crise institucional: o fenômeno da politização do Judiciário

⁷⁵ ADEODATO, João Maurício, artigo: **A Pretensão de Universalização do Direito como Ambiente Ético Comum**. Disponível em <http://www.cesesb.edu.br/cesesb/revista/direito/1edicao/universalizacao.pdf>. Acesso em 28.10.2007, p. 4.

⁷⁶ ADEODATO, João Maurício, *Op. cit.*, p. 6.

⁷⁷ ADEODATO, João Maurício. **Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da Constituição pelo Judiciário**. In: BITTAR, Eduardo C. B.; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006, p. 81.

é polêmico, porém é tendência internacional, mas os recentes episódios de corrupção, envolvendo nomes de Juizes de Direito no Brasil, têm assumido proporções significativas. Acrescente-se a esse quadro a crise do direito na pós-modernidade demonstrada pelos exemplos dos Estados Unidos e de alguns países da América Latina que, em determinadas questões, têm se apresentado na contramão dos direitos fundamentais.

Existe já um temor de que o pós-positivismo possa dar azo às arbitrariedades judiciais. A polêmica politização do Judiciário é fenômeno internacional, mas no Brasil o fenômeno parece se dar de modo mais acentuado, devido a constitucionalização das regras da Administração Pública na Constituição de 1988, além das mudanças incorporadas pelas novas emendas constitucionais, que fortaleceram o Supremo Tribunal Federal.

O alargamento das questões, que passam a depender de decisões judiciais, proporcionou maior ênfase ao Juiz de Direito brasileiro. Nesse sentido, é contraproducente que esse mesmo Juiz tenha de assumir sozinho o poder de instaurar, conduzir e decidir sobre o processo administrativo disciplinar dos servidores do Judiciário. Misturam-se as funções judicial e administrativa.

Assim, o processo administrativo disciplinar dos servidores do judiciário não poder ser realizado sem uma comissão processante, instaurada previamente Não pode ser realizado apenas por um Juiz de Direito, uma vez que restará comprometida a imparcialidade do processo administrativo disciplinar.

O juiz, como ser humano que é, terá o pensamento de que se ele decide questões/processos envolvendo lides sociais extremamente complexas, e, portanto por que não poderá escolher o funcionário que deve ou não ser mantido ao seu lado para trabalhar?

Dessa forma, o Juiz acaba confundindo o cargo/função exercido pelo servidor da Administração Pública.

O servidor público serve à Administração Pública para a consecução do fim social, o cargo/função não pertence ao Juiz, o servidor público não serve ao Juiz, ele subordina-se ao juiz conforme a lei e as regras da Administração Pública. Este ponto é crucial, sendo justamente aí que a imparcialidade do Juiz de Direito é comprometida, ferindo-se com isso o princípio do Juiz Natural, como se verá adiante, nessa dissertação.

Porém, antes de adentrarmos ao tema em referência, é importante que façamos um breve estudo sobre os poderes da Administração Pública.

2.1.1 Poderes da Administração Pública

A Administração Pública detém os seguintes poderes: poder regulamentar, poder de polícia, poder disciplinar e poder hierárquico.

O poder regulamentar e o poder de polícia não se constituem objeto de interesse do presente trabalho.

O Poder Disciplinar, entretanto, nos interessa, pois em decorrência dele é que a Administração deve apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa. Observe-se que as sanções administrativas impostas aos particulares não decorrem do poder disciplinar, mas sim do poder de polícia.

De acordo com Hely Lopes Meirelles⁷⁸, poder hierárquico é exercido pelo Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, estabelecendo a

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 97.

relação de subordinação entre os servidores de seu quadro de pessoal, além de controlar e corrigir as atividades e os erros dos agentes, não havendo como agir senão na permanência da relação administrativa:

O poder hierárquico tem por objetivo **ordenar, coordenar, controlar e corrigir** as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração Pública direta ou indireta... a hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço e age como meio de responsabilização dos agentes administrativos, impondo-lhes o **dever de obediência**.⁷⁹

Do poder hierárquico decorrem faculdades implícitas para o superior, tais como a de **dar ordens** e **fiscalizar** o seu cumprimento, a de **delegar** e **avocar** atribuições e a de **rever** os atos dos inferiores.⁸⁰

Pode-se, portanto, conceituar a *hierarquia* como sendo uma relação de distribuição escalonada e gradativa existente entre os vários órgãos da Administração Pública ou entre os vários postos (patentes) e graduações existentes numa corporação, empresa, instituição, etc.

É por meio da hierarquia que se impõe ao subordinado, ao subalterno, a estrita e pronta obediência às ordens e instruções legais de seus superiores hierárquicos e, assim, define-se a responsabilidade de cada um. As ordens e determinações legais devem ser realizadas satisfatoriamente e fielmente cumpridas, sem ampliação ou restrição ao exato sentido da ordem determinada pelo superior hierárquico, a menos que sejam ordens manifestamente ilegais. Nesse sentido, ensina Hely Lopes Meirelles⁸¹:

...a doutrina não é uniforme, mas o nosso sistema constitucional, com o declarar que "**ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de LEI**" (...)

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 100.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 106.

⁸¹ *Ibid.*, p. 100.

(Art. 5º, II), torna claro que o subordinado não pode - e nem deve, ao nosso modo de ver - ser compelido, pelo superior, a praticar ato evidentemente ilegal", sob pena de ilegalidade ou abuso de poder (excesso ou desvio de poder)..

O respeito hierárquico, ou seja, a estrita, disciplinada e pronta obediência ao superior pelo subordinado, não tem a finalidade de suprimir, anular ou alijar, "no subalterno, o senso do legal e do ilegal, do lícito e do ilícito, do bem e do mal." O subordinado, portanto, pelo respeito que dispensa o seu superior, não deve transformar-se em mero autômato executor de ordens a ponto de anular e desprezar sua razão, inteligência e iniciativa, no tocante ao desempenho de suas atribuições, e, nos restritos limites de sua esfera de competência.⁸²

Conforme Léo da Silva Alves, o poder hierárquico se refere ao poder-dever indisponível, podendo o servidor hierarquicamente superior ser administrativa e penalmente penalizado, como ocorre na hipótese de *condescendência criminosa*.⁸³

Não há como confundir poder hierárquico e poder disciplinar, ambos andam juntos, atuando como sustentáculos de toda organização administrativa.

Assim sendo, a própria Lei Federal n.º 8.112/90, que trata dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, no seu art. 143, estabelece que "a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurado ao acusado ampla defesa".

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no tocante aos servidores públicos, "o poder disciplinar é uma decorrência da hierarquia"⁸⁴, enquanto para Hely Lopes Meirelles, "O poder disciplinar é correlato com o poder hierárquico, mas com ele não

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, pp. 100-101.

⁸³ ALVES, Léo da Silva. **As Teses de Defesa na Sindicância e no Processo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 13.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 91

se confunde".⁸⁵ Portanto, o poder hierárquico e o *disciplinar* são complementares, ou seja, o poder disciplinar complementa o hierárquico.

Hely Lopes Meirelles⁸⁶ conceitua o poder disciplinar como sendo a faculdade de punir internamente as infrações disciplinares dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração Pública.

A respeito, Odete Medauar aponta que

ao exercício de poderes e faculdades do superior sobre os subordinados, vistos como desdobramentos ou decorrências do poder hierárquico, dentre os quais o poder de: dar ordens ou instruções; controle sobre atividades dos órgãos e autoridades subordinadas; rever atos dos subordinados; decidir conflitos de competência entre subordinados; poder de coordenação.⁸⁷

2.1.2 Agente Público

O Estado atua através da ação de seus agentes. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o agente público pode ser classificado em três grupos:

- a) agentes políticos - cargos de caráter não-profissional, definidos pela Constituição, mediante distribuição de poder, como ocorre, por exemplo, no caso de presidente da república e seus ministros etc.;
- b) servidores estatais - com relação de dependência, exercendo atividade profissional, permanentemente, fazendo parte desta categoria os servidores titulares de cargos públicos, os regidos pelo regime estatutário, antes denominados funcionários públicos, assim como os empregados públicos regidos pela CLT - Consolidação das Leis do Trabalho;

⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 124.

⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 108.

⁸⁷ MEDAUAR, Odete Medauar. **Direito Administrativo Moderno**, 2ª ed. TR, 1998, p. 58-59.

- c) os particulares prestadores de serviços à Administração, não mantendo vínculo empregatício ou profissional permanente. Ex.: jurados, membros de mesa eleitoral, concessionários, delegados de ofício público, notários, dentre outros.⁸⁸

Nessa dissertação, interessa particularmente os servidores públicos do Judiciário, que possuem vínculo estatutário, tais como; escrivães, escreventes e oficiais de justiça.

Os escrivães e oficiais de justiça subordinam-se diretamente do Juiz de Direito. Os escreventes estão subordinados diretamente aos escrivães e indiretamente ao Juiz; sendo essa a manifestação do Poder Hierárquico do quadro a ser focado por esta dissertação.

Os servidores do Judiciário executam serviços auxiliares da justiça, cabendo direitos e deveres previstos no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo.

No caso de um servidor cometer infração a um dever ou praticar comportamento proibido, estará sujeito à sanções disciplinares que vão desde uma advertência até sua demissão a bem do serviço público. A responsabilidade do servidor público transcende a esfera administrativa, sendo também penal e civil.

Nesse sistema, o juiz acaba por ter contato diariamente com os servidores, especialmente com os escrivães para quem passa as principais ordens de comando, além dos escreventes chefes. Os escreventes que realizam audiência têm ampliado o seu contato direto com o magistrado. Os oficiais de justiça nos esclarecimentos e consultas a respeito do cumprimento dos mandados judiciais passam a ter contato direto com o juiz.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 181.

Esse contato direto pode ser ampliado, conforme a conveniência e no modo que o magistrado resolve predispor do serviço do meirinho.

Portanto, em maior ou menor intensidade, há o contato do magistrado com todos os servidores.

2.1.3 Dos Deveres, das Proibições e das Responsabilidades

Os deveres, proibições e responsabilidades dos servidores encontram-se estabelecidos na Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo.

Os deveres estão relacionados no artigo 241, referindo-se à assiduidade, pontualidade, ao acato às ordens superiores, bem como a denúncia, no caso de atos ilegais.

Também estão explícitas questões quanto ao bom desempenho das funções, quando ao zelo e presteza na realização dos serviços, além da confiabilidade no tocante à honestidade, inclusive quanto ao dever de informar aos superiores sempre que detectar irregularidades que obtiver conhecimento no exercício das funções.

Outro aspecto abordado pela Lei é que o servidor deve residir dentro do perímetro urbano onde exerça sua função, ou em local autorizado.

É dever do servidor zelar pelo material do Estado, bem como pela conservação daquilo que estiver sob sua responsabilidade.

Atitudes dignas com relação ao seu próprio local de trabalho, assim como declaração de família, além de estar convenientemente trajado para o trabalho. Isso se deve à necessidade de que o servidor não comprometa a imagem do órgão que ali representa. Como ocorre em empresas do setor privado, a imagem do

funcionário, bem como sua atitude moral diante da sociedade pode comprometer a imagem da empresa. No caso de um funcionário público, não somente o órgão que representa estaria sendo comprometido por atitudes inconvenientes, como também o Estado, por manter funcionário em situação não condizente ao cargo que ocupa.

Por isso, além dessas orientações, há também a necessidade do servidor atuar com eficiência, sabendo administrar as prioridades, como se transcreve abaixo:

XI - atender prontamente, com preferência sobre qualquer outro serviço, às requisições de papéis, documentos, informações ou providências que lhe forem feitas pelas autoridades judiciárias ou administrativas, para defesa do Estado, em Juízo;

Espera-se, ainda, que o servidor seja colaborador e mantenedor do espírito de solidariedade com os colegas de trabalho, mantendo sempre em dia os serviços relativos à função que ocupa, além de manter-se, tanto na vida pública quanto privada, de forma a dignificar a função pública.

As proibições são descritas nos artigos 242 e 243, a seguir sintetizados:

- Expressar qualquer opinião depreciativa à qualquer meio de comunicação sobre autoridades constituídas e aos atos da Administração, com ressalva ao caso de elaborar documento assinado, que tenha como fim a organização e melhora da eficiência do trabalho realizado;
- Retirada de documentos sem autorização prévia;
- Realizar qualquer tipo de tarefa estranha ao serviço no horário de trabalho, inclusive tratar de assuntos particulares;
- Faltas injustificadas;
- Participar de manifestações contrárias aos interesses da repartição;
- Efetuar qualquer tipo de comércio, inclusive listas de doações na repartição;
- Empregar material do serviço público ao uso particular;
- Realizar contratos de natureza comercial e industrial com o Governo;
- Participar de empresas particulares que tenham algum tipo de relação governamental;

- Pedir ou conceder privilégios, garantias de juros ou favores e usura;
- Representação de Estado estrangeiro, sem autorização do Presidente da República;
- Promover ou aderir greves, ou praticar atos de sabotagem contra o serviço público;
- Ser procurador ou intermediário de partes perante repartições públicas; com exceção para assuntos de interesse do cônjuge ou parente até segundo grau;
- Aceitar qualquer tipo de remuneração de empresas fornecedoras, entidades fiscalizadoras, dentre outras.
- Aproveitar-se do cargo que ocupa para obter proveito próprio;
- Participar ou fundar sindicato de funcionários.

O parágrafo único, do art. 243, ainda prevê a proibição da participação do funcionário em sociedades em que o Estado seja acionista, cooperativas e associações de classe.

O artigo 244 veda que o servidor trabalhe sob ordens imediatas de parentes, até segundo grau, com exceção a função de confiança e livre escolha, que se limita ao máximo de dois auxiliares.

As responsabilidades estão previstas nos artigos 244-250, abaixo sintetizado:

- eventuais prejuízos que tenha causado à Fazenda Estadual, por dolo ou culpa, desde que comprovados.
- sonegação de valores e objetos confiados à sua guarda ou responsabilidade, instruções e ordens de serviço;
- faltas, danos, avarias e quaisquer outros prejuízos que sofrerem os bens e os materiais sob sua guarda, ou sujeitos a seu exame ou fiscalização;
- inexatidão ou falta das necessárias averbações nas notas de despacho, guias e outros documentos da receita, ou que tenham com eles relação;
- erros de cálculo ou redução contra a Fazenda Estadual.
- aquisição de materiais em desacordo com os regulamentos;
- nos casos de indenização à Fazenda Estadual, o funcionário deverá repor integralmente o valor do prejuízo causado, podendo ser descontado dos vencimentos;
- designar pessoas estranhas à repartição a incumbência de tarefas de sua competência ou de seus subordinados;

- a responsabilidade administrativa não dispensa a responsabilidade civil ou criminal, nem o pagamento das indenizações devidas.

Tecendo comentários sobre os citados estatutos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, observa que, nesses casos, não ocorre a mesma tipicidade das infrações atinentes ao Direito Penal, que tem como característica uma maior rigidez que o Direito Administrativo Disciplinar. O problema que surge se refere a se adequar termos como, por exemplo, "a dignidade da função pública", "proveito pessoal", "incontinência pública". Algumas infrações são completamente descritas pela lei, por isso o esforço a ser realizado na motivação, que deve estar presente em relatórios e pareceres, demonstrando a adequação entre a infração e a pena, impossibilitando o arbítrio da Administração Pública.⁸⁹

Nesse sentido, comenta Celso Antonio Bandeira Mello que:

Vinculado ou discricionário, o exercício da competência conferida ao administrador público, faz referência que os atos vinculados são aqueles em que, por existir prévia disposição como sendo o único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista, a administração não possui de qualquer margem de liberdade, posto que a lei já regulou a conduta a ser adotada diante do caso concreto.⁹⁰

Os instrumentos de controle possibilitam o ajustamento ou a correção dos meios para se atingir aos objetivos públicos. Dessa forma, o zelo pela responsabilidade e transparência na gestão pública, se apresenta como um importante mecanismo de controle e instrumento de um estado democrático de direito.

⁸⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Op. cit.*, p. 398.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 394.

3 PROCESSO ADMINISTRATIVO

Na doutrina, encontra-se discussão acerca da existência ou não do processo fora do campo da prestação jurisdicional, especificamente quando da possibilidade de haver processo sobre a atuação dos outros poderes estatais (executivo e legislativo) ou se essa seria função exclusiva do poder jurisdicional.

Em defesa da processualidade ampla, na doutrina processual, surgem autores como Carnelluti, nas obras *Sistema Del diritto processuale civile e Istituzioni*, dos anos de 1930 e 1956, respectivamente. Em 1949, surge a obra de Couture - *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, também defendendo a unidade processual nos três poderes.

Como representantes da doutrina processual brasileira, encontram-se Ada Pellegrini Grinover, Araújo Cintra e Cândido Dinamarco, afirmando que:

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).⁹¹

Celso Antônio Bandeira de Mello defende a existência de processo fora do âmbito jurisdicional afirmando que:

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.⁹²

⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Araújo e DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 280.

⁹²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 444.

Os atos precisam respeitar uma determinada seqüência, em todas as funções estatais, para atingir seu fim. Porém, há sempre um espaço entre a lei e o ato administrativo final, quanto à forma do procedimento, resguardando as garantias dos direitos dos administrados.

Uma garantia a ser verificada, especialmente quanto aos atos discricionários, se refere aos parâmetros fixados nos momentos que o antecedem.

O procedimento passa por uma série de operações que, ajustadas logicamente, formam uma unidade, preparando a elaboração de um ato final, ou seja, uma decisão.

O processo se torna empiricamente visível por meio dos procedimentos, sendo caracterizado pelo dinamismo. O procedimento, quando qualificado pelo contraditório, numa relação jurídica em que os sujeitos processuais se agregam sujeitando-se a ônus, deveres e faculdades, tendo como finalidade a realização de uma pretensão, entende-se que seja processo. O gênero é procedimento; enquanto a espécie se refere ao processo.⁹³

No Estado Democrático de Direito, o iter processual, se desenvolve sem imposição arbitrária do comando, porém tem uma seqüência que preserva a legalidade do ato e o direito do particular, mediante a própria Administração Pública, que lhe deve ser serviente. Como é dotada de poderes, na medida de seu dever serve de instrumento ao interesse público.

Se, por um lado, encontra-se a Administração Pública, insistindo nos deveres a que se sujeitaria o particular perante a "supremacia do interesse público", por outro

⁹³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Op. cit.*, p. 134.

lado, encontra-se o particular, pleiteando direitos, ou na defesa dos mesmos direitos fundamentais, quando atacado juridicamente.⁹⁴

O processo administrativo possibilita o controle da Administração e a participação dos cidadãos, como garantia de efetivação dos direitos fundamentais, destinando ao Estado as informações, alegações, valores, aspirações, interesses, de que não teria conhecimento, com efetiva probabilidade de influenciar decisões estatais.⁹⁵

Por meio do processo administrativo, mediante as garantias constitucionais, alcançam-se duas finalidades: a) subjetiva, como garantia do particular, protegendo-o frente à Administração Pública, e; b) objetiva, como garantia da legalidade, regulando o exercício da competência, fixando a ação da Administração Pública no sentido do cumprimento da finalidade de acordo com a estrutura do ordenamento positivo em vigor.⁹⁶

O processo administrativo é mecanismo de concretização do Estado Democrático de Direito, possibilitando a participação e o controle.⁹⁷

Dentre as finalidades do processo, encontra-se o impedimento da arbitrariedade estatal.

De maneira geral, o processo é um procedimento contínuo e dinâmico, como já mencionado, que vai se concretizando no tempo, manifestando o poder em ações e decisões, existindo nas funções legislativa, jurisdicional e executiva.

