



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

PROCESSO nº 2008.29.03159-01

CONSELHO PLENO

O Dr. Vladimir Lourenço, Conselheiro Federal da OA/Mato Grosso do Sul e Vice-Presidente deste Conselho Federal, propõe o cancelamento da Súmula Vinculante nº 05 do STF, cujo teor bem expressa as suas fundadas apreensões:

“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição.”

Em seu judicioso arrazoado, o ilustre proponente sustenta que para editar a súmula em questão, emprestando-lhe caráter vinculante, o Supremo Tribunal Federal baseou-se em 3 (três) precedentes onde se havia assentado que a presença de advogado no Processo Administrativo Disciplinar é dispensável.

Sugere o proponente que os Ministros do STF devem ter se impressionado com a argumentação utilizada pela União Federal nos autos de Recurso Extraordinário nº 434059, onde a recorrida que obtivera decisão favorável e confirmada pelo STJ, sustentava a nulidade de demissão ocorrida em Processo Administrativo Disciplinar sem a presença de advogado, argumentando que se a ampla defesa é condição de procedibilidade em processo administrativo (art. 5º, inciso LV, da CF) e o advogado é indispensável à administração da Justiça (art.133 da CF), a aplicação da pena administrativa em processo sem que a parte se fizesse acompanhar de advogado é nula.

Segundo o proponente a argumentação da União foi no sentido de que a edição da Súmula do STJ causaria a reintegração de inúmeros servidores demitidos, provocando uma sangria nos cofres públicos provocadas por indenizações e pagamento de vencimentos pretéritos. Aduz o Conselheiro proponente que o raciocínio cartesiano no caso concreto, transformou-se em casuístico ao conduzir a expedição da aludida súmula. Que, da forma como restou redigida, a súmula implica em aviltante inconstitucionalidade, porque infringe inúmeros princípios constitucionais. Pior: ao pretender sintetizar a interpretação de fatos, situações jurídicas e norma, carece a súmula, como norma individual genérica, ela própria de interpretação, vale dizer, diversas serão as interpretações que surgirão a partir de seu suporte físico.

Conclui que, não só porque levou a questão de um extremo a outro, hoje se está a dizer, não que a constituição de um advogado em processo administrativo disciplinar seja uma faculdade, como muitos sustentavam antes da Súmula 343 do STJ, mas que, mesmo com advogado constituído, a eventual ausência de intimação deste para participar de determinado ato processual não levará à nulidade do Processo Administrativo Disciplinar uma vez que está sedimentado na Súmula nº 05 do STF que “a falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, isso para citar apenas um exemplo das possíveis e aterradoras interpretações erigidas por conta da malsinada súmula.

Propõe, finalmente, que o Conselho encaminhe um pedido de cancelamento da referida súmula, ou pelo menos de sua revisão. Esta, em resumo, a importantíssima questão trazida para deliberação do plenário. Passo, então às considerações que entendo pertinentes e, enfim, ao parecer que subscrevo e submeto à elevada apreciação dos Senhores Conselheiros.

A Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamenta o art. 103 A, da Constituição Federal, além de outras providências, disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

É de ser registrado, desde logo, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil figura dentre os legitimados pelo art. 3º da norma em apreço, para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante. Por igual, que a proposta do Conselheiro Federal Vice-Presidente, merece integral acolhimento.

Com efeito, o Processo Administrativo, e em especial o Processo Administrativo Disciplinar, é um tema que está sempre a merecer especial atenção. Temos sustentado que, distinguindo-se das sete Constituições anteriores, a atual é fruto da participação de vários segmentos da sociedade. Tendo por escopo central a pessoa humana - daí ser cognominada de “Constituição cidadã” - o seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões.¹

A partir de sua promulgação em outubro de 1988, realçadas as diversas alterações que, imediatamente fez fluir, nossa Constituição é precursora de significativas alterações no tratamento litúrgico até então outorgado aos processos ou procedimentos afetos às matérias reguladas pelo Direito Administrativo. A disciplina constitucional administrativa acolhe novos instrumentos para uma ruptura do quadro tradicional de um “Direito Administrativo autoritário”², marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias integrantes do patrimônio do cidadão.³ Afeiçoado à visão da legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros valores (como, por

¹. As dimensões são: o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador. Nesse sentido, a lição de José Joaquim Gomes CANOTILHO sobre esta “tríade mágica” na Constituição Portuguesa de 1976, podendo ser aplicada também no direito brasileiro. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 347.

