Nº 25 – janeiro/fevereiro/março de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O DEVIDO PROCESSO LEGAL MATERIAL, O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A SÚMULA VINCULANTE Nº 05 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cristiana Fortini
Doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo. Procuradora Geral Adjunta de Belo Horizonte. Coordenadora da área de direito administrativo da Escola Superior da OAB/MG. Professora em diversas instituições.

INTRODUÇÃO

O processo administrativo disciplinar costuma ser identificado com o processo administrativo punitivo interno por meio do qual a Administração Pública apura e pune, se for o caso, os comportamentos reprováveis adotados pelos seus servidores.

A despeito da pluralidade normativa a conduzir as relações de cunho estatutário, tendo em vista a capacidade de autogoverno e de auto-administração de cada ente federado, impõe-se a todos a observância das normas constitucionais que regem os processos administrativos e judiciais. Assim, por força do art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República de 1988, a realização do processo administrativo disciplinar deve ser conduzida com o necessário apego a tais balizas, sob pena de padecer de mácula incontornável.

1. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório impõe a participação dos envolvidos no processo administrativo, de modo que a decisão administrativa a ser proferida resulte do confronto dialético, em que os argumentos sejam examinados, mesmo que venham a ser, posterior e motivadamente, refutados pela autoridade competente.

O princípio do contraditório decorre, enfim, do Estado Democrático de Direito, como ensina Marinoni

> (...) O contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação, ou que sabe que todo poder, nas democracias, é legitimado pela participação. (...) Não há dúvida de que a participação encontra o seu pleno desenvolvimento no contraditório, mas esse (...) deve ser entendido como o cruzamento das atividades através das quais cada uma das partes oferece à outra e ao juiz os dados, as idéias e as razões que crê melhor representem os seus próprios interesses e se manifesta acerca dos dados, das idéias e das razões provenientes da outra.[1]

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acentua a necessidade de garantia de efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos.

A propósito do tema, confira-se trecho da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO. SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW". PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO. O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o "due process of law", nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanação da própria garantia constitucional do "due process of law" (CF, art. 5º, LIV) - independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado -, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV), inclusive o direito à prova. Abrangência da cláusula constitucional do "due process of law". (...) Com efeito,

[1] MARINONI, ARENHART, 2007: 23.

não se pode desconhecer que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão ou entidade, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois - cabe enfatizar - o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem conseqüências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV) (...). A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter disciplinar (RDA 97/110 - RDA 114/142 - RDA 118/99 - RTJ 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO _ AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF n 253/2002 - RE 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.): "RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO `DUE PROCESS OF LAW'. - O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina."(RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Isso significa, pois, que assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanação da própria garantia constitucional do "due process of law" (independentemente, portanto, de

haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inclusive o direito à prova), consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV. Vale referir, neste ponto, importante decisão emanada do Plenário do Supremo Tribunal Federal que bem exprime essa concepção da garantia constitucional do "due process of law": "(...) 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...) 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV)."(RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES - grifei). Vê-se, portanto, que o respeito efetivo à garantia constitucional do "due process of law", ainda que se trate de procedimento administrativo (como o instaurado, no caso ora em exame, perante o E. Tribunal de Contas da União), condiciona, de modo estrito, o exercício dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, sob pena de descaracterizar-se, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção do Estado democrático de Direito, a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado, especialmente quando tais deliberações, como parece suceder na espécie, possam comprometer a esfera jurídica do particular. O exame da garantia constitucional do "due process of law" permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser

> processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); e (l) direito à prova. Vê-se, daí, que o direito à prova qualifica-se como prerrogativa jurídica intimamente vinculada ao direito do interessado à observância, pelo Poder Público, da fórmula inerente ao "due process of law" (...)[2]

A partir dos dispositivos constitucionais acima apresentados, conclui-se que o processo e o procedimento administrativo disciplinar constituem garantias constitucionais, as quais vinculam a atuação do legislador, do administrador público e dos membros do Poder Judiciário; mesmo os últimos atuando no exercício da atividade judicante, não lhes sendo autorizado qualquer tipo de ato que possa acarretar mitigação àquilo que o texto constitucional salvaguarda.