Os principais objetivos do processo administrativo, na lição de Odete Medauar, são: a) garantia; b) melhor conteúdo das decisões; c) legitimação do

⁹⁴ CRETELLA JÚNIOR, J. **Prática do processo administrativo**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 40.

⁹⁵ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 206.

⁹⁶ LUIZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 59-60.

⁹⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. **Processo administrativo, devido processo legal e a lei 9.784-99**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.227, jan/ mar. 2002, p. 85.

poder; d) correto desempenho da função; e) justiça na administração; f) aproximação entre Administração e cidadãos; g) sistematização de atuações administrativas; h) facilitar o controle da Administração.⁹⁸

Quando a palavra processo é proferida, a primeira idéia que, em geral, vem à mente das pessoas é a de fórum, juiz de direito e processo judicial. Porém, aos operadores de Direito não pode restar dúvidas sobre a idéia de processualidade ampla! A necessidade do processo em todos os poderes públicos é tamanha que a processualidade no âmbito do direito administrativo foi inserida no artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, no título referente aos direitos e garantias individuais.

Dúvida poderia pairar quanto à questão terminológica, que gera controvérsias entre os doutrinadores, qual seja: se o termo adequado seria processo ou procedimento administrativo. Parece, pois, que se já aceitamos a idéia de processualidade ampla, o termo mais adequado seria: processo administrativo.

Para Celso Antônio B. de Mello, "a terminologia adequada para designar o objeto em causa é "processo", sendo "procedimento" a modalidade ritual de cada processo".⁹⁹

A posição de Hely Lopes Meirelles é a de que não há processo sem procedimento, mas há procedimentos administrativos que não constituem processo, como, p.ex., os de licitações e concursos.¹⁰⁰

Hely Lopes Meirelles ainda distingue "processos administrativos propriamente ditos", que encerram um litígio entre a administração e o administrado ou servidor; e

⁹⁸ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p.193.

⁹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 443.

¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 584.

os "impropriamente ditos", que são os simples expedientes que tramitam nos órgãos da Administração.¹⁰¹

Tendo em vista esse posicionamento, Hely Lopes Meirelles classifica os processos administrativos em: processo de outorga, aquele em que se pleiteia algum direito ou solução individual perante a Administração e, se houver impugnação de terceiros ou da própria Administração, deve haver contraditório e ampla defesa, sob pena de nulidade da decisão; processo de controle, aquele em que a Administração verifica e declara situação, conduta ou direito do administrado ou servidor, com caráter vinculante para as partes; processo punitivo, aquele promovido para a imposição de penalidade por infração de lei, regulamento ou contrato, devendo respeitar necessariamente o contraditório; processo administrativo disciplinar, aquele em que se apuram faltas graves cometidas por funcionários públicos no exercício das suas funções; e finalmente o processo administrativo tributário ou fiscal, aquele que se destina à fixação, exigência ou dispensa do crédito fiscal e também fixa o alcance das normas de tributação ou à imposição de penalidades ao contribuinte.

De acordo com o inciso LV do art. 5º da Constituição, e considerando-as as modalidades formuladas por Hely Lopes Meirelles, Sérgio de Andréa Ferreira e Ana Lúcia Berbert Fontes, Odete Medauar propõe a seguinte tipologia para os processos administrativos:

- a) Processos administrativos em que haja contestação e divergências:
 - a.1) Processos administrativos de gestão, como, por exemplo, no caso de licitações, concursos públicos, concursos de acesso ou promoção.
 - a.2) Processos administrativos de outorga, como ocorre nos casos de licenciamentos de atividades e exercício de direitos, licenciamento

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 592.

ambiental, registro de marcas e patentes, isenção condicionada de tributos.

a.3) Processos administrativos de verificação ou determinação, ex: prestação de contas, lançamento tributário, consulta fiscal.

a.4) Processo administrativo de revisão. Exemplo: recursos administrativos, reclamações.

b) Processos administrativos nos quais haja acusados – os chamados processos sancionadores ou punitivos:

b.1) Internos, são os processos disciplinares sobre servidores, alunos de estabelecimentos públicos, por exemplo.

b.2) Externos, cuja finalidade é apurar infrações, desatendimento de normas e aplicar sanções sobre administrados que não integram a organização administrativa. Exemplos: sanções decorrentes do poder de polícia, da administração fiscal, aplicação de penalidades a particulares que ajustam contrato com a Administração, além de concessionários.¹⁰²

3.1 A MISCELÂNEA DE LEIS DISCIPLINADORAS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A atuação da Administração Pública deve ser norteada pela observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, eficiência, além de princípios específicos, como do

¹⁰²MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no direito administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 132.

devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica, como determina as leis de processo administrativos nºs 10.177/98 (estadual) e 9.784/99 (federal), que, juridicamente, compõem o Código de Processo Administrativo.

De acordo com Hely Lopes Meirelles:

O processo administrativo, nos Estados de Direito, está sujeito a cinco princípios de observância constante, a saber: o da legalidade objetiva, o da oficialidade, o do informalismo, o da verdade material e o da garantia de defesa.¹⁰³

Ao processo administrativo se integram todos os princípios constitucionais que apóiam o processo judicial.

Para a finalidade de aplicação da legislação processual administrativa, os processos são classificados em administrativo geral e administrativo especial. O administrativo geral é regido pelas leis processuais administrativas 9.784/99 (federal) e 10.177/98 (estadual paulista), e de processo administrativo especial, o disciplinado em leis específicas, como ocorre no processo administrativo disciplinar federal – Lei nº 8.112/90, o processo administrativo estadual de São Paulo – Lei 10.261/68 e o processo administrativo fiscal federal – Decreto nº 70.235/72.

A Lei estadual paulista 10.177/98 nada discorre sobre o processo administrativo disciplinar. Entretanto, a Lei federal 9.784/99 em seu artigo 47, faz uma distinção entre o órgão que elabora a instrução e o que decide, desse modo, prestigiando a moralidade e a imparcialidade no processo administrativo disciplinar, o que não ocorre nos processos administrativos disciplinares dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo, pois esse, concentra fases na pessoa do juiz de Direito.

¹⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 661.

Impregnada de princípios constitucionais, a Lei 9.784/99, aplicável aos processos na órbita federal, é dotada de tais características explicitantes de comandos constitucionais que devem ser obedecidos em todos os níveis (União, Estados, Distrito Federal, Municípios), como se se tratasse de lei nacional.¹⁰⁴

Essa miscelânea de leis tornam obscuros os contornos do processo administrativo, que por isso reclamam uma urgente delimitação a ser alcançada por meio de uma codificação do Direito Administrativo.

3.2 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A Lei nº. 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público Federal) determina, em seu artigo 143, que a autoridade que tiver conhecimento de irregularidade no serviço público é obrigada a determinar a sua apuração imediata, por meio de sindicância ou processo administrativo disciplinar, sendo assegurada ao acusado ampla defesa.

A Lei Complementar nº 942/03, que alterou o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo, determina no novo artigo 264 que a autoridade que vier a conhecer irregularidade cometida por servidor é obrigada a adotar providências para a sua imediata apuração, sem prejuízo das medidas urgentes que o caso exigir. Em acréscimo, o artigo 268 estipula que a apuração das infrações será realizada pela via de sindicância ou processo administrativo, sendo assegurados contraditório e a ampla defesa.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho:

Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadãos, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido (...). O

¹⁰⁴ ROZA, Cláudio, op. cit., p. 118.

procedimento administrativo não deixa de ser um modo de domesticação do exercício do poder da Administração Pública.¹⁰⁵

Para a atuação do direito disciplinar com fundamento constitucional, é necessário o direito administrativo disciplinar processual, uma vez que não há pena sem processo (*nulla poena sine iudicio*).¹⁰⁶

Assim sendo, o direito administrativo disciplinar (substancial) enumera as hipóteses consideradas como ilícitos administrativos (desrespeito a deveres e proibições) e as devidas sanções.¹⁰⁷

Sendo o servidor público acusado da prática de infração a deveres ou de comportamento proibido por Estatuto, abre-se o processo disciplinar, instaurado pela Administração Pública, sendo realizada a apuração dos fatos pela autoridade processante, que emitirá seu parecer conclusivo, enviando-o à autoridade competente para a decisão do caso. Devem ser obedecidas as garantias constitucionais.

De acordo com a Lei nº 8.192/90, artigo 148, o processo disciplinar é o instrumento cuja finalidade é apurar responsabilidade do servidor por contravenção cometida no enquanto no exercício de suas funções, ou que se relacione às atribuições do seu cargo.

Na hipótese de não ser conhecida a autoria e a materialidade (fato irregular em desacordo com os deveres e proibições previstas nos dispositivos legais/regulamentares), será instaurada a sindicância investigativa, para que, em sendo comprovados tais indícios, instaurar-se o processo disciplinar. Porém, a Lei nº 8.112/90, no seu art. 145, enumera os três resultados que podem derivar da

¹⁰⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 130-131.

¹⁰⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 1ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 37.

¹⁰⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p. 36.

sindicância: 1) arquivamento do processo; 2) aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias, e; 3) instauração de processo disciplinar.

Nesse passo, não há como concordar com a conclusão de que uma sindicância cujo objetivo é o de apenas investigar ou apurar fatos, possa acarretar imposição de sanção, daí prestarmos apoio aos seguintes posicionamentos:

De acordo com Dêmerson Dias Rosa:

(...) a sindicância é mero procedimento investigativo, sendo incabível a apresentação de defesa, visto que somente pode haver defesa após a formalização de acusação, e esta somente se formaliza quando da instauração do processo administrativo disciplinar, **sendo afrontante ao direito brasileiro a utilização da Sindicância como procedimento sumário para aplicação de penalidades**, mesmo de menor monta, como costuma fazer a Administração Pública no Brasil.¹⁰⁸ (grifo nosso)

Para Ivan Barbosa Rigolin:

Sindicância jamais condena alguém a coisa alguma. Trata-se de um procedimento facultativo, inquisitório, prévio a qualquer procedimento para pretensão punitiva, que por tudo isso nunca pode ensejar penalização a quem que seja. Ninguém pode ser condenado num inquérito policial, como ninguém pode ser condenado numa sindicância administrativa, nem mesmo à pena de advertência, muito menos à de suspensão. É seguro e pacífico que tantas penalidades quantas a União aplicar em função do inc. II deste art. 145 serão revogadas, com execração para a desavisada autoridade que as aplicar, em mandado de segurança.¹⁰⁹ (grifo nosso)

Nesse aspecto, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo passou por mudanças inovadoras, por meio da Lei Complementar nº 942/03, que inseriu uma apuração preliminar investigativa, antecedendo a sindicância,

¹⁰⁸ ROSA, Dêmerson Dias. **Sindicância e processos administrativos disciplinares**. Jus Navigandi, Teresinha ano 6, jan. 2002. Disponível em <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2529>> Acesso em 13.05.2006.

¹⁰⁹ Ivan Barbosa Rigolin *apud* MARTINS, João Bosco Barbosa. **A sindicância administrativa como instrumento sumário de busca de autoria ou da existência de irregularidades no Serviço Público Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n.268, abr. 2004. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5028>. Acesso em: 13.05.2007.

quando a infração não estiver suficientemente caracterizada ou definida sua autoria, que deve ser concluída no prazo de 30 (trinta) dias.

Ao término da apuração preliminar, a autoridade deverá emitir opinião fundamentada, pelo arquivamento ou pela instauração de sindicância ou de processo administrativo. Será instaurada sindicância quando a falta disciplinar, por sua natureza, possa determinar as penas de repreensão, suspensão ou multa.

O processo administrativo será obrigatório quando a falta disciplinar, por sua natureza, determine as penas de demissão, de demissão em favor do serviço público e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Em suma, a nova Lei Complementar nº 942/03 instituiu uma apuração preliminar investigativa que não aplica penalidade, apenas conclui pelo arquivamento, pela instauração de sindicância ou do processo administrativo. Para desvios de conduta que ensejam a aplicação de penas mais brandas, instaura-se sindicância e para outros desvios que correspondam às penas mais graves, instaura-se o processo administrativo.

De qualquer forma, como da sindicância podem resultar penas, então essa deverá respeitar todos os princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar. Sendo assim, embora a nova lei estadual tenha mantido o nome sindicância, essa, na verdade, passou a constituir uma modalidade da divisão do processo administrativo disciplinar. Na divisão, passa-se, então a ter processo administrativo disciplinar para infrações que ensejam penas simples (“sindicância”) e o processo administrativo, propriamente dito, que ensejam penas mais graves.

A Constituição Federal de 1988, no art. 41, assegura o processo administrativo disciplinar no caso da perda de cargo de servidor público estável, como se transcreve a seguir:

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 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 à 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 aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

A seqüência formal dos atos preparatórios, com a finalidade de emissão de um ato administrativo denomina-se processo administrativo. Se a finalidade do ato é impor uma pena disciplinar, trata-se de processo administrativo disciplinar. O rol de princípios, expostos em leis, regulamentos, pareceres de órgãos oficiais, jurisprudência e doutrina, informam a dinâmica dos procedimentos da apuração de faltas disciplinares, de forma que, ao final, o ato punitivo seja lavrado de forma legítima.¹¹⁰

¹¹⁰ COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 35.

A execução de comprovadas infrações ocasiona punição disciplinar ao servidor infrator, que será responsabilizado administrativamente, e, dependendo do caso, civil ou criminalmente.¹¹¹

Por meio do poder disciplinar, a Administração Pública estabelece a conduta do servidor no exercício de suas funções, responsabilizando-o pela infração cometida contra o cumprimento de deveres ou desrespeito às proibições. Por meio do poder hierárquico, as funções são distribuídas para os diferentes níveis das funções executivas.¹¹²

Assim, a repressão disciplinar foi encontrando uma forma semi-jurisdicionada, que se tem apresentado com as seguintes características apontadas por José Armando da Costa:

1. previsão legal das faltas e sanções disciplinares;
2. procedimento apuratório, cujo rigor varia de acordo com a natureza quantitativa e qualitativa da pena;
3. direito de defesa;
4. controle interno por via recursal hierárquica e externo pelo exame de legalidade via “Poder Judiciário”.¹¹³

Portanto, por um lado, o processo é mecanismo para apurar a ação ou omissão de servidor público passível de punição disciplinar. Com isso, evita-se a prática de atos autoritários ofensivos aos direitos do servidor, que ultrapassem a legalidade dentro do qual a punição deva ser imposta. Assim, diante de um caso concreto, ao apurar o ato ilícito, a Administração Pública deve verificar a existência de alguns requisitos, além de se guiar pelo respeito aos princípios constitucionais

¹¹¹ LIMA, J. B. de Menezes. **Sindicância & verdade sabida**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63.

¹¹² MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit., p. 108.

¹¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al., op. cit., p. 57.

orientadores do processo administrativo disciplinar, com a finalidade de impedir o excesso de poder e o arbítrio.

No entendimento de Hely Lopes Meirelles, o processo disciplinar

é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração.¹¹⁴

A "falta grave" se refere ao ilícito administrativo que impede a existência de um dos interesses públicos da Administração, sendo denominadas "infrações funcionais".

Em suma, os dois principais objetivos do processo disciplinar são: 1) garantia de decisão justa para o servidor, e; 2) segurança e legalidade para a Administração.

3.3 FASES DO PROCESSO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES DA UNIÃO

O Estatuto dos Servidores da União, Lei nº 8.112/90, estabelece para o processo disciplinar três fases principais: A primeira, de **instauração**, com a publicação do ato constitutivo da comissão. A segunda se refere ao **inquérito administrativo**, compreendendo: a) instrução; b) defesa, e; c) relatório. A terceira e última fase é o julgamento.

A instauração ocorre mediante a publicação do ato que também designa a Comissão processante, sendo interrompido o prazo prescricional até a finalização dos seus trabalhos. A Comissão é composta por três servidores, conforme prescreve o artigo 149 do Estatuto.

De acordo com o Estatuto dos Servidores da União, a fase do inquérito deve ser realizada pela Comissão Processante, que na sua **competência instrutória** deve tomar as medidas necessárias à apuração dos fatos, incluindo-se os meios de

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 567.

prova, depoimentos, acareações, investigações e demais diligências cabíveis, além do apoio de técnicos e de peritos, conforme dispõe o art. 156, da Lei nº 8.112/90.

O **ato da defesa**, entendida como uma simples subfase, não é mais aceita. - o que significa que o processo administrativo já está em curso. Depois do apontamento dos servidores acusados, estipula-se o prazo para apresentação da peça escrita.

Apreciada a defesa escrita, a Comissão elabora o **relatório**.

Segundo Claudio Roza:

O relatório da comissão expressa sua convicção sobre a participação do servidor em fatos irregulares, resumindo as principais peças dos autos com apresentação motivada das provas em que se baseou, ponderando, ainda, sobre circunstâncias agravantes ou atenuantes, consoante o art. 165, da Lei 8.112/90.¹¹⁵

De acordo com o art. 5º, LV, da Constituição Federal, a ampla defesa atravessa todas as etapas do processo disciplinar, favorecendo, por meio da informação, o direito de reação do servidor acusado.

Os arts. 166 e 167, do mesmo diploma legal, estabelecem que o processo deve ser encaminhado à autoridade instauradora para que seja proferida a decisão, ou, para a autoridade superior competente. Após o recebimento, a autoridade aprovará o relatório, desde que esteja de acordo com a prova dos autos. Caso contrário, poderá agravar, abrandar ou isentar o servidor motivadamente (art. 168). Na impossibilidade de sanar o problema, poderá ser nomeada outra comissão, dando início a novo processo (art. 169). Se o réu for absolvido, o juiz somente poderá discordar se o relatório for contrário à prova dos autos.

¹¹⁵ ROSA, Cláudio. **Processo Administrativo Disciplinar & Comissões sob Encomenda**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 58.

Pronunciada a decisão, há ainda a possibilidade de pedido de reconsideração, encaminhado à mesma autoridade, e, à autoridade superior, o recurso hierárquico.

Porém, as ações judiciais também que podem ser propostas ao Judiciário, de acordo com o princípio da inafastabilidade, derivada de jurisdição una, conforme a expressão constitucional da garantia da acessibilidade ao Judiciário por lesão ou ameaça a direitos, de acordo com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal/1988.¹¹⁶

3.4 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES DO JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Lei nº. 10.261, de 28 de outubro de 1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo), regulamenta o processo administrativo disciplinar dos funcionários públicos civis do Estado de São Paulo, entre os quais encontram-se os servidores do Judiciário do Estado de São Paulo.¹¹⁷

As maiores alterações incorporadas neste estatuto, em especial aquelas atinentes ao processo administrativo disciplinar, deram-se com a Lei Complementar nº. 942/03. A nova lei tratou da obrigatoriedade da presença do advogado do acusado nas oitivas necessárias, além de estipular a necessidade de nomeação de advogado dativo quando o acusado não constituir advogado próprio ou quando for decretada sua revelia.

¹¹⁶ ROSA, Cláudio. Op. cit., p. 58.

¹¹⁷ Sobre esse assunto a lei nº 10.261/68, dispõe: No Título VII - Em seu capítulo II (Das Providências Preliminares) - artigos 264 a 267. No Título VIII – Procedimento Disciplinar, Capítulo I (Das Disposições Gerais) - artigos 268 a 271, capítulo II (Da Sindicância) - artigos 272 a 273, capítulo III (Do Processo Administrativo)- artigos 274 a 307 capítulo IV (Do Processo por Abandono do Cargo ou Função) - artigos 308 a 311 - capítulo V (Dos Recursos) - artigos 312 a 321.