². Em brilhante artigo, antes de 1988, e que inspirou, certamente, as inovações da atual Constituição, Sérgio Ferraz denuncia: “É preciso que digamos isto sem qualquer vergonha: a administração pública brasileira é autoritária por várias razões, e entre elas, porque o próprio direito administrativo brasileiro foi autoritário e ajudou a administração pública brasileira a ser autoritária, com uma generosa injeção de justificação doutrinária, isso tudo prestigiado também por uma copiosa elaboração jurisprudencial. Em razão de tudo isso, a administração pública brasileira sempre se sentiu muito animada em ser autoritária, porque as cabeças pensantes e os julgadores deste país também eram autoritários, quando dissertavam sobre o direito administrativo”. FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de Defesa do Administrado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 165, p. 17-18, jul./set. 1986. Seguindo essa trilha, Clémerson MERLIN CLÉVE deduz que a implementação da cidadania depende, em primeiro lugar, de uma mudança na concepção quanto à administração pública, já que “o direito administrativo brasileiro é autoritário”. CLÉVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional: e de Teoria do Direito*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 29.

³. Como assinala o Ministro Celso de Mello, “a observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal.” Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 24458-DF. Julgamento: 18 de fevereiro de 2003. DJU 21.2.2003. Informativo n. 298, do STF.

exemplo, o contido no princípio da confiança), o Administrador exerceu suas prerrogativas, por muito tempo, de modo hegemônico e verticalizado, acobertado pelo manto da incontestabilidade do interesse público.⁴

Saliente-se que não se trata de inovação propriamente dita, todavia, de recepção dos reclames da doutrina a qual construiu, desde cedo, vias alternativas para elidir a aplicação mecânica da legalidade. Francisco CAMPOS, ao enfocar esta problemática, já asseverava que o poder público não é um poder irresponsável e arbitrário, limitado e vinculado somente pelos seus próprios atos. Acima de tudo, não pode arrogar-se o privilégio de surpreender a boa-fé em seu relacionamento com os particulares.⁵

Implementou-se, assim, o princípio da finalidade pública segundo o qual, na estipulação pela lei, de competências ao Administrador Público, tem-se em foco um determinado bem jurídico que deva ser suprido, de forma que o sentido e o limite da competência são balizados pelo fim consubstanciado na lei. Desta forma a finalidade pública, o interesse público ou o bem comum, tiveram seus significados revisitados, na medida em que vislumbrou-se possível a idéia de que esses referenciais interpretativos podem ser constatados a partir, não mais de um interesse coletivo ou da maioria mas, até mesmo de um interesse individualizado com repercussão geral. Jorge Salomoni notável e saudoso jurista platino, enquanto vivo, caminhava no sentido de buscar uma definição do interesse público como vetor para a prestação dos serviços públicos com base nos direitos humanos, sobretudo em tratados firmados a esse respeito.

Não é dado olvidar que na apreciação da legalidade de um ato administrativo, revela-se imperioso o exame da observância do escopo legal originário. Caio TÁCITO e Rui CIRNE LIMA desenvolveram importante contribuição ao estudo da finalidade pública como parâmetro para a avaliação da legalidade.⁶

⁴. Sobre o papel legitimador do interesse público na Administração Pública: MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: RT, 1992. p. 179-180.

⁵. “O poder público não é um poder irresponsável e arbitrário, ele se vincula e se limita pelos seus próprios atos. Não se pode reservar o privilégio, que se resume na mais cínica das prerrogativas que se arrogava o poder absoluto, de surpreender a boa-fé dos que confiam na sua palavra ou nas suas promessas violando aquela ou anulando essas, depois de haver conseguido, por causa de uma ou de outras, as prestações cuja execução havia sido feita na boa-fé, fundamental não só ao seu comércio jurídico, como à convivência moral, de que a ninguém é lícito retirar a palavra empenhada ou desfazer a promessa mediante a qual obteve vantagem de outrem ou lhe causou ou infligiu sacrifício”. CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, 1958. v. 1. p. 70-71.

⁶. Para Rui CIRNE LIMA, “é o fim e não a vontade que domina todas as formas de administração [...] Preside, destarte, no desenvolvimento da atividade administrativa do Poder Executivo — não o árbitro que se funda na força — mas a necessidade que decorre da natural persecução de um fim”. CIRNE LIMA, Rui.