Jorge Miranda assinala que “as garantias podem e devem ser olhadas objectivamente como *têtes de chapitre* de grandes ramos do Direito, como o Direito criminal e o Direito processual criminal (há muito) ou (hoje também) o Direito administrativo. Enquanto objecto de preceitos constitucionais, a sua função própria é a de proteção das pessoas e estas podem nelas se firmar para defender a sua personalidade.” [3]

Logo, previsões estatutárias descompassadas dos preceitos constitucionais, seja porque flagrantemente contrárias ao que ali se apresenta, seja porque voltadas a forjar uma aparente observância das garantias constitucionais, mas, sem a necessária devoção ao devido processo legal material, não podem prosperar. No dizer de Eduardo J. Couture, a lei não pode tornar ilusória a concepção constitucional de processo.[4] Também merecerão repulsa, ações administrativas que distem de tal cenário, ou mesmo, decisões judiciais que, de alguma forma, restrinjam, condicionem ou ignorem as citadas garantias.

Importa considerar que a Lei nº 9.784/99, a despeito de regular o processo administrativo na esfera federal, há de ser respeitada pelos demais entes federados, porque os princípios ali alocados derivam do texto constitucional e, logo, não podem sofrer qualquer sorte de desprestígio. Portanto, quando a citada lei estabelece o dever cogente de render loas aos princípios da ampla defesa, da boa-fé, da eficiência, da segurança jurídica, da motivação e do contraditório, outro raciocínio não encontraria respaldo, salvo o de que a previsão legal apenas reforça ditames constitucionais, obrigatórios, pois, em qualquer seara e em qualquer esfera da atividade administrativa.

Por outro lado, a noção de processo remonta a de procedimento, em que o diálogo deve ser implementado, assegurando aos envolvidos o direito de

---

[2]

[3] MIRANDA, Jorge. 1988. Tomo IV, p. 91.

[4] COUTURE, Eduardo. 1993.

apresentar suas razões, seus pontos de vista, suas provas, e de serem ouvidos, efetivamente. Não se trata de assegurar o devido processo legal do ponto de vista formal, mas de observá-lo quanto à sua essência, pelo que caberá à Administração Pública examinar todos os argumentos colacionados pelo servidor a quem se atribui uma falta.

A Constituição da República, ao afirmar a necessidade de ampla defesa, de contraditório e de devido processo legal não está a repetir a si mesma. Ou seja, o direito ao devido processo legal não esvazia ou mitiga o direito à ampla defesa. Ao contrário, para que se confira maior eficácia às normas constitucionais, há de se reconhecer a cada uma delas, e a todas em conjunto, importância, sem que uma norma aniquile as demais ou lhes reduza o destaque.

A garantia do contraditório não reduz a necessidade de ampla defesa, nem afasta a compreensão do que deve ser o devido processo legal. Ao contrário. Trata-se de soma de garantias, que devem coabitar. De nada adiantaria conferir o momento para a defesa se o servidor não consegue produzi-la, por falta de condições. O "devido" processo legal exige atuação adequada. Em termos de processo administrativo, só há devido processo legal se este observa os parâmetros da função administrativa, entre os quais ganham destaque os princípios da publicidade, da moralidade, da proteção à boa-fé e da eficiência, sem embargo de outros. Por outro lado, não será "devido" o processo administrativo em que a Administração Pública proceda de forma oposta ao acima pontuado.

2. O "DEVIDO" PROCESSO "LEGAL"

Também não se pode ignorar que o processo administrativo, além de "devido" deve ser "legal", o que significa que a atuação administrativa não pode se pautar por atos administrativos normativos os quais pretendam inovar a ordem jurídica, para restringir direitos e garantias que esta consolida. Igualmente não haverá espaço para processos administrativos disciplinares pretensamente regulados por atos administrativos normativos e não por lei. O adjetivo "legal" não é mero enfeite. Apenas a lei poderá direcionar as ações administrativas que potencialmente possam afetar o patrimônio jurídico do servidor.

Mas, a necessidade de lei para a regular instauração e o correto desenvolver do processo administrativo disciplinar não autoriza concluir que a referida lei possa, ao estabelecer a forma como se dará o processo, corromper os ditames constitucionais, criando alguma sorte de restrição às garantias ali alocadas. O "legal" não espelha apego ao disposto em lei, mas o apego à ordem jurídica como um todo, ao Direito.