Também tratou de desenredar diversos artigos do Código de Processo Civil brasileiro. Assim sendo, a Lei nº 942/03 parece ter surgido como um roteiro ou manual básico, elaborado a partir da reelaboração de artigos do Código de Processo Civil, com a finalidade de minimizar possíveis lacunas de conhecimento técnico-jurídico daqueles responsáveis pelo andamento do processo administrativo disciplinar.

No entanto, tais alterações não solucionam o problema por si só, como, por exemplo, uma comissão processante que atue sem conhecer essa importante fonte processual (o Código de Processo Civil e a Constituição Federal), não poderá realizar um trabalho eficiente. A atuação restrita aos limites de um estatuto de servidores e de um eventual manual de procedimentos torna-se uma ação que coloca em risco a segurança jurídica. Por isso, ao menos um dos membros da comissão processante deve ter formação jurídica.

A Lei Complementar Estadual nº. 942/03 utilizou-se dos artigos 405, 406 e §1º. do art. 412 do CPC relativos à prova testemunhal, compondo artigos 285, 286, 287 e respectivos parágrafos do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo. Também realizou adaptação dos artigos 456, 457 e 458 do CPC para constituir o artigo 293 do Estatuto, que se refere ao relatório.

Além disso, a nova lei também modificou o Título VIII do Estatuto, eliminando o Capítulo III (Das Comissões Processantes) e o Capítulo IV (Dos Atos e Termos Processuais), porém optou por manter semelhante sistemática da Comissão Processante, uma vez que, o seu novo artigo 275, dispõe que “não poderá ser encarregado da apuração do processo administrativo, nem atuar como **secretário**, amigo íntimo ou inimigo, parente...” (grifo nosso). Existe, ainda, o novo artigo 278, que prevê: “Autuada a portaria e demais peças preexistentes, designará o

presidente dia e hora para audiência de interrogatório, determinando...” (grifo nosso).

Assim, se a nova lei referiu-se a secretário e a presidente na condução do processo administrativo disciplinar, pressupõe-se que manteve a sistemática da Comissão processante no Estatuto Estadual, do mesmo modo como prevista no Estatuto Federal.

Entretanto, independente da legislação vigente, o Judiciário do Estado de São Paulo administra o processo administrativo dos seus servidores sem qualquer Comissão processante, atuando como se decisões judiciais, provimentos e regulamentos internos pudessem sobrepor-se à lei. No Judiciário do Estado de São Paulo é o Juiz de Direito da vara - na qual o servidor exerce a função – que instaura e conduz eventuais processos administrativos disciplinares, não havendo qualquer Comissão processante.

Levantando possíveis hipóteses para tal procedimento do Judiciário paulista, surgem várias idéias: a primeira é o problema que discutimos acima sobre a necessidade de conhecimento técnico jurídico para uma boa condução do processo administrativo.

No quesito conhecimento jurídico, ninguém melhor que o Juiz de Direito para isso. Entretanto, no modelo atual do Judiciário paulista, inegável os prejuízos, pois nos processos do dia-a-dia, o Juiz está investido do poder jurisdicional e nos processos administrativos disciplinares não restam dúvidas que todos se esqueçam que o juiz não está investido desse poder, inclusive ele próprio.

De modo que, nos processos cíveis, o Judiciário precisa ser provocado, nas ações penais incondicionadas necessária a denúncia do Ministério Público. Entretanto no processo administrativo disciplinar, não é necessária denúncia ou

qualquer provocação do Judiciário por que o Juiz de Direito tem o dever de instaurar processo administrativo nos casos especificados no Estatuto. Nos processos cíveis, as provas chegam ao Juiz a pedido ou diretamente pelas partes. Nas ações penais, o promotor de justiça requisita as provas necessárias. Entretanto, no processo administrativo disciplinar dos servidores do Judiciário, por vezes o Juiz assume também o papel do Ministério Público, requisitando e buscando as provas. Uma agravante é que como o Juiz de Direito acaba tendo contato com todos os seus servidores e, dependendo da maior ou menor simpatia, essa busca das provas não escapa de maior ou menor afinco. Até que ponto podemos dizer que a análise das provas se dá com total imparcialidade, quando um Juiz não está isento de ter simpatia ou desafeto por um servidor que está em contato direto com ele? A concentração das fases do processo administrativo nas mãos de uma pessoa só, mesmo que seja um(a) Juiz de Direito, não constitui uma concentração de poder que compromete a imparcialidade do julgamento final?

No Judiciário do Estado de São Paulo não há plano de carreira. O Juiz de Direito escolhe, geralmente entre os escreventes, aquele que será o oficial maior ou escrivão. Também decide sobre os escreventes chefes e os substitutos, às vezes aconselhado pelo escrivão. Procura-se respeitar o tempo de serviço, mas o Juiz não está adstrito a nenhum critério legal, seja de tempo de serviço ou grau de escolaridade. Assim, paira no Judiciário a política da boa vizinhança, dos agrados com segunda intenção para com o Juiz. É uma guerra velada entre os servidores, para ver quem mais se destaca, como foi exemplificado pela notícia de um escrevente da 7ª. Vara Cível do Fórum Regional de Santana - SP.¹¹⁸

¹¹⁸ A folhaonline assim noticiou: "Perícia feita pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos computadores da 7ª Vara Cível do Fórum Regional de Santana, na zona norte da cidade, constatou que a conversa pelo MSN --programa de bate-papo-- publicada no "Diário Oficial" do Estado na semana passada era falsa. O juiz Antonio Jeová da Silva Santos, da 7ª Vara Cível do Fórum, que

Essa notícia retrata um extremo, mas não é muito distante do cotidiano dos servidores do Judiciário da maioria dos fóruns do Estado de São Paulo. É uma situação contraproducente para o desempenho do trabalho realizado, que é fruto de uma estrutura inadequada do qual o servidor acaba sendo vítima. E, essa má estrutura não foi arquitetada pelos servidores, mas, de qualquer maneira, perdem também os usuários do sistema, vale dizer, os jurisdicionados.

Da matéria mencionada, extrai-se o trecho dito por um Juiz de Direito: **"Ele não trabalha comigo. Trabalha com outro juiz. O juiz dele é que vai cuidar disso."**

Portanto, nota-se que, inconscientemente, o Juiz de Direito trata o servidor como se fosse seu funcionário. Ao dizer "Juiz dele", o Juiz, sem perceber, expressa o pensamento de posse que tem sobre os servidores do Judiciário. O cargo do servidor pertence à Administração Pública, e ele deve exercê-lo para atender aos administrados, claro que respeitando o poder hierárquico, no caso do Juiz de Direito. Enfim, esse é outro problema que compromete a parcialidade do Juiz na condução do processo administrativo.

abriu uma sindicância para apurar o caso, disse que o responsável pelo envio do falso bate-papo é um funcionário do fórum --cujo nome está sendo mantido em sigilo. Aquele diálogo não existe. Nunca existiu. Foi uma montagem. O texto foi montado no Word [programa de texto] para se parecer com uma conversa do MSN", disse o juiz para a **Folha Online** por telefone. O juiz afirmou que partiu do computador do funcionário suspeito de querer comprometer os colegas do Fórum de Santana o texto com a falsa conversa pelo MSN. Segundo ele, o funcionário responsável pela fraude tinha "motivação" para tentar comprometer André Luiz Leôncio, recém promovido a oficial-maior da 7ª Vara Cível. "Ele se sentiu preterido." Na falsa conversa publicada no "Diário Oficial" do Estado, André conversa com Luciana Pires, outra funcionária do Judiciário. Na conversa fraudada, segundo o TJ, os dois falam mal da diretora do cartório. **O juiz Antonio Jeová da Silva Santos disse que o próximo passo agora é abrir um processo administrativo contra o responsável pela publicação da falsa conversa com o objetivo de demiti-lo. Segundo ele, o processo tem de ser aberto por outro juiz. "Ele não trabalha comigo. Trabalha com outro juiz. O juiz dele é que vai cuidar disso."** (grifo nosso). O juiz também enviará o resultado da perícia para a polícia com o objetivo de abrir um processo criminal contra o responsável pela publicação da conversa. Além disso, André e Luciana analisam a possibilidade de processar o colega por danos morais. André Luiz Leôncio, oficial maior do cartório da 7ª Vara Cível do Fórum Regional de Santana, disse que foi vítima de uma farsa montada por um colega 'invejoso' de outro cartório no mesmo fórum. Segundo André, o colega forjou a conversa porque foi preterido em uma promoção. "Acho que ele fez isso por inveja ou ciúmes, porque foi preterido em uma promoção interna", justificou o funcionário, que foi promovido de escrevente chefe para oficial maior."

O problema da falta de plano de carreira do Judiciário no Estado de São Paulo conduz para a situação contraproducente apresentada acima.

Diante desse cenário apresentado, que tem como pano de fundo a inveja, quem garante que servidores mal intencionados mais próximos dos Juizes de Direito não levem falsas informações sobre servidores que já estão sendo processados administrativamente.

Tais informações não farão parte do processo administrativo, o que piora o quadro, pois não há como exercer defesa contra aquilo que não se tem conhecimento e que arditosamente foi levado ao Juiz. Não haveria prejuízo para o acusado, defender-se de um Juiz que concentra em si mesmo fases do processo e que demais disto não está ileso de contaminar-se por falsas informações?

Por fim, não podemos deixar de citar outra importante mudança, qual seja: o parágrafo único do artigo 307 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, ganhou a seguinte redação com o advento da Lei Complementar Estadual nº. 942/03:

A demissão e a demissão a bem do serviço público acarretam a incompatibilidade para nova investidura em cargo, função ou emprego público, pelo prazo de 5 (cinco) e 10 (dez) anos, respectivamente.

De modo que, não podemos aceitar que nenhuma pessoa possa suportar tamanho gravame se não for decorrente do devido processo legal, se não for por meio de um processo administrativo disciplinar que traga em seu bojo o respeito pelos princípios constitucionais.

O Governo Federal pretende flexibilizar as relações trabalhistas em vários setores da Administração Pública. Projeto de lei enviado ao Congresso que tramita no Congresso permite a contratação por concurso público, trabalhadores em regime da CLT.

Para viabilizar essa nova forma de gerenciamento estatal, seriam criadas fundações de direito privado sem fins lucrativos que realizariam as contratações dos funcionários através do regime celetista, sem a estabilidade do regime estatutário, de forma que as demissões no regime celetista não necessitariam do processo administrativo disciplinar, não incidindo nenhum gravame.

Na apuração de irregularidades de um processo administrativo disciplinar o compromisso deve ser com a busca da verdade real, o que deve ser alcançado por meios legítimos que o direito reconhece. Ao lado dessas prerrogativas, os membros da Comissão devem ter, igualmente, responsabilidades. Afinal, estão trabalhando, de um lado, como interesse público, de outro, com a carreira de um servidor e com a honra de um cidadão.

3.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

3.5.1 Aspectos Gerais

A Constituição de 1988, com a finalidade de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, estabelece o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu artigo 5º, §1º. Conseqüentemente, tornou inaceitável a inércia do Estado quanto à efetivação de direito fundamental, uma vez que a omissão estatal afeta a ordem constitucional, mediante a exigência de ação, o dever de agir para assegurar o direito fundamental. Dessa forma, implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais.

Cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Esse princípio visa assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, tornam esses direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. De acordo com Canotilho, o sentido fundamental dessa aplicabilidade direta está em reafirmar que:

os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta da Constituição e não através da auctoritas interpositio do legislador. Não são simples norma normarum mas norma normata, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais.¹¹⁹

E, ainda, prosseguindo Canotilho:

Aplicação direta não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa. Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.¹²⁰

Para Jorge Miranda:

O sentido essencial da norma não pode, pois, deixar de ser este: a) salientar o carácter preceptivo, e não programático, das normas sobre direitos, liberdades e garantias; b) afirmar que estes direitos se fundam na Constituição e não na lei; c) sublinhar (na expressão bem conhecida da doutrina alemã) que não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais.¹²¹

Os princípios constitucionais compõem os fundamentos sobre os quais se alicerçam os institutos e as normas jurídicas. A essência dos princípios decorre dos direitos fundamentais, apresentando, no seu âmago, as garantias de direitos fundamentais, como a liberdade, dignidade humana, capacidade, igualdade e

¹¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional**, p. 578.

¹²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 186.

¹²¹ MIRANDA, Jorge, **Manual de direito constitucional**, v. 4, p. 282-283.

também os valores republicanos, federalistas e solidaristas.

Celso Bastos apresenta quatro modalidades de princípios definidas por Canotilho como: princípios jurídicos fundamentais; princípios politicamente conformadores; princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia.¹²²

Os princípios jurídicos fundamentais tiveram uma origem na história da humanidade, sendo, aos poucos, introduzidos na sociedade. Compõem uma força ligada aos princípios jurídicos gerais. Os *princípios conformadores* refletem as legitimações políticas fundamentais do legislador constituinte, sendo passíveis de mudanças, devido às freqüentes alterações políticas. Os *princípios constitucionais impositivos* atribuem aos órgãos do Estado e do legislador, a execução de tarefas. Tal imposição é reconhecida como norma programática. Por fim, os *princípios-garantia* determinam as garantias para os cidadãos, por isso o legislador está estreitamente relacionado à sua aplicação.

De acordo com Cretella Junior:

Princípio é uma proposição que se coloca na base das ciências, informando estas ciências. São as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações. Princípios são os alicerces da ciência.¹²³

Segundo Willis Santiago, “Os princípios trazem a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade”.¹²⁴

Abordando o sentido positivista dos princípios, Paulo Bonavides observa que: “os princípios tinham sua normatividade verificada indiretamente desde que a sua

¹²² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, p. 56.

¹²³ CRETELLA JUNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**, p. 33.

¹²⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, p. 53.

efetividade não dependia de estarem os princípios inseridos no direito positivo senão que eram reflexo decorrente dos princípios do Direito Natural”.¹²⁵

Em fase positivista, os princípios passam a fazer parte nos códigos como fonte normativa subsidiária, para suprir lacunas, ficando na própria órbita do direito positivo, sem recorrer ao Direito Natural. Na ordem constitucional, expressam baixa constitucionalidade, por se revelarem metas ideais, de caráter meramente programático.¹²⁶

A legitimação dos princípios, como direito, se inicia a partir do pós-positivismo, quando passam a ser considerados por sua natureza de normas-valores. Ao serem incluídos nos Códigos, adquiriram maior peso, porém apresentando uma maior positividade nas Constituições, repercutindo no sistema jurídico. Os princípios se constituem em norma de eficácia suprema. A norma é, portanto, valorada, ao ser elevada a categoria de gênero. As espécies normativas se referem ao princípio e a regra.¹²⁷ Em questão de normatividade, o entendimento dos princípios perpassa seu modo supletivo dos Códigos para as Constituições, como alicerce de toda ordem jurídica, na condição de princípios fundamentais. O sistema jurídico legítimo nele se aperfeiçoa, por encontrar a harmonia, o equilíbrio e a essencialidade.¹²⁸

Por isso, os princípios constitucionais, por seu alto nível valorativo, ao se unirem aos direitos fundamentais, ganham destaque como base de ordem jurídica positiva para o Estado constitucional.¹²⁹

Para se efetuar a distinção entre princípios de regras, deve-se considerar critérios, dentre os quais, encontram-se: o caráter de maior abstração dos princípios,

¹²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.232.

¹²⁶ *Ibid*, p.234-235.

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 261.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo, *idem*, p.265.

¹²⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica. *In*: BOUCAUT, Carlos (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 378.

caráter mais vago e indeterminado com relação às regras, caráter de fundamentalidade do sistema, proximidade com idéia de direito e de justiça, natureza normogênica e fonte das fontes. Os princípios são normas impositivas de otimização do sistema, enquanto as regras impõem imperativamente uma exigência (obrigam, permitem, proíbem). As regras se postam sobre a questão da validade, regra do tudo ou nada. Aplica-se apenas uma regra. Os princípios se alicerçam na questão de ponderabilidade, questão de peso, permitindo balanceamento de valores e de interesses, inclusive de harmonização. Quando não ocorre a aplicação de um princípio em determinado caso, isso não significa que, na ocorrência de outro caso concreto, não possa ser efetuado. A não-aplicação não exclui o princípio do sistema.¹³⁰

É importante, ainda, considerar que a forma pela qual os princípios têm se desenvolvido no decorrer da história e os aperfeiçoamentos que vêm sofrendo pela análise e elaboração da doutrina e jurisprudência, sendo fato indiscutível sua existência, que deve ser mantida, em favor de uma sociedade mais justa e harmônica. No entanto, sua incidência pode sofrer alterações e adaptações, dependendo do grau de desenvolvimento do sistema jurídico que os adote.

A questão que se levanta, no nosso entendimento, como já delineado nessa dissertação, é que a abertura do pós-positivismo, conferida pelo caráter de maior abstração dos princípios não favoreça a ocorrência de decisões judiciais arbitrárias, comprometendo a segurança jurídica. Mas, certamente, isso não ocorre nas decisões judiciais que se pautam no respeito à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa é fundamento do Estado Democrático de Direito pela qual se orientam todos os textos legais, constitucional e infraconstitucional,

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 171-175.

direcionando, ainda, a interpretação de todas as demais garantias.

3.5.2 Princípios Constitucionais da Administração Pública

Os princípios constitucionais da Administração Pública estão definidos e explícitos no *caput* do art. 37 da Magna Carta, como segue:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...

De acordo com definição dos doutrinadores, ao se acrescentar aos Princípios Constitucionais os Princípios Gerais de Direito Administrativo, acrescentam-se aos primeiros outros princípios que vêm concretizar a estrutura necessária ao desenvolvimento da Administração Pública.

Como o Direito Administrativo não tem legislação codificada, os princípios se tornam ponto de partida para o exercício da administração. Entretanto, há bastante controvérsia na doutrina sobre princípios e poderes da administração, chegando a haver confusão na doutrina a respeito. Para os fins desta dissertação, portanto, é relevante enfatizar a orientação a ser seguida pelo Administrador Público, de ser cumpridor dos princípios que o regem.

São vários os princípios de proteção dos direitos humanos que a Constituição prescreve, cujo conjunto constitui os *direitos constitucionais de segurança*, como os princípios da legalidade, da proteção judiciária e do contraditório; o direito de ampla defesa nos processos judiciais e administrativos, o direito ao devido processo legal, a estabilidade dos direitos subjetivos (art. 5º), e as diversas garantias penais etc. até

porque não raro a eficácia de algumas dessas garantias depende do uso de outros remédios constitucionais.¹³¹

Dentre os princípios constitucionais que incidem sobre o processo administrativo disciplinar, extraídos do art. 5º da Constituição Federal/1988, destacam-se:

- a) Princípio do Devido Processo Legal: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
- b) Princípio do contraditório;
- c) Princípio da ampla defesa: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes;
- d) princípio da presunção da inocência: LVII- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
- e) princípio do juiz natural: XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

3.5.2.1 Devido Processo Legal

É princípio matriz e dele decorrem os demais princípios processuais constitucionais, como o do contraditório, o da ampla defesa e do juiz natural.

Costa Machado decompõe o magistral conceito de José Frederico Marques, a respeito do devido processo legal, afirmando que a lei deve se pautar, nos três valores seguintes:

¹³¹ SILVA, José Afonso da. **Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil: Evolução Histórica e Direito Atual**, www.dhnet.org.br/direitos/brasil/leisbr/1988/jafonso_const.html. Acesso em 12.12.2007, p. 6.