A expressão poder, estigmatizada durante o período revolucionário, pretendeu-se, portanto, melhor entendida como função, dever, até mesmo como prerrogativa. Caso o Administrador Público utilize sua prerrogativa além dos limites que a lei lhe confere ou pratique desvio da finalidade pública, ter-se-á o abuso de poder por excesso do mesmo ou por desvio de finalidade, respectivamente.⁷

Há que se ter consciência de que todo o exercício de prerrogativa, vale dizer, competência, implica dose de sujeição, de coerção. Contudo, esta não se auto-realiza, configurando antes um instrumento de trabalho adequado à realização das tarefas administrativas através de atendimento às aspirações coletivas. Bem por isso que, antes da Constituição Federal de 1988, percorreu-se longo caminho para a sedimentação da compreensão finalista de Administração Pública: aparelhamento constituído pelo Estado para satisfação do bem comum. “O bem comum não foge ao direito. De certa maneira é condição da justiça, como princípio e fim ao mesmo tempo, justificando, no sistema político, o equilíbrio entre os poderes, e contendo o estado nas suas atividades, em razão da lei e das garantias que ele mesmo assegura”, conforme lição de Manoel de OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO.

O princípio geral que domina toda a atividade estatal, exercida através da Administração Pública, é o bem comum. A Administração Pública – notadamente ao manejar os até então designados “poderes administrativos” - não pode objetivar interesses particulares. A transgressão a esse preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa. Afinal a existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e os encargos sociais. As elevadas e numerosas tarefas administrativas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário.

Princípios de Direito Administrativo. 5ª ed. São Paulo: RT, 1982. p. 21-22. Nesse sentido, também Caio TÁCITO: “a regra de competência não é um cheque em branco”. TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 5.

⁷. Na esteira do magistério jurisprudencial da Suprema Corte, o Ministro Celso de MELLO enfatiza que “O controle jurisdicional dos abusos imputados ao poder político – porque traduz reafirmação da autoridade da Constituição da República – não transgredir o princípio da separação de poderes. Ainda que em seu próprio domínio institucional, nenhum órgão estatal pode, legitimamente, pretender-se superior ou supor-se fora do alcance da autoridade suprema da Constituição Federal e das leis da República. [...] A separação de poderes – consideradas as circunstâncias históricas que justificaram a sua concepção no plano da teoria constitucional – não pode ser jamais invocada como princípio destinado a frustrar a resistência jurídica a qualquer ensaio de opressão estatal ou a inviabilizar a oposição a qualquer tentativa de comprometer, sem justa causa, o exercício do direito de protesto contra abusos que possam ser cometidos pelas instituições do Estado.” Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24458-DF. Julgamento: 18 de fevereiro de 2003. Diário de Justiça da União 21.2.2003. Informativo n. 298 do Supremo Tribunal Federal.

Defeso, portanto, tratamento privilegiado ou discriminatório aos destinatários dos atos da Administração.

Juarez FREITAS já defendia, logo após a promulgação da Carta, um redesenho do Estado brasileiro, “mais por força dos imperativos da realidade do que por motivações de cunho ideológico”. Sustenta o prestigiado autor que a Administração Pública deve ser inserida nesta reengenharia já que “profundas imposições de realidades cambiantes” estão a exigir uma era nova também para a Administração Pública⁸.

Exatamente nesta perspectiva é imperioso revisitar as emanções do cognominado Poder Disciplinar e o instrumento que lhe oferece ensejo, o Processo Administrativo Disciplinar. Para tanto, dentre tantos textos que tratam do Regime Disciplinar do Servidor Público parece apropriado utilizar como referencial a Lei nº 8.112/90, não perdendo de vista a edição, no plano federal, da Lei nº 9.784/99. A opção em utilizar a Lei nº 8.112/90. Partindo do pressuposto que os princípios constitucionais para serem compreendidos em sua dimensão prática necessitam do confronto com o sistema legal que os concretizam, a escolha da legislação não implica restrição ao âmbito dos servidores federais, ao contrário, revela grande interesse prático uma vez que a lei permanece em vigor, excepcionadas as partes que porventura tenham sido alteradas por Emenda Constitucional.

Se um dos pilares do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo, com a Constituição de 1988 restou identificada a presença de um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, caput). Ao lado desses princípios figuram outros – de modo explícito - não menos significativos: da presunção de inocência (art. 5º inciso LVII), do juiz natural (art. 5º inciso LIII)⁹, do devido processo legal (art. 5º inciso LIV), do contraditório e da ampla

⁸ FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. Págs. 34 e 35. Uma nova “era” a ser marcada, sobretudo, pelo que Norberto BOBBIO chama de “era dos direitos”, no sentido de um “Estado dos cidadãos” que privilegia o indivíduo “sujeito de direitos” e não mais como “objeto do poder”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 57-59.