1º um julgamento imparcial que a própria Constituição já se ocupa de buscar ao instituir os princípios do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), da motivação dos atos judiciais (art. 93, IX) e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI); 2º o pleno exercício da ação e da defesa que a Lei Maior busca assegurar ao prever os princípios do acesso à justiça ou inafastabilidade jurisdicional (art. 5º, XXXV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV) e a garantia da assistência judiciária (art. 5º, LXXIV); e 3º um procedimento regular, ou propício à realização da justiça, que a Carta de 1988 reconhece da igualdade (art. 5º, *caput*), da publicidade (art. 5º, LX) e da proibição da prova ilícita (art. 5º, LVI). Por fim, registre-se que, com base no texto do inc. LIV, ainda é possível ao intérprete vislumbrar na cláusula do “devido processo legal” a garantia do processo justo, adequado, vale dizer, daquele cujas regras são racionais e razoáveis; a norma processual desprovida de racionalidade ou razoabilidade e, por isso, inconstitucional. Além disso, o devido processo é aquele cuja construção obedece aos estritos ditames do processo legislativo constitucional. Eis dois aspectos jurídico-interpretativos do *substantive due process of law* americano sustentáveis entre nós.¹³²

O princípio inserto no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, conhecido como *due process of law*, assegura à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens sem a garantia de um processo estabelecido por lei. A regra estabelece-se não apenas em benefício das partes, mas também como garantia do correto exercício da função jurisdicional, devendo ser aplicado não apenas a processos judiciais civis e criminais, mas também aos administrativos.

Segundo Rui Portanova, o Devido Processo Legal é definido como: “Princípio do processo justo. Princípio da inviolabilidade da defesa em juízo.”¹³³

O Estado proclama o direito por meio do ato normativo geral vinculativo, que tem a função de solucionar as controvérsias geradas pela inobservância das normas que gera.

¹³² COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da. Op. cit., p. 19.

¹³³ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 145.

Nesse passo, a jurisdição, realizada pelos órgãos estatais competentes, representa poder, que expressa o encargo dos órgãos estatais de possibilitar a efetivação do direito através do processo, ou função. Isso porque, a movimentação do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei o delega, também se denomina por atividade.¹³⁴

As garantias fundamentais legitimantes do exercício da jurisdição se sintetizam na cláusula *due process of law*. Como observa Rui Portanova:

O devido processo legal é uma garantia do cidadão. Garantia constitucionalmente prevista que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas.¹³⁵

A expressão “devido processo legal” foi utilizada pela primeira vez num texto constitucional brasileiro em 1988¹³⁶. Nas Constituições anteriores havia princípios que asseguravam aos cidadãos alguns direitos relativos ao aspecto processual do princípio.

Em outros países, historicamente, sua existência já vinha ocorrendo por vários séculos, especialmente com a influência da primeira Constituição inglesa, na *Magna Charta Libertatum* de 1215, em seu artigo 39, firmada pelo rei João Sem Terra, posteriormente revogada e substituída.

O princípio do *due process of law* foi consagrado em várias constituições estaduais dos Estados Unidos, antes mesmo da promulgação da Constituição

¹³⁴ CINTRA, A. C. A., GRINOVER, A. P. & DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 83.

¹³⁵ PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 145.

¹³⁶ Esclarece Rui Portanova (2005, p. 146), que: “No Brasil, mesmo antes da Constituição de 1988, a doutrina já entendia consagrado o princípio do devido processo legal. A interpretação provinha não só do fato de o princípio estar consagrado no artigo 8º e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1947, como pela sistematização dos demais princípios que são enfeixados no devido processo legal.”

Federal americana de 1787, dentre elas, *Maryland, Pensilvânia e Massachusetts*, repetindo a regra da *Magna Charta* e da Lei de Eduardo III.¹³⁷

Na Declaração dos Direitos da Virgínia, em 1776, em sua secção 8ª, houve a menção do princípio do devido processo legal, em seu dispositivo final. Mais tarde, ainda no ano de 1776, surgiu a *Declaração de Delaware*, que ampliou melhor explicou em sua secção 12 a referida cláusula.

No entanto, somente a *Declaração dos Direitos de Maryland*, de 03.11.1776, pela primeira vez se referiu ao trinômio, hoje impresso na Constituição Federal norte-americana, vida-liberdade-propriedade.

Depois dela veio a *Declaração dos Direitos da Carolina do Norte*, em 14.12.1776, fazendo também referências à vida-liberdade-propriedade, como valores fundamentais protegidos pela lei da terra. Posteriormente, as constituições das colônias de *Vermont*, que, por declaração que se incorporou à Constituição de 08.07.1777, de *Massachusetts* de 25.10.1780 e de *New Hampshire* de 02.06.1784, transformadas depois em estados federados, adotaram o mesmo princípio do devido processo legal em seus territórios. Na Constituição da Filadélfia, posteriormente foi incorporado pelas Emendas 5ª e 14ª.

No ordenamento jurídico brasileiro, a garantia do devido processo legal, foi estatuída no artigo 5º, LIV da Constituição Federal de 1988, previsto no seguinte texto: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, caracterizado, portanto, como princípio constitucional de legalidade.

Dessa forma, a expressão devido processo legal tem como determinante força de imperiosidade, num Estado de Direito, de elaboração da lei de forma regular atendendo ao senso de justiça e aos preceitos constitucionais de aplicação judicial

¹³⁷ COUTURE, E., *Lãs Garantias constitucionales Del proceso civil. Estúdios de derecho procesal civil*. 3. ed., Buenos Aires, 1979, tomo I, p. 50.

da lei através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o processo; e ainda, garantia de igualdade entre as partes.

O princípio constitucional da legalidade permite a garantia de um processo justo e regular, porém, adverte Rui Portanova: “Mas cuidado: numa visão restrita o devido processo legal confunde-se com o princípio da legalidade”, pois seu significado não é estático.¹³⁸

Fazendo menção a Galeno Lacerda, observa Rui Portanova, que:

não se pode pensar *due process of law* só como preservação do rito “como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causam à parte inerte. Não é isto fazer justiça. Não é para isto que existe o processo.”¹³⁹

Formalmente, do Devido Processo Legal se inferem todos os princípios processuais aplicáveis aos procedimentos judicial e administrativo. Assim, o princípio do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório, para citar só alguns, são corolários do *devido processo legal*. Nelson Nery Jr., Cândido Rangel Dinamarco e Paulo Rangel, dentre outros, afirmam que no devido processo legal estariam contidos todos os outros princípios processuais, como o da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais.

Conforme Rui Portanova, o Devido Processo Legal “justifica-se como verdadeiro princípio informativo de todos os princípios ligados ao processo e ao procedimento.”¹⁴⁰

Na lição de Guilherme de Souza Nucci, os princípios constitucionais, dentre os quais se insere o devido processo legal, têm a seguinte função:

¹³⁸ PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 145.

¹³⁹ Galeno Lacerda, 1983, p. 10, *apud* PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 146.

¹⁴⁰ PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 147.

dar uniformidade ao sistema jurídico, cuja norma máxima é a Constituição, permitindo que a interpretação e a integração dos preceitos jurídicos sejam feitas de modo a dar coerência ao sistema normativo. Não se poderia, portanto, conceber que uma lei infraconstitucional ofendesse diretamente o princípio constitucional do devido processo legal, prevendo, v.g., que as pessoas podem ser privadas de seus bens em processo inquisitivo, sem possibilidade de defesa.¹⁴¹

Baseado nessa afirmativa, o devido processo legal é considerado um princípio constitucional; conseqüentemente seu grau de abstratividade é grande. Porém várias outras regras dependem de sua minuciosa observância.

Historicamente, o controle vem sendo realizado sobre o ato final, nem sempre recebendo a mesma aplicação e controle sobre os atos anteriores à decisão, que são restaurados com o princípio do devido processo legal. Ao Estado, na função administrativa, não basta o simples respeito à lei. Há características efetivas que demonstram não só o Estado de Direito, mas também, o Estado Democrático de Direito, o respeito às garantias processuais, à limitação de poderes. A igualdade não ocorre somente mediante a lei, mas na lei, obedecendo aos preceitos constitucionais.¹⁴²

Primeiramente, o princípio do devido processo legal vinculava-se diretamente ao processo penal, estendendo-se à jurisdição civil, tendo hoje aplicação nos processos administrativos, onde se pretende observar os princípios da legalidade e da moralidade. Nos administrativos disciplinares, também se aplicam as garantias do devido processo legal, pois é obrigatório o processo disciplinar, segundo o art. 41, §

¹⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza, **Júri: Princípios Constitucionais**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 16.

¹⁴² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, jul./set.1997, p.7-8

1º, II, da Constituição Federal/1988, em casos de perda de cargo de servidor estável.¹⁴³

A garantia do devido processo legal possibilita ao Judiciário o controle da razoabilidade das leis e demais atos administrativos. O direito administrativo, ao subjugar-se ao princípio da legalidade, além do aspecto formal, também manifesta a cláusula do devido processo legal no seu aspecto substancial. Nesse sentido vale destacar o seguinte ementário proferido pelo STF:

Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV do art. 5º. , respectivamente. {...} *due process of law*, com conteúdo substantivo - *substantive due process* - constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real substancial nexó com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual - *procedural due process* - garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.” (ADI no. 1511 – MC, voto do Min. Carlos Veloso, DJ 06/06/03)

A respeito do devido processo legal (inciso LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal), é considerado o maior e mais importante princípio do direito processual, do qual se originam os demais princípios de processo previstos pela Constituição Federal de 1988.

Nascido entre os ingleses em 1215 (como garantia de processo penal imposta ao rei pelos nobres) e desenvolvido pelos americanos (significando também 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).¹⁴⁴

¹⁴³ ANDRADE, Samira Humud Morato de. O princípio do devido processo legal e o processo administrativo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n.37, out./dez. 2001, p.200.

¹⁴⁴ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Op. cit.*, p. 19.

No entendimento de Costa Machado, este princípio determina três valores jurídicos que devem nortear a lei, que são: 1) garantia de julgamento imparcial e motivação dos atos judiciais e da coisa julgada; 2) plenitude do exercício da ação e da defesa da Lei Maior, visando garantir o contraditório, a ampla defesa, a assistência judiciária e; 3) procedimento regular, ou propício à realização da justiça, que se fundamentam nos princípios da igualdade, publicidade e da proibição de prova ilícita.¹⁴⁵

Percebe-se que da interpretação do princípio do devido processo legal também se vislumbra a garantia do processo justo e adequado, isto é, que seja racional e provido de razoabilidade; caso contrário, estará eivado de inconstitucionalidade.¹⁴⁶

Quando se trata de um Estado de Direito, no qual o princípio da legalidade dispõe sobre a organização da convivência social, o direito de estar em juízo utilizado na defesa contra agressões ou ameaças a qualquer direito subjetivo, seja realizado contra o particular, seja contra o Poder Público, tornou-se fundamental, edificado ao nível de garantia constitucional.¹⁴⁷

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, assim preceitua: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. E, ainda, no art. 5º, inciso LIV, afirma: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*”. Enfatiza-se, assim, que a garantia da tutela jurisdicional ocorrerá de acordo com as definições previamente estipuladas.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 19-20.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 20.

¹⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e Processo**: Direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aidê, 1997, v.5, p. 46.

O Estado, portanto, é o detentor do monopólio da prestação jurisdicional, tendo em vista a abolição da justiça privada. Porém, sua função não se limita a declarar direitos ou garantir o acesso do cidadão à justiça, devendo, ainda, priorizar a garantia a tais direitos, a fim de torná-los efetivos e acessíveis a todos os cidadãos.

Na opinião de Clèmerson Merlin Clève, a Constituição não somente tem como função limitar o poder do Estado, mas também se refere a um documento normativo do Estado e da sociedade, num “processo e espaço de luta”, e prossegue:

A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *auctoritas*, mas impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os poderes públicos [...].¹⁴⁸

Enfatiza Humberto Theodoro Júnior que, num Estado democrático de direito, fator mais relevante que se constatar a estreita ligação entre Constituição e processo é que deve haver “real eficácia dos instrumentos processuais para desempenho da completa, perfeita, adequada e eficaz tutela jurisdicional”.¹⁴⁹

Uma vez violada uma garantia fundamental, e por conseqüência um direito, o texto constitucional estabelece remédios processuais, dentre outros, o Mandado de Segurança, como se demonstra através da jurisprudência coletada por Costa Machado:

Mandado de Segurança. Sentença. Juntada aos autos em data diferente da anunciada na intimação. Prejuízo ao jurisdicionado. Concessão da

¹⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 19.

¹⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 71.

segurança. Para que não haja prejuízo ao jurisdicionado e em acato aos princípios do devido processo legal e do amplo direito de defesa, assegurados nos incs. LIV e LV, do art. 5º, da Constituição Federal, impõe-se a concessão de segurança, para o fim de assegurar ao impetrante a fluência dos prazos recursais, inclusive para a interposição de eventuais embargos de declaração, a partir da efetiva ciência da sentença. (AASP 2.264/245).¹⁵⁰

O remédio constitucional representado pelo Mandado de Segurança realiza a proteção a direito líquido e certo, não alcançado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Pode ser impetrado contra qualquer autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de funções públicas, com a finalidade de corrigir ato ou omissão ilegal decorrente de abuso de poder, limitando a ação arbitrária do Estado.

Assim sendo, tem seu foco na proteção de direito líquido e certo, com exceção da liberdade de locomoção e o direito de conhecimento de informações e retificações de dados referentes à pessoa interessada, devido a esses últimos serem protegidos por outros instrumentos constitucionais.

O direito administrativo, ao subjugar-se ao princípio da legalidade, além do aspecto formal, também manifesta a cláusula do devido processo legal no seu aspecto substancial.

Segundo Nelson Nery Júnior¹⁵¹, para que decorressem todas as conseqüências processuais que garantem aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa, bastaria a norma constitucional ter adotado o princípio do *due process of law*, que é o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

¹⁵⁰ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁵¹ NERY JUNIOR, N., **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1997, p. 31.

A doutrina entende como manifestações do devido processo legal, o princípio da publicidade dos atos processuais¹⁵² a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito¹⁵³, assim como o postulado do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular.¹⁵⁴

Embora a Magna Charta fosse instrumento de acentuado e deliberado reacionarismo, criada como uma espécie de garantia dos nobres contra os abusos da coroa inglesa, continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, que até hoje têm provocado a admiração dos estudiosos da história do direito e da historiografia do direito constitucional.¹⁵⁵

Atualmente, a Constituição brasileira adota o princípio do devido processo legal em sentido amplo, tutelando os direitos: à vida, à liberdade e à propriedade, dentre vários outros que se alicerçam nesses primeiros.

Segundo Ada Pellegrini Grinover:

Com efeito, se de um lado as posições de vantagens das partes no processo podem ser vistas como direitos públicos subjetivos, segundo a ótica do tipo individualista que privilegia o interesse pessoal sobre o social, do outro lado podem ser vistas como garantias, e não apenas das partes mas também do justo processo segundo a ótica do tipo publicista que dá relevância ao interesse geral na justiça das decisões.¹⁵⁶

Assim sendo, o processo deve se desenvolver tendo em vista um conteúdo integral, abrangente, a fim de atingir sua finalidade jurídica, ao mesmo tempo em que suas finalidades, sociais, políticas, éticas e econômicas.¹⁵⁷

Pertencendo ao rol dos direitos individuais, destina-se à proteção de brasileiros e também de estrangeiros que residam no Brasil, de acordo com a

¹⁵² GRINOVER, A P., **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo, 1975, p. 133.

¹⁵³ MELLO FILHO, J. C. **Constituição Federal Anotada**. 2ª ed. São Paulo, 1986, p. 441.

¹⁵⁴ TEIXEIRA, S. F., **O Processo Civil na Nova Constituição**. RP 53, 1989.

¹⁵⁵ NELSON NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. **Revista do Processo**, v. 43, 1986, p. 21.

¹⁵⁷ PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 147.

disposição constitucional. Tem aplicação imediata, impossibilitando admissão de emenda constitucional que possa extingui-lo, uma vez que sua restrição é considerada inconstitucional.

Quanto ao Poder Legislativo, a aplicação do devido processo legal requer que as normas editadas sejam razoáveis, não entrando em divergência com outras disposições constitucionais.

No tocante à administração Pública, esta só pode atuar dentro dos limites estabelecidos pela lei, estando subordinada à obediência de vários princípios constitucionalmente definidos e tutelados. Em seu aspecto material, o princípio requer a observância da moralidade, da legalidade, da fundamentação e da finalidade dos atos administrativos.

Por meio da aplicação irrestrita do devido processo legal, não mais apenas em sentido processual, mas também em sentido substantivo, destinado à proteção dos direitos humanos, a Constituição Federal se reafirma como instrumento de liberdade e garantia do exercício dos direitos humanos fundamentais.

3.5.2.2 Contraditório

O princípio do contraditório no processo, também presente no administrativo disciplinar, é assegurado pela norma constitucional consagrada pelo inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, e se vincula à exigência traduzida no binômio informação/reação.¹⁵⁸

Na definição de Rui Portanova, o princípio do contraditório se refere ao:

¹⁵⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 57.

Princípio da bilateralidade de audiência, *audiatur et altera pars*. Princípio da bilateralidade da ação.

(...)

É a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los com alegações e provas.

(...) é elemento essencial ao processo. Mais do que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder.

O contraditório se inicia quando o litigante toma conhecimento dos fatos e tudo o mais que contra ele é imputado. Somente depois de conhecimento do teor da acusação é que o litigante ou acusado pode iniciar a sua defesa.

Esclarece Guilherme de Souza Nucci, que:

No processo criminal, tem o réu o direito de aguardar que a acusação prove o que está alegando a seu respeito, mas também tem o direito de apresentar provas de sua inocência, contribuindo ativamente para a formação do convencimento do juiz. Apesar do ônus da prova pertencer à parte que acusa, pois é ela quem está alegando o fato extraordinário, imputando uma conduta criminosa a alguém, o acusado tem interesse em demonstrar fatos contrários, visto que o processo é uma estrutura normalmente dialética, onde impera o contraditório.¹⁵⁹

O direito de defesa é pressuposto do devido processo legal, que não existiria se não fosse acompanhado de mecanismos que possibilitassem ser aplicado na íntegra. Decorre daí a preocupação do constituinte em estabelecer um regime democrático repleto de direitos e garantias aos acusados de um modo geral.¹⁶⁰

Certamente que a natureza urgente dos provimentos acautelatórios denota algumas limitações ao pleno atendimento dessas exigências, o que não significa que tais garantias possam ser rejeitadas, mediante a premência do pronunciamento jurisdicional. Dessa forma, estas devem ser redimensionadas, para que, mesmo nessas condições excepcionais, seja possível assegurar a “cognição adequada”,

¹⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, (s/d), p. 32.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 33

que também integra a noção do “devido processo”, através da qual o juiz analisa os pressupostos da medida cautelar com imparcialidade, levando em consideração as possíveis razões dos integrantes do contraditório, ainda que este só possa vir a ser efetivamente exercido posteriormente.¹⁶¹

Segundo Rui Portanova:

O contraditório assenta-se em fundamentos lógico e político. A bilateralidade da ação (e da pretensão) que gera a bilateralidade do processo (e a contradição recíproca) é o fundamento lógico. O sentido de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido é o fundamento político.¹⁶²

Portanto, o contraditório se fundamenta em duas bases, agilizando a argumentação, que vai eivar todos os atos que buscarão efetivamente convencer o juiz. Para isso, as razões apresentadas pelas partes devem ser convincentes ou mesmo gerar dúvida, demonstrando preocupação na qualidade da defesa da parte.¹⁶³

A doutrina não faz distinção entre o contraditório da ampla defesa, ao contrário, muitas vezes expressa tratamento idêntico a ambos, como se denota de afirmações, como a de Ada Pellegrini Grinover:

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

¹⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 79.