⁹ Este princípio determina, no caso do processo administrativo a anterioridade da indicação do julgador (Comissão+autoridade). A Comissão de Processo Disciplinar geralmente só é indicada após a ocorrência do ilícito administrativo. As modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele inserem a proibição de subtração do julgador constitucionalmente e legalmente competente. Desse modo, na matéria processual em geral, a garantia desdobra-se em três constatações:

I. Só são órgãos jurisdicionais os instituídos pelo Ordenamento Jurídico positivo;

defesa (art. 5º inciso LV)¹⁰. Implicitamente extraem-se da Constituição os princípios da prescritibilidade, da lealdade e da boa-fé, da segurança das relações jurídicas, da razoabilidade e da proporcionalidade, entre outros.

A supremacia da Constituição, sobre todas as normas, impõe que o processo de produção legislativa e interpretação do Direito Administrativo seja levado a cabo conforme aqueles princípios constitucionais.

Já há algum tempo, abandonou-se a idéia de que as garantias fundamentais consagradoras da igualdade e do respeito à pessoa humana, encerram concepções abstratas de conteúdo programático, à exemplo de um manual de aspirações ou mesmo de um protocolo de intenções.

A interpretação das leis brasileiras, não pode descurar de submeter-se ao vetor de nossa ordem constitucional (dignidade da pessoa humana) e nem à existência de um núcleo mínimo processual dele emanado, que se revela na plena submissão, às garantias da prescritibilidade, da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos inerentes.

Afirme-se, desde logo, que as eventuais discrepâncias de qualquer norma, com os princípios explícitos e implícitos da Carta poderão ser resolvidas através de uma interpretação conforme a Constituição.

A interpretação conforme a Constituição, sustentam Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, está no processo de constitucionalidade das leis. O processo de constitucionalidade das leis significa, para

II. Ninguém pode ser julgado por Órgão instituído após a ocorrência do fato. Pela exigência da identidade física do julgador é exigência natural que os integrantes da Comissão devam ser os mesmos, do começo ao fim do processo, repugnando a prática de sucessivas substituições.

III. Entre os julgadores pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja (as modificações de competência devem ser contidas em normas regularmente promulgadas).

¹⁰ Foram elevados pela Constituição de 1988, em relação aos procedimentos administrativos, à dignidade constitucional. Defesa técnica (através de advogado regularmente constituído) e auto-defesa (interrogatório do indiciado e possibilidade deste presenciar todos os atos instrutórios). O contraditório é garantido por dois elementos: 1. a informação; 2. A possibilidade de reação. Na sindicância administrativa, como visto, que deveria revestir-se de caráter meramente investigatório pela leis administrativas, não há contraditório e nem possibilidade de defesa, mas poderá haver acusação e aplicação de sanção. Inconstitucionalidade.

estes autores, que antes de uma lei ser declarada inconstitucional, o juiz tem o dever de buscar, em via interpretativa, uma concordância de ditas leis com a Constituição ¹¹. .

Sob a influência dessas idéias o assunto deve ser tratado.

A doutrina costuma utilizar a expressão processo administrativo disciplinar para designar o processo administrativo punitivo ou sancionador (para aplicação de sanções administrativas) interno (dirigido aos servidores públicos).¹² Embora a noção corresponda ao sentido estrito (dada a abrangência para os demais agentes públicos), será aquela utilizada para o enfoque da competência disciplinar.

Nestes termos, o artigo 148, da Lei 8112/90 em consonância com a Constituição, estabelece que o processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar a responsabilidade (administrativa) de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as prerrogativas do cargo em que se encontre investido. Com efeito, pelo exercício irregular de suas funções, descumprimento dos deveres e inobservância às proibições, o servidor responde administrativa, penal e civilmente.

A responsabilidade administrativa decorre da prática pelo servidor de atos considerados irregulares no desempenho do cargo ou função, por ação ou por omissão. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor nesta qualidade. A responsabilidade civil, por sua vez, resulta de procedimento culposo ou doloso que importe prejuízo da Fazenda Pública ou de terceiros, perquirida em ação regressiva. As cominações administrativas, penais e civis, ainda que independentes, são cumulativas. Muito embora vigore a independência das instâncias, prevalece a regra de que a decisão absolutória proferida na instância penal prepondera sobre as demais instâncias em caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou a sua autoria. (artigo 126, da Lei 8112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União) e artigo 935, do Código Civil). Este tema, conforme será explicitado adiante, desafia reflexões e está a propor significativas alterações na tratativa costumeira.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo:RT 1990. pág.139.

¹²GRINOVER, Do Direito..., op. cit., p. 12. MEDAUER, **A Processualidade...**, op. cit., p. 132.

Do que já se expôs, tem-se que o processo administrativo disciplinar (i) constitui-se em garantia constitucional dos servidores públicos, com as decorrências já salientadas de vinculação do legislador, do aplicador e do intérprete à Constituição; (ii) é uma garantia de meio e de resultados uma vez que somente se pode falar em processo quando haja contraditório e ampla defesa com os recursos e meios inerentes; (iii) haverá o processo, tal qual conceituado, sempre que no exercício da competência disciplinar a Administração litigue ou acuse um servidor público (sentido amplo) da prática de um ilícito administrativo; (iv) o litigante ou o acusado detém a posição de sujeito no processo; (v) tratando-se de acusados em geral, abrange servidores públicos estáveis e não estáveis (qualquer acusado) independente da gravidade da sanção (qualquer acusação).

Em um sentido negativo, haverá procedimento e não processo (i) quando a Administração procede à apuração de fatos sem levar à aplicação de pena de qualquer espécie, (ii) quando nesta investigação não ocorra conflito de interesses, ensejando o surgimento de um litigante contraposto à Administração Pública.¹³

Diga-se, por oportuno, que a legislação sobre ilícito administrativo não foge à concepção de uma legalidade elástica. Os diversos Estatutos de Servidores Públicos apresentam um rol de condutas tipificadas como ilícitas a partir de conceitos genéricos. Nesse sentido, cabe citar alguns dispositivos da Lei 8112/90, a saber: como “insubordinação grave ao serviço” (artigo 132, inc. VI); “incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição” (artigo 132, inc. V); “corrupção” (artigo 132, inc. XI); dever de “exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo” (artigo 116, inc. I). Como definir escândalo, zelo ou dedicação?

Muitas vezes diante da notória impossibilidade de prever – a norma – uma situação fática concreta e descrever hipotéticas condutas reprováveis, vale lançar mão da teoria da adequabilidade normativa tão bem defendida por Klaus Günther.¹⁴

A abertura legislativa está presente não somente na definição da conduta ilícita, mas também na aplicação da sanção, como exemplifica o artigo 128 - “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias

¹³ v.g., a sindicância.

¹⁴ De consulta obrigatória a obra produzida por Flávio Henrique Unes Pereira “Sanções Disciplinares – ao alcance do controle jurisdicional”, Fórum, Belo Horizonte, 2007. Klaus Günther, Teoria da Argumentação no Direito e na mora: justificação e aplicação” Landy, São Paulo, 2004.

agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”; o artigo 130, parágrafo 2º - quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço. Como ponderar os elementos natureza/gravidade/dano/agravantes/ atenuantes/antecedentes funcionais? Como identificar o que seja conveniência ou inconveniência?

Destarte, diante da abertura legal, o processo administrativo disciplinar representa a garantia para a sociedade de que a competência disciplinar será exercida de modo responsável e coerente. O processo administrativo disciplinar é o instrumento vocacionado para atenuar a outra face do princípio da legalidade.¹⁵ A Constituição de 1988 não é compatível com afirmações do tipo “no Direito Administrativo Disciplinar admite-se a atipicidade da infração e a ampla discricionariedade na aplicação da sanção, que é renunciável pela Administração, possibilidades inconcebíveis em Direito Penal.”¹⁶

Não basta a regulamentação pela lei do processo administrativo disciplinar. Trata-se de garantia de meios e de resultados, como salientado preteritamente. O instrumento processual deve ser interpretado de modo a realçar a sua potencialidade de enquadrar a discricionariedade nos devidos termos.¹⁷ Qualquer escolha deixada ao administrador deve ser passível de verificação já que, concordando-se com CANOTILHO, discricionariedade não é escolha entre pressupostos de fato. Constatados os elementos para a aplicação da pena, através do processo administrativo disciplinar, não há escolha entre aplicá-la ou não.¹⁸

¹⁵Nesse sentido, GRINOVER já afirmava em 1980: “Apesar da atipicidade do ilícito administrativo, reconhece-se, por isso, a exigência de ser este capitulado, de forma a possibilitar ao acusado o exercício efetivo de sua defesa.” GRINOVER, Ada Pellegrini. O Princípio da Ampla Defesa..., op. cit., p. 17.