¹⁶² PORTANOVA, Rui. *Op. Cit.*, p. 161.

¹⁶³ PORTANOVA, idem.

pode falar em ação senão com relação à defesa, baseando-se a atuação de ambas as garantias sobre componentes idênticas.¹⁶⁴

Na opinião de Alexandre de Moraes:

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.¹⁶⁵

Rui Portanova expressa a seguinte opinião a respeito das 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.¹⁶⁶

No mesmo sentido, Mesquita registra que

Entendemos que o contraditório é que possibilita a ampla defesa. O réu somente poderá apresentar uma contestação, por exemplo, após sua citação. [...] 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.¹⁶⁷

Embora com opiniões diversificadas, os citados autores concordam em relação a estreita relação entre contraditório e ampla defesa. Entretanto, Portanova e Gil Ferreira Mesquita expressam com mais precisão a diferença entre ampla

¹⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 4 –5.

¹⁶⁵ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 12ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 124.

¹⁶⁶ PORTANOVA, Ruy. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 125.

¹⁶⁷ MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípio do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 186-187.

defesa do contraditório, ao afirmar que o contraditório é obrigatório, representando o direito de informação, enquanto a ampla defesa é facultativa, significando a possibilidade de reação. Os dois conceitos são separados, mas ao mesmo tempo se relacionam, pois, para que se efetive a defesa, é necessário que a parte tenha conhecimento dos atos processuais mas, por outro lado, não é suficiente conhecer os atos processuais, sem acesso a defesa.

O direito de defesa, portanto, não se refere, apenas, ao direito de resposta a uma ofensa, mas o direito de intervir em todos os atos do processo possibilitado pela possibilidade de diálogo permanente conversa entre os atores processuais (autor, réu e juiz), com amparo do Magistrado, em questão fática ou jurídica. Por outro, o contraditório e a ampla defesa têm características distintas. No contraditório há a obrigatoriedade de informar o desenvolvimento do processo, enquanto na ampla defesa, há o direito de reagir, que não é obrigatório, por ser do arbítrio da parte expressar algum tipo de manifestação.

A atividade do contraditório se une com o da ampla defesa, devido a necessidade de conhecimento do teor da acusação, que possibilite ser contraditado, sendo que a primeira peça da defesa está incluída na acusação.¹⁶⁸

Num Estado Democrático de Direito, a Administração Pública não tem permissão para se proclamar proprietária do processo, nem da verdade processual. Entretanto, por impulso oficial, seja de iniciativa da Administração ou seja do particular, a Administração é forçada a promovê-lo. Entretanto, é crucial a participação do servidor que se encontra na condição de acusado, tendo também a capacidade de exercer influência na decisão final. Os argumentos que se opõem

¹⁶⁸ BUENO FILHO, Edgar Silveira. **O direito à defesa na Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.47.

devem ser sopesados pelo julgador. No processo dialético, são contrapostas a tese e a antítese, sendo de competência do julgador a elaboração da síntese.¹⁶⁹

O processo contribui para que a vontade da Administração, presente no ato administrativo, não seja totalmente unilateral, uma vez que se inspira no Estado Democrático de Direito, e seja ainda decorrente do contraditório, através do confronto de interesses.

A unilateralidade, como característica do princípio inquisitivo, conjuga, na mesma pessoa as funções de acusação, instrução e decisão final. Tal condição, no caso do servidor acusado, gera uma situação bastante complicada, uma vez que, por um lado, a Administração Pública acusa, instrui, julga, indica defensor dativo, aplica a penalidade e analisa pedido de reconsideração e recurso hierárquico.¹⁷⁰ Por outro lado, o princípio dispositivo é levado a extremo no processo civil, no que se refere aos bens disponíveis, limitando o juiz à verdade formal, trazida aos autos pelas partes, com rigidez reduzida, por não mais se tratar mais de autoridade que somente aplica a lei.

No Estado Democrático de Direito, a igualdade e o equilíbrio entre os sujeitos processuais participantes se apresentam como condição para que os litigantes direcionem suas pretensões opostas nos meios processuais, de acordo com as normas de procedimento preestabelecidas, pode ocorrer tanto no processo administrativo, quanto no âmbito do processo disciplinar.¹⁷¹

¹⁶⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...**, p. 290.

¹⁷⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...**, p. 275.

¹⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.130-131.

O princípio do contraditório envolve o acesso a qualquer informação necessária à defesa dos interesses, em relação à verdade dos fatos ou legitimidade de atos, impostas pela Administração Pública.¹⁷²

No processo disciplinar, a junção de diversas atividades não pode mitigar o contraditório, uma vez que o servidor não pode ser considerado apenas interlocutor. A obrigação de regras mais rígidas, valorizando a reação efetiva, auxilia no rompimento da unilateralidade do inquérito. Portanto, o contraditório é um princípio que se impõe sempre que a autoridade atua com capacidade de decisão, garantindo efetivamente o direito de intervenção no desenvolvimento e no resultado do processo, de maneira direta e efetiva.¹⁷³

No processo disciplinar dos Servidores da União deve haver previsão de tempo hábil que permita a efetiva reação do servidor acusado, que deverá ser convocado ao processo desde o seu início, e não somente após a última instrução, como prevê o art. 161, da Lei nº 8.112/90, quando o servidor é citado para a apresentação da defesa. Por ocasião do indiciamento, lhe será apresentada a citação com estabelecimento de prazo para apresentação de defesa escrita. Além da citação inicial, o acusado deverá ser notificado de todo andamento processual, sendo intimado, para que possa participar efetivamente. Nesse caso, o caráter reservado do processo (Lei nº 8.112/90, art. 150) não é aplicável ao servidor acusado e seu defensor. Portanto, o princípio do contraditório deve ser garantido no decorrer de todo o processo disciplinar, desde sua citação inicial, antes mesmo de ser iniciada a instrução, que deve ser acompanhada da entrega de todos os documentos, que se encontram em poder da Comissão, para que tanto a Comissão

¹⁷² FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 192.

¹⁷³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 275.

Processante como o servidor acusado, tenham iguais condições de conhecimento sobre a questão.¹⁷⁴

Também no processo administrativo disciplinar dos servidores do Judiciário a sistemática não pode ser diferente no que diz respeito ao princípio do contraditório: o servidor acusado deverá ser chamado ao processo desde o seu início. A Lei estadual nº. 10.261/68, com as alterações decorrentes da Lei nº 942/03, por ser o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo, deve regulamentar o processo administrativo disciplinar dos servidores do Judiciário do Estado, mas se encontram alguns desvios, como a ausência da Comissão processante e a concentração de fases do processo administrativo na pessoa do Juiz de Direito.

O artigo 279 do Estatuto Estadual inserido pela nova Lei nº 942/03 assim estabelece:

havendo denunciante, este deverá prestar declarações, no interregno entre a data da citação e a fixada para o interrogatório do acusado, sendo notificado para tal fim. Parágrafo 1º a oitiva do denunciante deverá ser acompanhada pelo advogado do acusado, próprio ou dativo.

Na rotina diária dos processos administrativos disciplinares do Judiciário do Estado de São Paulo, justamente pela ausência da Comissão processante e por concentrarem-se fases na pessoa do Juiz de Direito e, algumas vezes, esse se esquecer que no processo administrativo não está investido da função jurisdicional, acaba não observando o dispositivo da lei em vigor, suprimindo um dos passos do processo, violando, assim, o princípio do contraditório e, por consequência, o princípio da ampla defesa.

Tal supressão ocorre porque os juízes, no exercício da função jurisdicional, em geral recebem a petição inicial do autor da ação e despacham pela citação da outra parte, designando audiência, quando for o caso. Entretanto, esquecem-se que

¹⁷⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito** Administrativo. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 415.

no processo administrativo disciplinar, quando há denunciante, este precisa ser ouvido no interregno, entre a data da citação e a fixada para o interrogatório do acusado. Assim, na contramão dos ideais do Estado Democrático, constata-se que mesmo violando-se o contraditório e a ampla defesa, por violação expressa de artigo em lei, tais nulidades não são reconhecidas, normalmente sob alegação de que não houve prejuízo à defesa ou mesmo de que essa falta não influenciou na apuração da verdade substancial.

A decisão do julgador deve se consolidar frente ao debate processual, com base no contraditório e na ampla defesa, não se pode dar espaço à pré-julgamentos.

Assim, a prova se encontrará no campo da verossimilhança, quando a conclusão deve ser sempre motivada, apresentando-se razões de fato e de direito, fundamentadas em prévia discussão entre a Comissão Processante e o servidor acusado.¹⁷⁵

Entretanto, a Comissão não é respeitada no processo administrativo disciplinar dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo.

A comissão deve se utilizar de todos os esforços na sua atividade, não se limitando aos elementos trazidos ao processo pela autoridade acusadora, instauradora do procedimento, nem pelo servidor. Porém, a legitimidade somente se efetivará no processo dirigido sob o contraditório, de acordo com as regras do Estado Democrático de Direito, e em respeito ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Numa exata definição, a verdade material tem um viés ultrapassado, pois conduz a um enfoque meramente inquisitorial, acabando por admitir a *reformatio in*

¹⁷⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...**, p. 286.

pejus, o que não corresponde ao processo disciplinar criado sob a égide do princípio do contraditório, alicerce da democracia.¹⁷⁶

A legitimidade na condução do processo, portanto, depende de participação, por isso o contraditório é um procedimento qualificado, no qual deve haver igualdade de recursos tanto para o servidor acusado, como para a Administração Pública.

Por fim, cabe esclarecer que o relatório da Comissão processante não poderá inovar, trazendo a baila fatos não submetidos ao crivo do contraditório e não pertencentes ao quadro apuratório demarcado no início.

3.5.2.3 Ampla Defesa

O direito a ampla defesa não se consubstancia na veracidade ou não das alegações do acusado/réu, nem mesmo na maior probabilidade da sua inocência, mas sim em função da dignidade da pessoa humana. A possibilidade de defesa, tanto no processo judicial como administrativo, portanto, é assegurada na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LV, e quanto a um dos tipos de processo administrativo disciplinar, no art. 41, § F, II.

É o princípio da defesa plena, no qual o cidadão tem total liberdade para defender seus interesses, alegando fatos e propondo provas.¹⁷⁷

Na ampla defesa, também se inclui o direito do réu de somente responder nos autos depois de conhecer as motivações do autor, “inclusive quando se trata da apresentação de memoriais”.¹⁷⁸

Quanto ao Processo Civil, observa Rui Portanova que:

¹⁷⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...**, p. 286-287.

¹⁷⁷ PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 124-125.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 125.

A ampla defesa no processo civil caminha para aproximar-se da defesa penal. (...) contém duplo significado: a autodefesa e a defesa técnica. A autodefesa representa o direito subjetivo disponível que tem o acusado de *autodefender-se*, inclusive comparecendo a todos os atos do processo. Já a defesa técnica é a injunção legal indeclinável, um pressuposto inarredável ao válido desenvolvimento da relação processual.¹⁷⁹

Esse direito, no entanto, não se condiciona ao fato de ser o acusado culpado ou inocente, mas decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, que assegura esse direito a todo cidadão, num Estado democrático.

Porém, o acusado pode optar ou não por sua própria defesa, como observa Rui Portanova: “Ninguém pode obrigar o cidadão a responder às alegações da outra parte, mas também nada e ninguém pode impedi-lo de se defender.”¹⁸⁰

Segundo Léo Silva Alves, no contraditório o acusado rebate as afirmações apresentadas por outrem, buscando colocar a sua verdade, pelo princípio da ampla defesa. Essa verdade, ou seja, as afirmações e motivações do próprio acusado, são ouvidas em decorrência dos direitos de informação, de manifestação e o de ter as suas razões consideradas,¹⁸¹ na tomada de decisão do Juiz.

Segundo Rui Portanova, a defesa pode ser entendida no sentido formal ou processual, quando se refere ao processo, e substancial (ou material) em relação ao mérito, e prossegue:

Serão *exceções dilatórias* quando neutralizam temporariamente a ação ou *peremptórias* quando a neutralizam definitivamente.

A linguagem da nossa lei processual civil não contempla tais distinções. No CPC, a palavra exceção é reservada para significar a defesa que a parte pode fazer contra a competência (exceção de incompetência) e a parcialidade do juiz (exceção de suspeição ou impedimento).¹⁸²

¹⁷⁹ PORTANOVA, Rui, *op. cit.*, p. 125.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 125.

¹⁸¹ ALVES, Léo da Silva. **Questões relevantes do processo administrativo disciplinar**. Parte I. Apostila. Brasília: Cebrad, 1998, p. 4.

¹⁸² PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 126.

O princípio constitucional da ampla defesa é de fundamental importância no processo administrativo disciplinar, sendo necessário o conhecimento completo da acusação, para que, no contraditório haja a oportunidade de rebate e produção de prova.¹⁸³

O conhecimento dos fatos e dos motivos pelos quais os mesmos são imputados ao servidor requerem a devida motivação por parte da Administração, para a contestação e a plena realização da ampla defesa.¹⁸⁴

O direito de ser ouvido, de oferecer e produzir provas, de ter uma decisão fundamentada e de impugná-la são desdobramentos do princípio da ampla defesa.¹⁸⁵

No âmbito da legislação infraconstitucional, o contraditório e a ampla defesa estão disciplinados pela Lei que regula o processo administrativo federal; na Lei que regula o processo administrativo estadual de São Paulo; na Lei de Licitação e Contratos da Administração Pública; no Decreto que dispõe sobre o processo administrativo fiscal; no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das funções públicas federais; no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo; no Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo.

A respeito da ampla defesa, leciona Pontes de Miranda, em comentário sobre o §25 do artigo 141, da Constituição Brasileira, de 1946, que:

(...) 3) O conceito de defesa não é deixado inteiramente à lei. A lei tem de ser concebida de modo tal que nela se assegure a defesa, a que se refere o preceito. Existe, porém, conceito a 'priori' de defesa, pelo qual se tenha de moldar a defesa organizada pelas leis processuais? Tal conceito não existe;

¹⁸³ LAZZARINI, Álvaro. Do procedimento administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 22, abr./jun. 1998, p.76.

¹⁸⁴ FERREIRA, Daniel. *Op. cit.*, p.193.

¹⁸⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Processo...*, *Op. cit.*, p. 207.

mas existe algo de mínimo, aquém do qual não mais existe a defesa. É interessante meditar-se sobre esse ponto que leva os tribunais, na apreciação da constitucionalidade das leis processuais penais, à verificação ‘in casu’ diante dos textos, da violação, ou não-violação, do que se prometeu na Constituição. É escusado invocar-se o §25 quando a lei contém preceitos que ministram meios e recursos à defesa. Mas é de alta monta quando aos acusados parece que a letra da lei ou a sua interpretação não atendeu ao que o preceito declara ser direito constitucional. Já João Barbalho (Comentários, 323): “Com a plena defesa são incompatíveis e, portanto, inteiramente inadmissíveis os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado, ou tendo-se dado a produção de testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas, e em geral todo procedimento que de qualquer maneira embarace a defesa. Felizmente, nossa legislação ordinária sobre a matéria realiza o propósito da Constituição, cercando de precisas garantias o exercício desse inafiançável direito dos acusados, - para ela ‘res sacra reus’”.¹⁸⁶

Ainda, segundo Pontes de Miranda, em comentário à Constituição brasileira de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, sobre o conceito de defesa, afirma que:

(...) a defesa, em rigorosa técnica e em terminologia científica, é o exercício da pretensão à tutela jurídica, por parte do acusado. O Estado – no texto constitucional – o prometeu, tem o Estado, através da Justiça e de qualquer outro órgão estatal, de cumprir a sua promessa.¹⁸⁷

Em comentário sobre o direito ao contraditório e à ampla defesa, afirma Celso Ribeiro Bastos, que:

Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de 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

¹⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, José Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**, v. IV, Rio de Janeiro: Boffoni, 1947, p. 339.

¹⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**, tomo III (arts. 32-117), 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 234.

designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento.

E, ainda:

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 ato produzido caberá pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.¹⁸⁸

Segundo José Cretella Júnior, a ampla defesa:

Meio assegurado a todos os particulares ou funcionários que se vêem envolvidos nas malhas do processo administrativo ou inquérito administrativo. O princípio da ampla defesa ou de plena defesa, que encontra acolhida no âmbito do direito administrativo, opõe-se ao princípio inquisitorial, em que é repellido o contraditório, impossibilitando-se ao acusado produzir provas ou carrear para o processo elementos que lhe provem a inocência. A defesa encontra sua base no direito natural e o princípio de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido é que a informa. Não se concebe a possibilidade de uma repartição ou qualquer parcela da Administração pública instaurar processo contra indivíduo que não possa defender-se. O princípio natural, agora enunciado, é assim expresso em latim: 'nemo inauditus damnari potest'. A ação administrativa em que é cercada a ampla defesa apresenta nulidade, que pode ser revista pelo Poder Judiciário.¹⁸⁹

Para que possa realizar completamente aos termos constitucionais, o princípio da ampla defesa deve ser minuciosamente informado pelo princípio da efetividade social do processo, através de ampla interpretação, pois, segundo Rui Portanova “Não basta o só direito de defender-se; é indispensável, para que a defesa seja plena, que a parte tenha a liberdade de oferecer alegações e meios de uma defesa efetiva”¹⁹⁰, para que se assegure a igualdade das partes no processo.

¹⁸⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 387-388.

¹⁸⁹ **Enciclopédia Saraiva de Direito**, v. 6, v. 6. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 355-356.

¹⁹⁰ PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 127.

Ainda sobre a ampla defesa, vale ressaltar a Súmula Vinculante nº 03, editada pelo STF em 30 de maio de 2007: “O TCU deve assegurar direito de ampla defesa em processos administrativos”.

3.5.2.4 Presunção da Inocência

De acordo com o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

O Estado tem o dever de apurar responsabilidade de agente público por processo disciplinar, o qual, por sua vez, terá em seu favor o direito de defesa. Isso porque o princípio da presunção de inocência é intrínseco ao princípio da ampla defesa, sendo que a pena só decorrerá após processo legítimo. Até o momento da emissão da decisão final, o servidor acusado será reputado por inocente.¹⁹¹

As decisões intermediárias não podem gerar conseqüências que somente ocorreriam depois da decisão final. Nesse sentido, o afastamento preventivo não pode ser visto como penalidade, por tratar-se de medida cautelar, o que não justifica quaisquer prejuízos ao servidor acusado, tais como; a redução de vencimentos ou prejuízos quanto à sua culpabilidade.

Lembrando a doutrina tradicional, Romeu Felipe Bacellar Filho observa que a presunção da inocência requer a atuação da Administração mediante provas legitimamente recolhidas no *iter* processual, não podendo atribuir culpa sem a devida comprovação.¹⁹²

Segundo Eliezer Pereira Martins, pode ocorrer que a autoridade administrativa instaure o processo administrativo, sob o manto de mera formalidade,

¹⁹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, **Processo...**, *Op. cit.*, p. 304.

¹⁹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, **Processo...**, *Op. cit.*, p. 305.

porém tal atitude vise simplesmente a punição do servidor, considerando-o culpado antes da decisão final, chegando a pressionar a Comissão processante. Geralmente, isso ocorre quando há grande repercussão na mídia, o que atrapalha a apuração isenta dos fatos, como determina a lei. Em outros casos, ainda, as autoridades aproveitam-se das atipicidades das infringências a deveres e proibições dos regulamentos para, incutindo culpa a servidor, atender à sua promoção pessoal, uma vez que, os estatutos não raramente apresentam lacunas que podem ser interpretadas como uma tendência a penalização, diminuindo a possibilidade de comprovação de inocência do servidor.¹⁹³

No entanto, há controvérsias doutrinárias a respeito do tema, devido ao fato de que, muitas vezes, a culpabilidade do acusado é mais evidente que sua inocência, acarretando, inclusive, em prisão preventiva, a fim de evitar a continuidade da prática delituosa.

Visto sob este prisma, há uma aparente contradição ou divergência entre dois valores constitucionais, no qual o direito fundamental de liberdade é rechaçado pelo interesse público, em detrimento da presunção da inocência.

Nesse sentido, tanto a doutrina como a jurisprudência entende que, em situações excepcionais, mediante ao interesse público, com a finalidade de proteger determinados valores, também constitucionais, é aceitável a decretação de prisão, mesmo que ainda não haja condenação definitiva (ponderação de valores).

Juridicamente, a prisão é admissível apenas em situações extremas, quando a prisão não afronta o princípio da presunção da inocência, pois, apesar de haver conflito quanto aos direitos fundamentais, ocorre o respaldo no princípio

¹⁹³ MARTINS, Eliezer Pereira. Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar – aspectos atuais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v.230, jan./mar. 2002, p.147.

constitucional da proporcionalidade e razoabilidade, que impõe a necessidade da apuração e da punição de crimes graves atribuídos aos acusados.

Enrico Ferri defendia que a presunção de inocência somente seria admitida no caso de delinqüente ocasional que negasse a prática do crime, desde que não houvesse indício de provas contra o acusado. A instauração do processo criminal já seria um indício de presunção de culpa ao imputado, e não sua inocência.¹⁹⁴

Segundo Manzini, se as presunções são meios de prova indireta através dos quais se chega a um determinado entendimento, absoluto ou relativo, de acordo com a experiência comum, não há como se referir a presunção de inocência. Isso porque, com base na experiência, não se pode afirmar que a maior parte dos imputados tenha sido declarada inocente ao final do processo. Além disso, a própria imputação se baseia em indícios previamente colhidos contra o processado, o que impede que seja presumido inocente. Defende, ainda, que a presunção de inocência, vista em todas as suas conseqüências, levaria à abolição da prisão cautelar, tornando inócua a própria persecução criminal.¹⁹⁵

A fixação do conteúdo da norma que consagra a presunção de inocência reflete uma tomada de posição sobre os fins que devem reger a atividade do Estado na seara da persecução penal. Portanto, afirma-se a concepção de um sistema punitivo em que a regra é a tutela da liberdade pessoal sobre a atividade repressiva estatal.

Por conseguinte, requer a necessidade de comprovação da culpabilidade do indivíduo, por parte do Estado; enquanto assim não ocorrer, o acusado é constitucionalmente presumido inocente.

¹⁹⁴ In MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos**. Buenos Aires: Editores Del Puerto s.r.l, 2002, p. 492

¹⁹⁵ MANZINI, Vincenzo: **Tratado de Derecho Procesal Penal. volume I**. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, p. 254.

Segundo Édison Luís Baldan, esse é o direcionador cultural do processo, que entende que a acusação deverá ser comprovada, “exigindo igualmente uma defesa substancial e não apenas formal. Dessa maneira, traduzirá a forma de tratamento do acusado, não mais visto como objeto do processo, sim como sujeito de direitos dentro da relação processual”, servindo de base para toda tutela jurisdicional, manifestando-se no direito à prova; no direito ao duplo grau de jurisdição e na qualificação e definição de “maus antecedentes”.¹⁹⁶

O *in dubio pro reo* e a presunção de inocência têm uma relação direta, por tratar-se o primeiro de uma garantia constitucional e o segundo uma regra processual. Ambos visam a tutela da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

No tocante à disciplina probatória, o princípio da presunção de inocência tem estreita relação com a máxima *in dubio pro reo*, ambos integrando o “favor rei”. O primeiro tem sentido amplo e é uma garantia constitucional, enquanto o outro tem incidência somente processual, quando a prova produzida não se apresenta segura, caso em que o órgão judicial deve dar solução favorável ao réu. Assim, na teoria dos direitos fundamentais no direito processual moderno, o princípio *in dubio pro reo* é considerado um elemento substancial do direito fundamental da presunção da inocência. Mesmo não se vinculando ao princípio da valoração das provas, intervém no momento em que, esgotados os meios de provas disponíveis, se mostra insuficiente para determinar a condenação.

Enquanto o princípio da presunção de inocência tem aplicação processual e extra-judicial, o *in dubio pro reo* incide apenas processualmente, devido a falta de certeza que se apresenta em ambos os casos, o que impossibilita que o Estado trate como culpado aquele contra quem inexistente sentença penal condenatória.

¹⁹⁶ BALDAN, Édson Luís. **Direitos Fundamentais na Constituição Federal. Estado Democrático de Direito e os fins do Processo Penal. Tratado temático do processo penal.** 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 133.

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, em alguns casos, há confusão entre ambos:

o princípio da presunção da inocência com o *in dubio pro reo*, que é postulado comum a todos os sistemas processuais, ao passo que sob outro aspecto o princípio da presunção de inocência expressaria outras garantias no âmbito do direito probatório.¹⁹⁷

Segundo Alexandre de Moraes, “no sentido de que a previsão do *in dubio pro reo* é um dos instrumentos processuais previstos para a garantia de um princípio maior, que é o princípio da inocência”.¹⁹⁸

A abrangência da presunção de inocência não se limita à disciplina probatória, mas faz parte do devido processo legal, se espalhando por todo o sistema de intervenção estatal de natureza penal sobre uma pessoa, constituindo-se em um princípio informador de todo o processo penal, basicamente relacionado com os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, servindo de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais relativas à repressão criminal, do qual faz parte o *in dubio pro reo*, de aplicação obrigatória, como fator essencial do julgamento do réu.

De acordo com o princípio da presunção de inocência, portanto, não há pena sem a prova de fato e da culpabilidade, sendo que o complementa o princípio maior de direitos fundamentais da pessoa humana, como preceitua a Constituição Federal.

No entanto, como já comentado no item anterior, o acusado não tem o dever de provar a sua inocência, devendo o acusador provar a suposta culpa, sendo considerado inocente o acusado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, que deve decorrer de um processo judicial que transcorra de acordo

¹⁹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência**. São Paulo: *in* Fascículos da Ciências Penais, trimestral, ano 5, v. 5, nº 1, jan./fev./mar.1992, p. 71.

¹⁹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 1998, p. 269.

com os moldes legais, devendo ser instruído pelo contraditório, pela proibição de provas ilícitas e fundamentado em comprovados elementos de convicção. Somente depois disso, poderá ser considerado culpado.

Para Antonio Magalhães Gomes Filho, o *status quo* do acusado é a ausência de culpabilidade, tendo ainda assegurado o direito de permanecer calado (artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal), afirmando que:

O privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, de estrutura constitucional, assegurado a qualquer indiciado ou imputado pelo artigo 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política. Convém enfatizar, neste ponto, que, embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (...), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação.¹⁹⁹

Desta forma, a Constituição Federal de 1988, ao prever, em seu inciso LIV do artigo 5º, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens em o devido processo legal” enfatiza a necessidade de que toda e qualquer prisão, especialmente a que ocorre antes da condenação definitiva, decorra de um provimento jurisdicional que resulte de um procedimento qualificado por garantias mínimas, como a imparcialidade, a igualdade processual, a publicidade, o contraditório, o duplo grau de jurisdição.

Por isso, não é aceitável a justificativa de que, devido à natureza urgente, ocorram limitações ao pleno atendimento desses requisitos, pois tais garantias não podem ser abandonadas mediante a premência do pronunciamento judicial.

A observância a essas garantias deve decorrer do exame da motivação do provimento, exigência que se encontra duplamente inscrita na Constituição Federal (artigo 93, inciso IX e artigo 5º, inciso LXI), tendo “caráter de instrumentalidade em

¹⁹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo Revista dos Tribunais, 1999, p. 113.

relação às demais garantias processuais, na medida em que através dela se expressam os aspectos considerados pelo magistrado para chegar à conclusão”.²⁰⁰

O princípio da presunção de inocência requer interpretação em duplo sentido, ou seja, quanto à prova e quanto ao *status libertatis*.

Portanto, o princípio da presunção de inocência passou a ter uma maior amplitude, em busca de um processo justo, que observe as garantias que preservam o Estado Democrático de Direito.

²⁰⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Prisão cautelar e o princípio da presunção da inocência**, *op. cit.*, p. 21.

4 O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Encontra-se inserto nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal, o princípio do juiz natural, sendo uma garantia indispensável para a manutenção da imparcialidade do Judiciário e da segurança do povo contra o arbítrio estatal. Assim, o estabelecimento de um tribunal de exceção coloca em risco a democracia, sendo que seu impedimento nos processos cíveis, penais e administrativos significa consolidação de um dos pilares do Estado de Direito Democrático.

O princípio do juiz natural se integra ao Poder Judiciário, e com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, pois elevou a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio, dentro do rol de direitos fundamentais, que norteiam as demais normas.

O direito a um juiz imparcial constitui, portanto, garantia fundamental na administração da Justiça de um Estado de Direito e serve de substrato para a previsão ordinária de hipóteses de impedimento e suspeição do órgão julgador. Sempre com a finalidade de garantir a imparcialidade do órgão julgador.

A inserção do princípio do juiz natural dentro desses princípios, demonstra a preocupação do legislador em fazer prevalecer a justiça e a igualdade, que devem permear o processo judicial e administrativo, como se verá no decorrer deste capítulo.

4.1 AUTORIDADE NATURAL

O princípio ou garantia do juiz natural ou autoridade competente tem origem no princípio do devido processo legal, através do qual se proíbe o julgamento por juiz não investido de competência, em caráter geral, balizada por princípios e regras de antemão reconhecidos, antes do acontecimento dos fatos a serem submetidos a seu julgamento.

A não ser que hajam critérios pré-estabelecidos, a competência legal ou constitucional não lhe pode ser alterada, sendo vetada a criação de tribunal de exceção para julgar um determinado caso, após a sua ocorrência.

Dentre as principais qualidades exigidas do juiz estão a imparcialidade e independência, por isso o ordenamento jurídico de um Estado caracterizado como Democrático de Direito nomeia como princípio constitucional a garantia do juiz natural/autoridade competente. Essa é a condição fundamental para que sejam garantidos os direitos do cidadão, quando acusado, em processo judicial ou administrativo, para que o julgador possa cumprir a sua função da maneira adequada, favorecendo a decisão justa.²⁰¹

Conseqüentemente, o juiz ou autoridade natural somente pode ser constituído, se respeitado os termos previstos na Constituição e mediante lei específica para esse fim, o que torna inconcebível a sua nomeação através de resoluções ou provimentos elaborados por Tribunais, salvo nos casos previstos na lei.

²⁰¹ ROZA, Cláudio. **Processo administrativo disciplinar & Comissões sob Encomenda**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 71.

4.2 SIGNIFICADO E CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural é afrontado, quando forem instituídos tribunais de exceção, vale dizer, órgãos judiciários, criados *post facto*, instituídos *ad hoc* para o fato em particular, efetivamente determinado, que possibilitam julgamentos emitidos de forma a prejudicar ou favorecer pessoas ou interesses.²⁰²

A norma jurídica contida em nossa Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção, denominado no direito estrangeiro como princípio do juiz constitucional ou juiz legal, traz consigo uma conotação negativa do princípio do juiz natural.²⁰³

O seu aspecto positivo fundamenta-se também no artigo 5º, inciso LIII, como esclarece Costa Machado:

O fato é que as duas dimensões juntas significam a tutela constitucional da imparcialidade do juiz, elemento inafastável do devido processo legal. (...) o que a Constituição nesse passo proíbe, em primeiro lugar, é a instituição de um órgão judicante posterior ao fato, penal ou civil. Fica vedado, em segundo lugar, o estabelecimento de juízo ou tribunal *ad personam*, vale dizer, a instituição de órgão jurisdicional para julgamento de determinada ou determinadas pessoas, ainda que a respeito de fatos ocorridos anteriormente à constituição do órgão.²⁰⁴

Prossegue, esclarecendo que o problema é que a obrigatoriedade de definição prévia dos tribunais é inerente ao estado de direito (CF, art. 1º), não impedindo a criação das justiças especializadas, tampouco se confundindo com a necessidade de foro, como estabelecem os arts. 52, I, da Constituição Federal, ou 100, I e II, do CPC.

²⁰² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

²⁰³ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 17.

²⁰⁴ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Op. cit.*, p. 17.

O critério utilizado para definição do juiz natural pode ser, tanto o objetivo (matéria, pessoa ou valor), como o funcional ou territorial de distribuição de competência, como estabelece o art. 5º, LIII, da CF.

Quanto ao inciso LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, observa Costa Machado, que essa norma constitucional reconhece que o princípio do juiz natural, como regra fundamental de direito processual.

É importante observar que o fato da prescrição alcança apenas a dimensão positiva do juiz natural, sendo que a negativa está disposta no inciso XXXVII, que proíbe os juízos ou tribunais de exceção. Entretanto, tanto a garantia positiva quanto a negativa asseguram “a imparcialidade do juiz como elemento indispensável do devido processo legal”.²⁰⁵

Observa, ainda, Antonio Cláudio da Costa Machado, que a frase “autoridade competente”, disposta no texto tem três significados diferentes, como segue:

- a) órgão jurisdicional - pessoa investida de jurisdição segundo exigência da lei, visto que somente a investidura pode considerar alguém órgão do Poder Judiciário;
- b) “autoridade competente” significa juiz independente, se a quem usufrui das garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos – art. 95 da CF);
- c) “autoridade competente” - detém poder jurisdicional no caso concreto (competência em definição técnica) de acordo com parâmetros

²⁰⁵ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Op. cit.*, p. 18.

anteriormente estabelecidos em lei (objetivos, funcional e territorial – terminologia utilizada por Chiovenda e, em parte, do CDC).²⁰⁶

Segundo Costa Machado, em relação ao inciso XXXVII, a instituição das justiças especiais do Trabalho, Eleitoral e Militar, este não deve ser entendido como afronta ao princípio do juiz natural, porque está se refere a “expressão normativa da normatividade da anterioridade mencionada”²⁰⁷, enfatizando que:

Registre-se, também, que identicamente o instituto da arbitragem não viola a garantia em questão, porquanto é a autonomia da vontade privada, manifestada por pessoa capaz em relação a direito exclusivamente disponível, que justifica o impedimento de ir a juízo imposto a quem livremente optou por um árbitro em detrimento da Justiça.²⁰⁸

Se ao indivíduo é facultado o direito de renunciar, transacionar ou não exercer um direito, situação ainda menor é o direito de escolher um árbitro para julgar um litígio sobre esse mesmo direito, tendo por lógica conseqüência não mais poder requerê-lo ao Poder Judiciário.²⁰⁹

Sistema financeiro da habitação. Execução extrajudicial de contrato de compra e venda. Alegação de ofensa ao art. 5º, XXXV, XXXVII e LIII, da CF, de molde a configurar ruptura do monopólio do Poder Judiciário. Inocorrência. Norma do Decreto-lei n. 70/66 que, além de prever uma fase de controle judicial, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida pelos meios processuais próprios. *Ementa da redação.* A execução extrajudicial de contratos de compra e venda regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação, prevista no Decreto-lei n. 70/66, não ofende as normas dos incs. XXXV, XXXVII e LIII do art. 5º da CF, de molde a configurar ruptura do monopólio do Poder Judiciário, uma vez que, além de prever uma fase de controle judicial, antes da perda da posse do imóvel pelo devedor, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento de venda do bem seja suprimida pelos meios processuais próprios. (RT 760/188).

²⁰⁶ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Op. cit.*, p. 18.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 18.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 18.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 18.

[...] Ao meu ver, bem se vê do exame destes autos em comento que: a) o tema foi todo previamente questionado pelo autor (memorial, [...]) que acabou prejudicado pelo teor do julgamento subsequente e ora em tela; b) nem o Enunciado n. 297, do Col. TST, e nem qualquer outro vincula julgador de qualquer instância, sem embargo dos julgados de ilustre lavra trazido nas contra-razões (...); c) sobre a temática, ensina Roberto Basiloni Leite (*in* Manual de Direito Sumular do Trabalho [...]) que “no momento em que o órgão judiciário inferior fica impedido de manifestar sua livre decisão no processo, por estar obrigado a aplicar a interpretação preestabelecida na súmula, a parte deixa de ser julgada por um juiz independente. Mais que isso, ela deixa de ser submetida ao juiz competente. Competente para assegurar ao cidadão o devido processo legal e o julgamento imparcial e independente é, em regra, o juiz de primeiro grau, não em virtude do grau que ostenta, mas do contato direto que tem com a causa.” [...] (AASP 2.291/2.463).²¹⁰

O princípio do juiz natural assegura a imparcialidade na pré-constituição legal e inalterabilidade da competência, garantindo também a igualdade pelo impedimento de juízes especiais e extraordinários, uma vez que todos têm direito aos mesmos juízes e aos mesmos procedimentos.²¹¹

Nesse cenário, surge a discussão sobre a possibilidade de foro especial para agentes políticos que respondam a processos decorrentes de atos de improbidade administrativa. Inicialmente, o STF expressou entendimento quanto à exclusão de agentes políticos, tais como; Presidente, Governadores, Prefeitos, Parlamentares, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público alcançados por esse posicionamento.

No entanto, tal entendimento tem sido muito discutido pela doutrina. Alexandre de Moraes, por exemplo, entende que tais exceções poderão enfraquecer o combate à improbidade administrativa e à corrupção, vigente em todos os setores da sociedade, inclusive agentes políticos do alto escalão.

²¹⁰ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Op. cit.*, p. 18.

²¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 472.

A principal finalidade da lei é eliminar as bases corruptas que, muitas vezes, se encontram entre aqueles que detém o poder, contaminando todas as bases sociais e, ainda, considerando que são estes poderosos os que conseguem melhores recursos e lacunas na lei para se livrar da punição, torna-se inaceitável um posicionamento que favoreça a alguns desses, justamente quando respondendo por atos de improbidade administrativa.

A Constituição Federal de 1988 ampliou a abrangência da lei, prevendo, além da perda de bens (artigo 37, § 4º), também considerou que os atos de improbidade administrativa resultarão na suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na mesma maneira ou proporcionalidade previstas em lei, sem gerar prejuízo da ação penal aplicável, sem exclusão de quaisquer agentes políticos.

Mediante as prerrogativas da Constituição Federal, foi criada a Lei nº 8.429/92, instituindo as sanções aplicáveis aos agentes públicos na hipótese de enriquecimento ilícito no decorrer do mandato, cargo, emprego ou função Administrativa Pública direta, indireta ou fundacional, além de dar outras providências.

Dessa forma, todos agentes públicos estão sujeitos à responsabilidade judicial pela prática de atos de improbidade administrativa, como prevê o § 4º, do artigo 37 da Constituição Federal, sendo também observadas as regras constitucionais e legais para estabelecimento de competência para o processo e julgamento, seguindo o princípio do Juiz Natural.

Assim como são direitos fundamentais os princípios do contraditório e da ampla defesa, também o princípio do juiz natural é crucial no processo disciplinar, sem o qual as garantias previstas não seriam legitimadas. Se assim não fosse, o

magistrado poderia ser escolhido de acordo com interesses que poderiam ser pré-determinados, para condenar ou absolver, retirando a imparcialidade na decisão.