¹⁶GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Administração Pública, Função Pública e Direito Administrativo Disciplinar. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 19, p. 81, dez. 81/dez. 82.

¹⁷Cite-se trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Administrativo. Ato disciplinar. Motivo. Aferição pelo Judiciário. Estabilidade. Servidor. CF/69, art. 100. Exoneração. Falta de motivação. I - O Judiciário pode e deve examinar o motivo ou mérito do ato administrativo, no que não for extrinsecamente discricionário. II - Comprovado às escancaras o estado de doença prolongada que acometeu o servidor, não poderia a Administração, a seu nutum, desconsiderar os motivos que o impediram de comparecer ao serviço, sem processo administrativo a lhe garantir ampla defesa, exonerá-lo mesmo porque estável [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº866/SP. Relator: Ministro Geraldo Sobral. 1ª Turma. 17 jun. 1991. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 9973, 5 ago. 1991.

¹⁸Refuta-se, por incompatível com a nova ordem constitucional, a afirmação de Eduardo LOBO BOTELHO GUALAZZI segundo a qual “a aplicabilidade de penas disciplinares, *in concreto*, é facultativa, para o Estado, em vista de interesse público relevante ou de conveniência de serviço.” GUALAZZI,

A imposição constitucional de atuação processualizada para o exercício da competência disciplinar põe em cheque a concepção de aplicação da lei como instrumento autômato e mecânico. A dimensão do princípio da legalidade, em sede de exercício de competência disciplinar, não pode ser mensurada sem a consideração do processo administrativo disciplinar.¹⁹ A legalidade processual auxilia no fornecimento de limites e de medida à discricionariedade.

Títulos que, pela abrangência têm ocupado o tempo e o raciocínio dos mais conceituados tratadistas do Direito Público, a Sindicância (cunho investigatório)²⁰ e o Processo Administrativo Disciplinar²¹ continuam a gerar controvérsias e a requerer melhor atenção não só do legislador, mas também da doutrina e da jurisprudência em nosso País. A vertente processual penal considera o inquérito policial um mero procedimento administrativo de colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria, onde não há contraditório.²² À exemplo do que ocorre na sindicância, no Direito Administrativo, não existindo acusação nesta fase, não há, também, defesa.

Administração Pública..., op. cit., p. 84. No sentido de nossa refutação, Geraldo de CAMPOS PACHECO: “O prof. CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, informa (Do poder disciplinar na administração pública, p. 24) que a doutrina diz que a Administração tem a faculdade discricionária de não aplicar a penalidade por motivo de conveniência ou oportunidade, em função do interesse primordial da própria Administração, de superiores razões suas. O Prof. CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR acrescenta (obra citada, p. 25) que é da índole do poder disciplinar - no qual predominam os interesses da Administração - a discricionariedade, precisamente no sentido de que a punição não se reveste daquele caráter de necessidade da repressão penal. Diante das disposições estatutárias, contudo, não podemos aceitar o que proclama a doutrina. Realmente, se o Estatuto estabelece que se deve instaurar processo administrativo disciplinar ou sindicância para apurar ação ou omissão de funcionário público, punível disciplinarmente, é forçoso concluir que a autoridade julgadora não poderá relevar a penalidade. A discricionariedade da autoridade julgadora circunscreve-se, de certo modo, na dosimetria da pena, dentre as estabelecidas pelo Estatuto, conforme já assinalamos.” PACHECO, Geraldo de Campos. Fase Conclusiva do Processo Administrativo Disciplinar. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 18, p. 59-60, jun. 1981.

¹⁹Conforme Lúcia VALLE FIGUEIREDO, “o princípio da legalidade está, pois, atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial e não formal. Em sua faceta substancial - igualdade substancial - não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios.” FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, n. 6, p. 644, set. 1995.

²⁰ Com efeito, ao cabo e ao final caberá à Comissão responder a apenas dois questionamentos: (i) se o fato é irregular ou não; (ii) se há presunção de autoria. Na sindicância, ao contrário do que ocorre no processo administrativo, jamais haverá acusação ou individualização de possível culpado. Os fatos narrados em seu ato inaugural deverão ser investigados sem que seja formulada qualquer acusação. Portanto a sindicância prescinde de apresentação de defesa ou presença de defensor.