Na opinião de Romeu Felipe Bacellar Filho, se por um lado, assegura-se a participação ativa do servidor acusado no exercício do contraditório e da ampla defesa, por outro, impede-se a obstrução pela participação da atuação do princípio do juiz natural.²¹²

O principal efeito decorrente do princípio do juiz natural é a garantia de que ninguém poderá ser julgado por juiz inconstitucional. Isso significa que o juiz natural ou a autoridade competente é o órgão judiciário ao qual a Constituição revestiu de poder para julgar.²¹³ O princípio do juiz natural se apresenta como requisito essencial para a existência do processo. Se não houver juiz investido para tal competência, não pode haver uma verdadeira relação processual, nem processo.²¹⁴

O princípio do juiz natural pode ser classificado por três características distintas, porém que se relacionam entre si, como salienta Luigi Ferrajoli²¹⁵: a) juiz pré-constituído pela lei e não constituído depois do fato; b) impossibilidade de derrogação e indisponibilidade das competências e; c) proibição de juizes extraordinários e especiais.

De acordo com Antônio Scarance Fernandes²¹⁶, no Brasil, tradicionalmente, o princípio do juiz natural se caracteriza pelas garantias de proibição de tribunais extraordinários e proibição de avocação (transferência para outro tribunal), através das seguintes regras de proteção: a) exercício da jurisdição estabelecida de acordo com a Constituição Federal; b) impedir que alguém seja julgado por órgão formado

²¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...**, *op. cit.*, p. 337.

²¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 48.

²¹⁴ GRINOVER et al., *op. cit.*, p. 46.

²¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 472.

²¹⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3.ed. São Paulo: RT, 2002. p.126-127.

depois do fato; c) ordem taxativa de competência, com proibição de interferência por discricionariedade.

Para Nelson Nery Júnior²¹⁷, o princípio do juiz natural é garantia do Estado de Direito e da imparcialidade do juiz, com as seguintes características: a) não pode haver juízo/tribunal *ad hoc* (de exceção); b) julgamento por juiz competente pré-constituído em lei e; c) juiz imparcial.

Os Tribunais de exceção são aqueles instituídos depois da ocorrência do fato (*ex post facto*), por encomenda, sendo caracterizado pelo julgamento parcial e sobre o caso concreto. É necessário que haja previsão de maneira geral e abstrata, não significando que não se possa ser criar juízos especiais. Além disso, a prerrogativa de foro não afronta ao princípio do juiz natural.²¹⁸

Segundo José Frederico Marques, o juiz natural pode também ser denominado por juiz competente ou juiz legal, sendo o oposto do juiz de exceção, de competência destinada ao atendimento de demandas particulares.²¹⁹

A inclusão do princípio na maioria das Constituições modernas como direito fundamental o torna cláusula pétrea que, mediante a Constituição atual, tem o objetivo de assegurar direitos e garantias individuais, não se admitindo emenda que vise extingui-lo.²²⁰

Além da regra de instituição do juízo, seu aspecto formal, o princípio do juiz natural, no seu aspecto material, tem também como finalidade a imparcialidade e a independência.²²¹

²¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p.66.

²¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p.66.

²¹⁹ MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p.446.

²²⁰ FERREIRA, Cristiane Catarina de oliveira. Visão atual do princípio do juiz natural. *In: OLIVEIRA, C.A. Álvaro de (Org.). Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.101.

²²¹ SILVA, Carlos Augusto. O princípio do juiz natural e sua repercussão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: OLIVEIRA, C.A. Álvaro de (Org.). Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 116-118.

O atributo do princípio do juiz natural como um dos princípios universais legitimados por Estados Democráticos de Direito, pois é direito do cidadão, antecipadamente, ter conhecimento sobre quem será a autoridade que irá processá-lo, qual juiz ou tribunal o julgará, caso venha a assumir a posição de réu em juízo. De acordo com o ordenamento jurídico, nenhum cidadão poderá ser julgado por magistrado especialmente escolhido após o fato, devido seu direito de ser julgado por juiz imparcial e competente sem influências, coerção ou ameaça.²²²

Mencionando o tríplice significado do princípio do juiz natural no processo penal português, Romeu Felipe Bacellar Filho, observa que, consagrado o princípio pela Constituição Federal de 1988, além da incorporação destes, estabelece outros mais, apresentando a classificação realizada por Jorge Figueiredo Dias:²²³

- a) quanto à fonte, o juiz será revestido de determinada competência mediante a lei;
- b) no plano temporal, a competência do juiz será normatizado por lei vigente anteriormente ao fato criminoso objeto do processo;
- c) ordem taxativa de competência deve eliminar alterações arbitrárias ou discricionárias, sendo proibida também a sua suspensão discricionária por qualquer autoridade.

Devido à Constituição Federal de 1988, tais requisitos são incluídos e ampliados, como observa Romeu Felipe Bacellar Filho²²⁴, da seguinte forma:

- a) Plano da fonte: a competência do juízo é reserva absoluta da lei, efetivando a competência prevista na Constituição, isto é, **juízo ou tribunal de**

²²² MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2004, p.47.

²²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...**, op. cit., p. 324.

²²⁴ *Ibid.*, p. 325-332.

exceção é órgão criado por ato sem eficácia de lei, ou, mesmo quando surge em decorrência da lei, modifica a competência estabelecida pela Constituição.

b) Plano da referência temporal: Assegura que ninguém será processado ou julgado por órgão formado após a ocorrência do fato, sendo, pois, a competência estabelecida por lei, de maneira abstrata e predeterminada. A competência não é apenas do órgão, mas também do agente público. A competência é pré-determinada, impedindo que a autoridade seja escolhida por motivações subjetivas ou em referência a caso específico.

c) plano da imparcialidade: Como condição subjetiva da pessoa do julgador, uma vez que o juiz natural é a autoridade imparcial. Dessa forma, não haverá nem juiz parcial (interessado na causa), nem juiz acidental (designado para um específico caso). A imparcialidade se refere, ainda, à independência da atividade julgadora que não pode ser submetida à obediência hierárquica, nos casos em que tiver que efetuar julgamento.

d) plano da abrangência funcional: O juiz natural, em relação ao seu aspecto subjetivo, se relaciona à imparcialidade. Tem como característica objetiva, o pré-estabelecimento da competência. Nesse passo, a expressão "autoridade competente" significa mais do que ao juiz em atividade sentenciadora, mas também abrange órgãos do Poder Executivo quando em função judicante. Refere-se à autoridade competente pelo processamento, não se limitando à função jurisdicional.

e) plano da ordem taxativa de competência: A competência somente pode ser alterada se estiverem previstas em lei anterior ao ocorrido, de forma não-discrecional. Deve haver previsão para os casos de suspeição e competência, e nos critérios de substituição. Portanto, num processo judicial, torna-se afronta ao

princípio do juiz natural avocações e delegações de competência não previstas legalmente.

Quanto ao significado do princípio, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial no. 230009-RJ, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira assentou:

A imparcialidade do magistrado, um dos pilares do princípio do juiz natural, que reclama juiz legalmente investido na função, competente e imparcial, se inclui dentre os pressupostos de validade da relação processual, que se reflete na ausência de impedimento, nos termos do artigo 134 do Código de Processo Civil.²²⁵

Assim, o princípio do juiz natural, fundamentado nos princípios da legitimidade, da imparcialidade e da igualdade, faz parte da essência da justiça, anseio maior de toda sociedade civilizada.

4.3 INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O princípio do juiz natural aplica-se indistintamente ao processo civil, ao penal e ao administrativo. A cláusula constitucional brasileira, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (artigo 5º. LIII, CF) não distingue o tipo de processo que é abrangido pela garantia.

De acordo com Romeu Felipe Bacellar Filho, a respeito da incidência ou não, do princípio do juiz natural no processo disciplinar, deve-se, primeiramente refletir se o processo poderia prosseguir, mantendo as garantias do contraditório e da ampla defesa, sem a co-existência do princípio do juiz natural. O fato é que, se não houver

²²⁵ DJU, 27.03.00, p. 113.

juiz natural previamente estabelecido pela lei, esse seria escolhido após o fato, o que descaracterizaria o processo.²²⁶

Outro aspecto importante se refere à aplicação do princípio do juiz natural somente ao Judiciário. No entanto, o entendimento literal da expressão relativo ao Judiciário, considerando-se apenas os juízos e tribunais de exceção, levaria ao entendimento da não aplicação do princípio nos processos administrativos. No entanto, há que se considerar que, o processo, inclusive o administrativo, sofre a incidência do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Na seara administrativa, o princípio do juiz natural, decorrente do devido processo legal, se espelha no princípio do administrador competente.²²⁷

Ademais, o artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso LIII, menciona que ninguém será “processado”, sem especificar o tipo de processo. Também fala genericamente de “autoridade competente”, não de juiz. De modo que essa dimensão positiva dá abrigo direto e imediato à incidência do princípio do juiz natural aos processos administrativos, independentemente da interpretação conjunta com o princípio do devido processo legal exigida pela dimensão negativa expressa no inciso XXXVII.

O princípio do administrador competente se relaciona ao princípio que se denomina de princípio da autoridade natural. O devido processo tem como finalidade assegurar que o acusado tenha o direito inalienável de conhecer desde logo o seu julgador, ou comissão processante, sendo proibida a indicação após a prática do delito. A competência é prevista antes do fato, a fim de que, quando não permitidos

²²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...** *op. cit.*, p. 332 e 336.

²²⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 289.

juízos e tribunais de exceção, não ocorram os vícios de pessoalidade perseguições e favoritismos.²²⁸

Tendo como essência o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais devem ser compreendidos de forma abrangente, como normas transformadas em cláusulas pétreas, previstas na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, § 1º), com interpretação e concretização que se complementam, condicionam e modificam-se reciprocamente.²²⁹

Além de sua atividade tipicamente jurisdicional, o princípio do juiz natural assegura a garantia da autoridade administrativa competente.²³⁰

Segundo Egom Bockmann Moreira, a não observância do princípio do juiz natural administrativo invalida o processo desde o seu início.²³¹

Observa Nelson Nery Júnior que, tanto no processo civil, como no penal e no administrativo, a aplicação do princípio do juiz natural é realizada sem distinção. No caso da Administração, se refere ao princípio do julgador natural, como extensão do princípio do juiz natural, tendo como característica básica a previsão legal anterior ao fato, além da imparcialidade de julgamento.²³²

Reafirma Lúcia Valle Figueiredo que a principal característica do juiz natural se refere à competência estabelecida antes do fato acontecido, tendo o juiz natural a função de juiz competente, não havendo como se constituir administrador *ad hoc* ou órgão colegiado *post facto*. De acordo com a norma legal, é o administrador

²²⁸ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.126-127.

²²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Op.cit.*, p. 74-75.

²³⁰ SILVA, Carlos Augusto. O princípio do juiz natural e sua repercussão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: OLIVEIRA, C.A. Álvaro de (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 127.

²³¹ MOREIRA, Egom Bockmann. *Op.cit.*, p. 289-290.

²³² NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 69-72.

competente. A mudança também terá forma geral, que não dependerá do caso concreto.²³³

A função de aplicação concreta da lei cabe à Administração Pública, devendo ser respeitada sua ação judicante, porém sem exclusão da possibilidade de atuação do “poder” Judiciário, lembrando-se que esta deve estar sempre atenta para a concretização dos ditames constitucionais, pois o Estado deve garantir tal eficácia.²³⁴

Os princípios que se originam do devido processo legal, como o contraditório, a ampla defesa e o juiz natural, quando aplicados ao processo penal, ultrapassam o campo estritamente judicial, devendo ser concretizados quando interferirem nos direitos individuais da pessoa. Por isso, quando a Administração realiza processo administrativo disciplinar, o princípio do juiz natural deve ser considerado, se aplicando obrigatoriamente à autoridade que acusa e à que conduz o processo na sua competência instrutória, que detém a competência decisória, definindo e aplicando a penalidade administrativa. A sua aplicação se estende a todos os poderes dos Estados e Municípios da União, que se obrigam a obedecê-lo nos processos administrativos. Portanto, a comissão processante, definida de acordo com a lei, de forma genérica e abstrata, deve ser a natural.²³⁵

A formação do processo disciplinar tem a finalidade de poder-dever para a autoridade, uma vez que a omissão na apuração das responsabilidades administrativas de um subordinado e/ou representação às autoridades administrativas superiores, teoricamente, tipifica o crime de condescendência criminosa, conforme o disposto no art. 320 do Código Penal:

²³³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso...** *op. cit.*, p. 419.

²³⁴ DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre o processo administrativo tributário. *In*: MARTINS, Inês Gandra sa Silva (Coord.). **Processo administrativo tributário**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária/ RT, 2002, p.93.

²³⁵ MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 207.

deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar ao conhecimento da autoridade competente.

Por outro lado, o processo administrativo disciplinar, previsto no inciso II, do § 1º, do art. 41, da Constituição de 1988, como fator crucial para a perda de cargo público, representa, em conjunto à sindicância, uma das maneiras de apuração das infrações administrativas.

Segundo Odete Medauar, o rol de princípios do processo administrativo varia de autor para autor, de acordo com o entendimento de cada um e conforme o conteúdo do direito legislado de seus respectivos países, e afirma: “Especificamente para o processo administrativo a Constituição prevê o princípio do contraditório e da ampla defesa. Os demais decorrem de formulação doutrinária, jurisprudencial e legal”,²³⁶ citando também os princípios do contraditório, da ampla defesa, da oficialidade, da verdade material e do formalismo moderado.²³⁷

Portanto, no processo disciplinar, havendo citação válida do servidor, ou seja, a possibilidade do mesmo contestar as imputações que lhe forem feitas, para produção de provas, contraprovas, realização de perícias, assegurando, assim, a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Deve ser, também, observado o princípio da segurança jurídica, sob três aspectos: como princípio, como valor e como direito fundamental, faces diferentes da mesma realidade.²³⁸

Esse princípio decorre da interpretação do Texto Constitucional. Na lição de J.J. Gomes Canotilho:

²³⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 184.

²³⁷ MEDAUAR, *op. cit.*, p. 188.

²³⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência**, São Paulo: LTr, 1976, p. 81.

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.²³⁹

Portanto, todos os princípios são de grande importância no decorrer do processo, dentre os quais, se encontra também o princípio do juiz natural, como já mencionado, sendo, a seguir, enfocada sua relevância no processo administrativo disciplinar dos servidores estaduais paulistas.

4.4 O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES DO ESTADO DE SÃO PAULO

Conforme o estabelecido no artigo 307 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo, o servidor do judiciário do Estado de São Paulo que for penalizado com demissão ou a de demissão a bem do serviço público não poderá ocupar nova posição em cargo, função ou emprego público, pelo prazo de 5 (cinco) e 10 (dez) anos, respectivamente.

De acordo com o artigo 270 do Estatuto, o processo administrativo também pode se estender à cassação de aposentadoria ou disponibilidade do servidor. Portanto, tamanhas conseqüências somente poderão advir de um devido processo legal, ou mediante processo administrativo disciplinar, norteado pelos princípios constitucionais.

Apesar de tais previsões, flagrante violação ao devido processo legal e afronta aos direitos fundamentais, vêm ocorrendo em relação aos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo, que acabam por sofrer essas penalidades, através da violação do princípio do Juiz Natural nos processos administrativos.

²³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2ª ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1998, p. 250.

O lado reverso da questão também merece destaque, pois essas violações também acarretam conseqüências à Administração Pública, uma vez que decisões parciais podem deixar de aplicar as devidas penalidades, favorecendo maus servidores. Assim, muitos podem ser mantidos nos quadros do Judiciário, acarretando prejuízos financeiros ao Estado por conta da violação da imparcialidade e, por conseqüência, do princípio do Juiz Natural.

O processo administrativo disciplinar dos servidores do judiciário do Estado de São Paulo viola o princípio do Juiz Natural porque não respeita a Comissão processante, que é estabelecida na lei específica vigente, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo. Pois, como já concluímos, o órgão julgador somente pode ser constituído nos termos estabelecidos na Constituição e mediante lei específica para tanto. Portanto, seria impensável a sua criação através de resoluções ou provimentos baixados por Tribunais, salvo quando autorizados por lei.

A Lei Complementar Estadual nº. 942/03 alterou o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, mas, ao se observar as referências do secretário e do presidente na condução do processo administrativo, verifica-se que a nova legislação não modificou a sistemática da Comissão processante nesse Estatuto, do mesmo modo como previsto no Estatuto Federal.

O fato é que, apesar da legislação em vigor, o Judiciário do Estado de São Paulo conduz o processo administrativo dos seus servidores sem a constituição de comissão processante, atuando como se decisões judiciais, provimentos e regulamentos internos pudessem se sobrepor à lei.

No judiciário do Estado de São Paulo é o Juiz de Direito da vara onde o servidor exerce a função, que instaura e conduz todo o inquérito administrativo de

eventuais processos administrativos disciplinares, não havendo qualquer Comissão processante. Ao contrariar a lei específica (legalidade), que determina seja a Comissão processante o órgão julgador, o judiciário fere diretamente o princípio do Juiz Natural.

A inteligência da Lei Federal nº. 8.112/90 (Estatuto dos Servidores da União), mantida pelo Estatuto Estadual, que adota uma Comissão processante para a condução do processo administrativo disciplinar, certamente assim o estatuiu, para tentar evitar que a concentração de fases do processo administrativo nas mãos de apenas 1 (uma) pessoa, pudesse resultar em arbitrariedades.

De modo que, mesmo que a legislação estadual paulista não tivesse essa inteligência, e concedesse exceção legal para que o judiciário do seu estado dispensasse a comissão processante e autorizasse o Juiz de Direito para conduzir todas as fases do processo administrativo, estaríamos diante da violação do princípio do Juiz Natural, por violação da própria essência do princípio do Juiz Natural, que é a imparcialidade.

Assim, o processo administrativo disciplinar dos servidores do judiciário do Estado de São Paulo também viola o princípio do juiz natural por comprometer diretamente a imparcialidade.

A imparcialidade compõe o princípio do juiz natural, senão é a sua própria essência. Por diversos fatores apontados no decorrer do trabalho demonstramos que a concentração de fases do processo administrativo na pessoa do Juiz de Direito é fator que compromete a imparcialidade por si só. Demais disso, apresentamos situações específicas que isoladamente comprometem a imparcialidade do Juiz do processo administrativo disciplinar dos servidores do Judiciário.

Na visão de Luiz Flávio Gomes o princípio ao princípio do Juiz Natural acham-se conectados outros importantes princípios, como: a) o da igualdade; b) o da imparcialidade; c) o da anterioridade; e o d) da legalidade.

Interessante notar que sob qualquer ângulo enxergamos as violações. Se pensarmos na conectividade referida acima, vislumbramos que o judiciário paulista viola o princípio da imparcialidade diretamente em vários pontos e viola o princípio da legalidade por infringir a lei estadual específica que regula o processo administrativo (o Estatuto). E, por conseqüência da conectividade viola o princípio do Juiz Natural.

A respeito da neutralidade, esclarece Rui Portanova que: “é dado subjetivo que liga o *juiz-cidadão-social* e sua visão geral de mundo, no concerto da comunidade e da ciência.”²⁴⁰

Entre as situações específicas que comprometem a imparcialidade do Juiz, uma delas é o contato direto com os servidores, conforme descrito em capítulo anterior. Em maior ou menor grau, o fato é que o magistrado acaba tendo contato direto com todos os servidores na respectiva vara judicial que exerce jurisdição. Tais circunstâncias não se coadunam com a escolha desse juiz para conduzir, praticamente sozinho, o processo administrativo dos respectivos servidores.