²¹ As Comissões de Sindicância e de Processo Administrativo devem ser compostas por servidores que ofereçam presunção de imparcialidade: categoria igual ou superior à do sindicado ou indiciado; não sejam suspeitos ou impedidos por qualquer razão. Exigir-se-ia, também da autoridade julgadora, *mutatis mutandi*, os mesmos requisitos.

²² Muito embora, recente jurisprudência do STJ admita contraditório em inquérito. **HC 69.405-SP**, j. 23.10.2007 (precedentes: HC 36.813-MG, DJ 05.08.2004; HC 44.305-SP, DJ 04.06.2007 e HC 44.165-RS, DJ 23.04.2007).

A natureza da matéria tratada neste trabalho impõe que se dê realce, desde logo, a alguns aspectos da maior relevância jurídica:

1. a aplicação de qualquer penalidade a servidor público, efetivo ou não, deve ser antecedida de processo administrativo disciplinar, asseguradas, além do devido processo legal, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CF). É cediço que outras garantias retratadas pela observância dos princípios explícitos e implícitos que emanam da Carta Constitucional, também devem merecer atenção do aplicador da lei;
2. a demissão de servidor estável só pode ocorrer em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo em que lhe sejam possibilitadas as garantias constitucionais (CF, art. 41, § 1º), sendo certo que ao servidor público, admitido por concurso público, qualquer que seja o regime a que se submeta, também, é possibilitado invocar o elenco de garantias protetivas²³;
3. a inobservância do *due process of law* (processo adequado ao caso) e o cerceamento do direito de defesa geram - pela extrema gravidade de que se reveste esse procedimento ilícito da Administração Pública - a nulidade do ato punitivo;
4. o conjunto principiológico retrata as prerrogativas constitucionais destinadas a resguardar, de um lado, a dignidade do servidor, seja ele detentor ou não, da estabilidade no serviço público, e, de outro, limitar o poder conferido ao Estado na imposição de sanções administrativas, notadamente as de natureza expulsiva;
5. a Administração Pública no exercício de seu poder disciplinar, não tem o direito de, legitimamente, impor sanções punitivas aos agentes públicos, sem propiciar-lhes, primeiramente, a possibilidade de audiência sobre a imputação que lhes é feita (*nemo inauditus damnari debet*) e, segundo, o ensejo de participação crítica e ativa no procedimento probatório. A defesa técnica, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988 e o núcleo processual comum que implementou, torna-se obrigatório componente da ampla defesa com os meios e recursos inerentes (art. 5º LV da CF). Só aquele que efetivamente conhece o processo em sua complexidade (prescrição, juiz natural, devido

²³ **STF Súmula nº 20** - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 39.* Processo Administrativo - Ampla Defesa - Demissão de Funcionário Admitido por Concurso - **É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.**

processo legal, contraditório e ampla defesa) – o advogado - haverá de desempenhar um trabalho que homenageie os direitos fundamentais.

Costuma-se afirmar, invocando HELY LOPES MEIRELLES, que o processo administrativo disciplinar deve primar pelo informalismo. Com o devido respeito às respeitáveis opiniões que acolhem esse modo de pensar, dá-se exatamente o contrário. Com toda a certeza, os adeptos da informalidade ao referirem-se à opinião de HELY, colheram a impressão do prestigiado Mestre, antes do advento da Constituição Federal, pois sob a égide do atual ordenamento - art. 5º, inciso LV - não é admissível a afirmação de informalismo em nenhum ato da Administração Pública, mormente naqueles que ostentem cunho punitivo.

CELSO RIBEIRO BASTOS é incisivo quando afirma "(...) nada obstante o fato de o procedimento administrativo disciplinar não ser guiado nos seus atos da mesma forma que o é o processo penal, algumas fases, contudo, são inafastáveis. Por exemplo, a ciência inicial da imputação ao acusado, a sua audiência e a produção de provas e contra provas, dentre outras." ²⁴

Em se tratando de processo administrativo, inafastável, pois, em qualquer circunstância, a observância do princípio do devido processo legal. O universo do devido processo legal não se exaure na fiel observância da norma de regência. Antes e acima de tudo, revela-se o processo adequado ao caso que o julgador tem em mãos. Ainda que a lei possa limitar algumas diligências, o julgador, em interpretação conforme a Constituição ²⁵ e, como já foi dito, atento ao princípio da oficialidade, na busca da verdade material, pode ampliar a abrangência da produção probatória.

Exsurge nítido, pois, o dever do Estado de velar pela intangibilidade do direito de defesa, que é inviolável e de observância ampla e inarredável, máxime num processo administrativo, onde se encontra em jogo, para o servidor público estável, a possibilidade de perda do cargo duramente conquistado.

A mais ampla defesa é requisito indispensável para a demissão de servidor estável. Sem ela o ato demissório é nulo, porque em procedimento administrativo destinado a apurar a falta do funcionário e a ensejar a aplicação da pena de demissão, a ampla defesa deve ser-lhe assegurada de modo pleno e integral (v. súmula 20, do STF; RDA 47/108 e 73/136).

²⁴ in "Comentários à Constituição do Brasil, vol.II, págs. 268 e 269 – Saraiva, São Paulo, 1989. (g.n.)

²⁵ O art. 5º, inciso LV da CF, assegura o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

Preocupada, por certo, com as reiteradas agressões aos preceptivos constitucionais assecuratórios do direito de defesa, a nossa Corte Suprema, apoiada em notável voto do eminente Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança nº 20.999 (21.03.1990), teve a oportunidade de decidir:

“A nova Constituição do Brasil institui, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º LV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento-administrativo disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração Pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos”.²⁶

Os argumentos, genericamente enunciados, já seriam suficientes, por si só, para elidir qualquer pretensão punitiva desatenta aos postulados constitucionais. Necessário ressaltar, contudo, não se perdendo de vista a inobservância ao devido processo legal, que o processo pode apresentar vício insanável já a partir do ato instaurador: a ausência de motivo.

Acresça-se às apreensões já manifestadas, o descaso que vêm sendo outorgado a outro postulado: a presunção de inocência. Prescreve a Constituição Federal, no art. 5º, inciso LVII: **ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.**

A presunção de inocência, antes da condenação judicial definitiva, que milita em favor de todos aqueles que sofrem qualquer tipo de imputação, sempre exprimiu uma importante garantia que passou a ser expressamente assegurada na Constituição, não se podendo aceitar que a Administração Pública possa ignorar ou desconhecer este princípio.

²⁶ in Rev. de Direito Administrativo, volume 179/180, 1990, pág.117.

Com efeito, tratando-se da imputação de crime contra a Administração Pública, sem falta residual, somente a sentença penal condenatória é razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado. Neste caso, mesmo estando em curso ação penal, nada autoriza ter-se o servidor como culpado, punindo-se-o, antecipadamente, por um fato pelo qual não foi condenado.

Não se alegue que as idéias antes lançadas estariam a judicializar o processo administrativo, procrastinando ou impedindo a aplicação da necessária sanção. Estamos a cuidar da base antropológica da Constituição: a dignidade da pessoa humana. Trata-se interpretar a lei fundamental sob a consideração e o reconhecimento de um núcleo processual comum, aplicável tanto ao processo judicial (civil e penal) quanto ao processo administrativo. Os fins jamais haverão de justificar os meios.

Como dito, a defesa técnica, notadamente a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e o núcleo processual comum que implementou, tornou-se um obrigatório componente da ampla defesa com os meios e recursos inerentes (art. 5º LV da CF). Não é possível aceitar que um leigo que não conhece o processo em sua complexidade (prescrição, juiz natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa) possa ser incumbido de manejar ingredientes tão complicados de modo a promover um trabalho que seja minimamente eficiente e à altura dos postulados constitucionais. Daí a razão de ser absolutamente incompreensível, o enunciado da Súmula Vinculante nº 05. Sobre constituir um lamentável retrocesso, o STF deitou por terra a súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça que acertadamente e interpretando adequadamente os mandamentos constitucionais transitava em caminho inverso: “É obrigatória a presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Os precedentes invocados para a edição da súmula vinculante (RE 434059 – acórdão não publicado; AI 207197, AgR, DJ de 24/3/98; RE 244027, AgR DJ 28/05/2002; MS 24961, DJ 24/11/2007), com a devida vênia, não parecem ter a força evocativa que se lhes quer imprimir.

Diante do arrazoado antes expendido e em homenagem à dignidade da pessoa humana, base antropológica comum sobre a qual se assentam todos os princípios da Constituição Federal, impõe-se a revogação da Súmula Vinculante nº 05,

pelo que, propõe-se a tomada de medidas conducentes ao alcance deste escopo na forma do art. 3º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamenta o art. 103 A, da Constituição Federal.

É o parecer s.m.j.

Brasília, 7 de junho de 2008.

Romeu Felipe Bacellar Filho

Relator - Conselheiro Federal/PR