Como já delineado em itens anteriores do presente trabalho inconscientemente o Juiz de Direito trata o servidor como se fosse seu funcionário. No geral, o Juiz(a) sem perceber expressa o pensamento de posse que os Juízes de Direito têm sobre os servidores do judiciário. O cargo do servidor pertence à administração pública e ele deve exercê-lo para atender aos administrados, claro que respeitando o poder hierárquico, no caso do Juiz de Direito. Enfim, esse

²⁴⁰PORTANOVA, Rui, op. cit., p. 78.

sentimento de posse é outro problema que compromete a imparcialidade do Juiz na condução do processo administrativo dos servidores.

Outro problema reside no fato de que no processo administrativo disciplinar dos servidores do Judiciário, o juiz de Direito reúne as tarefas de acusador e apurador dos fatos ao conduzir a instrução processual e de julgador ao propor a penalidade, além de ter indicado o defensor dativo, no caso de servidor acusado revel. Diante desse choque de competências não é possível a preservação da imparcialidade.

Na lição de Rui Portanova:

A imparcialidade é condição primordial para que um juiz atue. É questão inseparável e inerente ao juiz não tomar partido, não favorecer qualquer parte, enfim, não ser a parte. Em verdade, a expressão juiz imparcial é redundância e seria quase desnecessário falar em imparcialidade, tal é a imanência existente entre juiz e imparcialidade.²⁴¹

A imparcialidade é fator reconhecido, inclusive no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que assim dispôs:

Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e *imparcial*, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.

Na Constituição Brasileira, encontra-se a disposição sobre a imparcialidade no parágrafo único do art. 95, ao estabelecer que o juiz está limitado em sua atividade profissional apenas à função judicial e a um cargo ou função de magistério (inc. I). Dessa forma, não pode receber custas (inc. II), nem exercer atividade político-partidária (inc. III).

Lembra Rui Portanova, que:

²⁴¹ PORTANOVA, *op. cit.*, p. 79.

Tradicionalmente a imparcialidade é representada por uma mulher com olhos vendados e com uma espada numa mão e a balança equilibrada noutra. Contudo, não há negar, é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados. Ademais, como visto no princípio jurídico, muitas vezes a balança está desequilibrada. Logo, o mais correto é manter os olhos da Justiça bem abertos para ver as desigualdades e igualá-las.²⁴²

Portanto, a Administração Pública deve proporcionar aos administrados tratamento imparcial, independentemente da posição que ocupe, pois, na relação jurídica entre a entidade pública e o administrado-cidadão não pode prevalecer o ocasional interesse político ou pessoal do agente público em favorecer ou prejudicar outro administrado. O Juiz de Direito, assim como outros servidores – muito embora, no caso do juiz a exigência seja ainda maior -, deve ser dirigido pelos ditames da lei e do exercício de sua função, cumprindo as normas que compõem a atividade administrativa, mantendo o tratamento imparcial aos cidadãos-administrados, de forma a fazer valer a justiça, tanto no trato com seus auxiliares, tanto na formação de juízos a partir daquilo que chega ao conhecimento por vias não formais.

O atual Advogado Geral da União, Antônio Toffoli, ao declarar que o governo estuda criar um órgão semelhante a um tribunal administrativo, acrescentou que os processos hoje são feitos no órgão onde o servidor trabalha e têm muitas falhas, o que levaria a Justiça a anular as demissões.²⁴³

Tal declaração nos conduz a fazer mais indagações sobre o processo disciplinar dos servidores do Judiciário. O Judiciário, nas respectivas ações judiciais, deve reconhecer as falhas de qualquer processo administrativo, seja do funcionário público pertencente aos quadros do Poder Executivo ou do Poder legislativo e, assim sendo, anular as demissões impostas.

²⁴² PORTANOVA, *op. cit.*, p. 79.

²⁴³ FREITAS, Silvana. Governo pode criar Tribunal Administrativo. **Jornal Folha de São Paulo**, Caderno Folha-Brasil, edição de 05.02.2004.

Do mesmo modo, o Judiciário deve reconhecer eventuais falhas nos processos administrativos disciplinares dos servidores do Judiciário. Entretanto, no Judiciário do Estado de São Paulo, isso significa o mesmo que um Juiz de Direito reconhecer a falha de outro Juiz de Direito da mesma hierarquia. Certamente, teremos o corporativismo influenciando a imparcialidade de uma segunda decisão, que poderá sacramentar a primeira injustiça.

Esse é mais um dos motivos para impedir que o Juiz de Direito seja o Juiz Natural/Autoridade para conduzir unicamente o processo administrativo disciplinar dos servidores. Uma situação é um Juiz de Direito decidir sobre um processo judicial que aponta falhas num processo administrativo conduzido por uma comissão processante mista, outra situação é esse mesmo Juiz de Direito decidir sobre um processo judicial que aponta falhas num processo administrativo disciplinar totalmente realizado por um colega de mesmo nível hierárquico.

Consoante ao princípio da publicidade, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte disponibiliza em seu site as principais leis utilizadas pelo Tribunal daquele Estado: Constituição Estadual do RN, Regime Jurídico Único dos Servidores do RN, Lei da Organização Judiciária, Regimento Interno do TJ, Plano de Cargos e Salários - Lei Comp. 242/02, bem como a Lei Complementar nº 35 de 14.03.79, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.²⁴⁴

Destaque-se, nesse momento, a Lei complementar Estadual nº 122/94 (Regime Jurídico Único dos Servidores do RN), que, conforme disposto no seu artigo 154, todos os processos administrativos dos servidores do Judiciário do Estado do RN são conduzidos pela Comissão Processante estabelecida nessa Lei.

²⁴⁴ http://www.tjrn.gov.br:8080/sitetj/ GerenciadorServlet.do?secaoSelecionada_id= 3& menu Selecionado_link= presidencia.legislação.

Já nos processos administrativos disciplinares do Estado de São Paulo, embora sejam instaurados por portaria do Juiz de Direito com fundamento na Lei nº 10.261/68 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo), com alterações dadas pela Lei Complementar Estadual Paulista nº 942/93, que prescrevem a necessidade da Comissão Processante, ela é simplesmente ignorada. Tais questões foram amplamente discutidas neste trabalho, sendo aqui apenas reiteradas a título de comparação com o Estado do Rio Grande do Norte, que respeita o princípio do Juiz Natural na condução do Processo Administrativo Disciplinar de seus servidores, em detrimento do Estado de São Paulo, que não o faz.

CONCLUSÃO

O Estado sempre exerceu seus poderes sem muitas limitações em toda história da humanidade.

A partir de seu personagem central, o rei, e dos seus poderes, dos limites paulatinamente impostos a ele, o constitucionalismo foi se impondo no mundo ocidental.

A retrospectiva histórica da limitação desse poder tem paralelo na evolução histórica dos direitos fundamentais.

Em que pese a Magna Carta ser uma conquista encabeçada pelos barões ingleses, ela representa importantíssimo marco histórico da limitação de poder, pois seus termos anunciaram o nascimento da cláusula do devido processo legal e, com ele, percebeu-se a germinação do princípio do juiz natural.

O Estado Absolutista consolida-se no final da Idade Média e os monarcas adquirem total supremacia, donos de um poder sem limites, considerando como oriundo de Deus.

O Estado Liberal surge quando a monarquia absoluta é substituída pela monarquia constitucional, senda a Constituição Americana, de 1787 e a Constituição Francesa, de 1791, os marcos históricos do constitucionalismo.

No processo histórico, os Estados constitucionais modificaram e ampliaram os direitos fundamentais. A evolução do homem, com novas necessidades e a crescente complexidade das relações humanas já comporta doutrinadores defendendo a quarta e a quinta geração ou dimensão de direitos fundamentais.

O estado Democrático de Direito é aquele que se subordina à uma Constituição, que prevê e garante os direitos fundamentais e que traz em seu bojo os elementos representativo e participativo.

Todos os atos da Administração devem ser procedimentalizados, pois o processo transcende ao direito processual (judicial), e pauta as atividades do Poder Executivo e Legislativo.

A constitucionalização das normas básicas de Direito Administrativo, a abertura Constitucional conferida pelos princípios e o novo modelo, o pós-positivismo, propiciaram a politização do Judiciário ou a judicialização da política.

São aspectos positivos da politização, as decisões fundamentadas nos princípios constitucionais que privilegiam direitos fundamentais. Sendo aspectos negativos desse fenômeno, as decisões meramente políticas.

Historicamente falando, o princípio do juiz natural/ autoridade competente, enquanto expressão do devido processo legal, adquire a plenitude do seu significado no âmbito do Estado Democrático de Direito para ser aplicado em todos os tipos de processo, judicial e não judicial, estando aí incluído o disciplinar que é uma das espécies do processo administrativo.

Apresenta-se o princípio do juiz natural no art. 5º., da Constituição Federal de 1988, incisos:

“XXXVII – não haverá juiz ou tribunal de exceção”

“LIII – ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente.”

O processo administrativo disciplinar revela dignidade constitucional quando a Constituição Federal de 1988 fez referência à perda do cargo por servidor público, no seu artigo 41:

“parágrafo 1º. – o servidor só perderá o cargo:

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

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, com o advento da Lei complementar estadual 942/03, ampliou os gravames decorrentes das penalidades, incompatibilizando por 5 (cinco) anos a nova investidura em cargo, servidor demitido e por 10 (dez) anos, o servidor que tenha sido demitido a bem do serviço público.

Portanto, conseqüências tão gravosas, só podem advir de processo disciplinar conduzido ao abrigo dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo administrativo disciplinar. Somente assim, garante-se a legalidade e conquista-se a segurança para o Estado e a decisão justa ao servidor. Afinal trata-se de um processo em que aparecem de um lado, o interesse público e, do outro, a carreira do servidor e a honra do cidadão.

No âmbito do processo disciplinar, o juiz natural se reparte nas competências administrativas das autoridades que têm o poder de decidir em três fases distintas: instauração, instrução e julgamento. Todas as autoridades devem ser constituídas antecipadamente à ocorrência dos fatos, com os critérios também antecipadamente por todos conhecidos, ocorrendo violação ao princípio do juiz natural quando se acumulam na mesma autoridade, tanto as competências de acusar, quanto a de julgar para aplicar penalidade. É o ocorre com o juiz de Direito paulista, que concentra fases do processo disciplinar de seus servidores, uma vez ausente a comissão processante, que está determinada em lei, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo.

Existe um verdadeiro caos no sistema administrativo, pelo quê, urge a necessidade de codificação do Direito Administrativo com a criação de uma lei geral que o discipline. Nela, imprescindível um capítulo que uniformize o processo administrativo disciplinar em todos os âmbitos da administração, estabelecendo a importância, o significado e a extensão do princípio do juiz natural.

Na evolução presente se impõe a criação de Comissões Processantes para a condução dos processos disciplinares, onde ausentes, permitindo-se que façam parte das Comissões membros dos Conselhos Representativos de Classe dos respectivos servidores acusados.

Preconiza-se, por fim, que continue o estudo do governo atual de criação de um Tribunal Administrativo, onde o processo adquira uma estrutura menos inquisitorial e mais acusatória.

O processo administrativo disciplinar protesta por uma concretização constitucional. O país pode e deve se desburocratizar e otimizar a eficiência nos serviços públicos porém sem retroceder na concretização dos direitos fundamentais.

Propostas foram apresentadas: codificação do Direito Administrativo, criação de um Tribunal Administrativo, nova gestão administrativa, permitindo a contratação pela CLT etc..., porém não podemos conceber que nada sirva de argumento para a violação de direitos.

Sendo assim, conforme delineado no texto constitucional, o princípio do juiz natural tem aplicação imediata, não se trata de ideal a ser alcançado no futuro. Devendo ser aplicado já, e com maior efetividade no processo administrativo disciplinar, que apenas assim conformar-se-á ao modelo de Estado de Direito Democrático.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício, artigo: **A Pretensão de Universalização do Direito como Ambiente Ético Comum**. Disponível em <http://www.cesesb.edu.br/cesesb/revista/direito/1edicao/universalizacao.pdf>. Acesso em 28.10.2007.

ALVES, Léo da Silva. **As Teses de Defesa na Sindicância e no Processo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

_____. **Questões relevantes do processo administrativo disciplinar**. Parte I. Apostila. Brasília: Cebrad, 1998.

ANDRADE, Samira Humud Morato de. O princípio do devido processo legal e o processo administrativo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n.37, out./dez, 2001.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O princípio da impessoalidade da Administração Pública**: para uma administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Processo Administrativo Disciplinar**. 1ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1998.

BALDAN, Édson Luís. **Direitos Fundamentais na Constituição Federal. Estado Democrático de Direito e os fins do Processo Penal**. Tratado temático do processo penal. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e teoria da Constituição na periferia do capitalismo: breves indagações críticas. *In*: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campes, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Ciência e Política**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUENO FILHO, Edgar Silveira. **O direito à defesa na Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica. *In*: BOUCAUT, Carlos (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2ª ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1998.

_____.; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: FVV, 1996.

_____. **Princípios gerais de direito público**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

CHALITA, Gabriel Benedito Isaac, **O Poder**, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

CORWIN, Edward S. **Constituição Norte-Americana e seu significado atual**. Trad. Leda Boechat Rodrigues, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

COSTA, Nelson Nery e ALVES, Geraldo Magela. **Constituição Federal Anotada e Explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COUTURE, E., *Lãs Garantias constitucionales Del proceso civil. Estúdios de derecho procesal civil*. 3. ed., Buenos Aires, 1979, tomo I, p. 50.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 20ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre o processo administrativo tributário. *In*: MARTINS, Inês Gandra da Silva (Coord.). **Processo administrativo tributário**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária/ RT, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIAS, Elías. **Sociología y filosofía del derecho**, Madrid: Taurus, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 6, v. 6. São Paulo: Saraiva, 1978.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3.ed. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002.

_____. O estado constitucional de direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade, *in*: **Revista do Ministério Público**. Lisboa, ano 17, nº 67, p. 47-48, jul-set, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos humanos fundamentais**, 3^a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**, São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Direitos humanos fundamentais**, 3^a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

_____. **Poder Judiciário na Constituição de 1988** - Judicialização da Política e Politização da Justiça. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, pp.1-17, out/dez.1994.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Estado de direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997.

FREITAS, Silvana. Governo pode criar Tribunal Administrativo. **Jornal Folha de São Paulo**, Caderno Folha-Brasil, edição de 05.02.2004.

GASPARII, Diógenes. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**, São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência**. São Paulo: *in* Fascículos da Ciências Penais, trimestral, ano 5, v. 5, nº 1, jan./fev./mar.1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo, 1975.

_____. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. **Revista do Processo**, v. 43, 1986.

_____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, **Introdução ao Direito Processual Constitucional**, São Paulo: Síntese, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 2ª ed., São Paulo: Editora Celso Bastos, 2001.

GUERRA, Gustavo Rabay. **A concretização dos Direitos Sociais, seus Abismos Gnosiológicos e a Reserva do Possível**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8355>. Acesso em 29.10.2007.

HOBBSAWN, Eric. **A Revolução Francesa**, *in*: A Era das Revoluções, São Paulo: Paz e Terra, 1996.

LAFER, Celso, **A reconstrução dos direitos humanos** *apud* discurso de posse do Ministro Celso de Mello como Presidente do Supremo Tribunal Federal.

LAZZARINI, Álvaro. Do procedimento administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 22, abr./jun. 1998.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, J. B. de Menezes. **Sindicância & verdade sabida**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

LOPES, José Reinaldo Lima Lopes, **O Direito na História – Lições Introdutórias**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUIZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri, SP: Manole, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Globalização e exclusão. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 1, n. 19, set. 1997. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=68>. Acesso em 10.05.2007.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos**. Buenos Aires: Editores Del Puerto s.r.l, 2002.

MANZINI, Vicenzo: **Tratado de Derecho Procesal Penal. volume I.** Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal.** Curitiba: Juruá, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil – o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual.** 4ª edição, São Paulo, 2000.

MARQUES, José Frederico. Juiz natural. *In*: FRANÇA, R. Limonge (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977. v. 46.

MARTINS, Eliezer Pereira. Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar – aspectos atuais. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v.230, jan./mar. 2002.

MARTINS, João Bosco Barbosa. **A sindicância administrativa como instrumento sumário de busca de autoria ou da existência de irregularidades no Serviço Público Federal.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n.268, abr. 2004. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5028>. Acesso em: 13.05.2007.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no direito administrativo,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Direito Administrativo Moderno,** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Direito administrativo moderno.** 5ª. ed. São Paulo: RT, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Direito administrativo brasileiro.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direito administrativo brasileiro.** 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO FILHO, José Celso. **Constituição Federal Anotada**. 2ª ed. São Paulo, 1986.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Servidores públicos. Aspectos constitucionais, Estudos de Direito Público**. São Paulo IV/V (2/1).

MELLO, Rafael Munhoz de. **Processo administrativo, devido processo legal e a lei 9.784-99**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.227, jan/ mar. 2002.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípio do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 3ª ed., Coimbra Editora, 2000.

_____. **Manual de Direito Constitucional: “Direitos Fundamentais”**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, t. IV, 1198.

MORAES, Alexandre de, **Direitos Humanos Fundamentais**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito constitucional administrativo**. 1.ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 1998.

_____. **Princípio do juiz natural como garantia constitucional**.

<http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp>. Acesso em 20.10.2007.

MOREIRA, Egom Bockkman. **Processo administrativo: Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson, **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1997.

_____, **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8ª edição, São Paulo: RT, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Júri: Princípios Constitucionais,** São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal,** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, (s/d).

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Ciência e direito constitucional: o caminho do Estado democrático de Direito.** In **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal.** Organizadores: Antonio José Avelãs Nunes & Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, C.A. Álvaro de (Org.). **Processo e Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito administrativo.** 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969,** tomo III (arts. 32-117), 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Comentários à Constituição de 1946,** v. IV, Rio de Janeiro: Boffoni, 1947.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROSA, Dêmerson Dias. **Sindicância e processos administrativos disciplinares.** Jus Navigandi, Teresinha ano 6, jan. 2002. Disponível em <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2529>> Acesso em 13.05.2006.

ROZA, Cláudio. **Processo administrativo disciplinar & ampla defesa.** 2. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

ROZA, Cláudio. **Processo administrativo disciplinar & Comissões sob Encomenda.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade,** 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, Adriana. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Carlos Augusto. O princípio do juiz natural e sua percussão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In:* OLIVEIRA, C. A. Álvaro de (Org.). **Processo e constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. **Administração gerencial & reforma administrativa no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo,** 20ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo,** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil: Evolução Histórica e Direito Atual,** www.dhnet.org.br/direitos/brasil/leisbr/1988/jafonso_const.html. Acesso em 12.12.2007.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência**, São Paulo: LTr, 1976.

STF - HC-77770 / SC HABEAS CORPUS - Publicação DJ DATA-03-03-00 PP-00062 EMENT VOL-01981-04 PP-00670 – Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA – Julgamento 07/12/1998 - Segunda Turma.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 230, out./dez. 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, **O Processo Civil na Nova Constituição**. RP 53, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

_____. **Direito e Processo: Direito processual civil ao vivo**. Rio de Janeiro: Aidê, 1997, v.5.

VIGLIAR, José Marcelo, **Ação civil pública**, São Paulo: Atlas, 1997.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. *In* **Participação e Processo**. Coordenado por Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988.