Legal é a conduta cujo fundamento é extraído do ordenamento jurídico. Quando se apura que certo ato, a despeito de não anteriormente fixado em texto legal, ajusta-se ao ordenamento jurídico visto como um todo, a reunir, pois, princípios e leis, inviável deflagrá-lo como inválido. O oposto também merece nota: um ato supostamente legal, porque alicerçado sobre texto de lei, pode ser ofensivo ao princípio da legalidade caso atinja princípio norteador da atividade administrativa. Vale dizer: o princípio da legalidade não

traduz princípio de mera observância da lei. O Direito não se exaure na lei. Esta é apenas um dos elementos da ordem jurídica.

Por isso, violação a um princípio pode corresponder a um dano maior do que a ofensa à lei. Não se trata de aniquilar a importância da lei, mas de valorizar todo o conteúdo normativo. Assim, o princípio da legalidade há de revestir-se de outra roupagem. Estará a respeitar dito princípio a conduta que considerar todo o ordenamento jurídico.

A legalidade não pode ser lida sem o devido zelo pela razoabilidade e pela proporcionalidade. Por isso, a conduta atenderá ao princípio da legalidade quando empreendida de maneira razoável, evitando-se bizarrices e exageros. Atitudes aparentemente respaldadas pela lei podem ofender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, assim, ser inválidas. Atento a isso, o Poder Judiciário fulmina de ilegalidade atos administrativos praticados no âmbito do poder de polícia ou poder disciplinar que, ainda que numa visão simplista encontrem lastro legal, não podem continuar no mundo jurídico porque há um exagero na punição, uma não correspondência entre o ato praticado e a sanção aplicada.

Neste sentido, feliz a dicção da Lei nº 9.784/99, quando em seu art 2º, caput, prevê o atendimento ao princípio da legalidade, impondo a atuação administrativa "conforme a lei e o Direito", bem como quando salienta a importância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (art. 2º caput).

Vê-se, pois, que estamos diante de um novo paradigma acerca da legalidade, que rejeita a o exclusivo cumprimento da letra seca da lei, impondo-se o atendimento a todo o sistema normativo.

Hão de ser disponibilizados ao acusado não apenas o espaço, o momento e a oportunidade de produzir provas a seu favor, mas caberá ao Estado caberá colaborar para que a defesa efetiva ocorra, custeando, se preciso for, a defesa técnica necessária para que a ampla defesa e o devido processo legal se materializem. Ou seja, ao se interpretar a Constituição da República de 1988 e a Lei nº 9.784/99, deve-se proceder de forma a compreender como direito subjetivo público do servidor o direito à ampla defesa, com todos os instrumentos necessários, a provocar o nascimento de uma obrigação pública que deve ser cumprida pelo Estado. Dentro dessa lógica, os meios necessários à existência do devido processo legal material e, por conseqüência, à ampla defesa e ao contraditório, devem ser assegurados.

O direito ao processo justo compreende a igualdade de recursos das partes envolvidas, para que exista equilíbrio entre os sujeitos processuais. A igualdade não apenas formal, mas material, traduz condição básica para o contraditório. Se as armas, os instrumentos são flagrantemente desiguais, o contraditório não passará de expectativa sem qualquer alcance no mundo real.

No processo administrativo, a questão ganha maior realce na medida em que a Administração Pública assuma dupla função. Incorpora a função de parte, bem como exerce o múnus de julgadora, ainda que suas decisões não gozem de caráter definitivo. Assim, se já há inequivocamente uma distinção insuperável entre o servidor e a Administração Pública, em sede de processo administrativo disciplinar, dado o duplo posto por ela assumido,

não seria amoldado à Constituição da República de 1988 que a Administração, na posição de contraditor, de parte, se colocasse uma vez mais em posição privilegiada, ostentando recursos e forças não extensíveis ao servidor.

Não é por outra razão que Romeu Felipe Bacellar Filho afirma que o "equilíbrio do contraditório, no processo administrativo disciplinar, exigirá que o servidor acusado ou litigante possua, no mínimo, instrumentos para contrapor-se à competência da autoridade administrativa prescrita em lei."[5]

Por outro lado, para se defender plenamente, deverá a parte ser assistida por um técnico, podendo produzir provas, fundamentar sua defesa de acordo com a sua convicção, exigindo da parte contrária a demonstração dos fatos e do direito.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O OBSEQUIO AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, MORALIDADE E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO.

À luz do princípio da eficiência, o processo administrativo disciplinar deve atentar para a produção de resultado justo, atento à preocupação com o prolongamento necessário do processo, a partir do emprego de instrumentos úteis. Assim, pode-se afirmar que uma Administração eficiente significa, especificamente no caso dos processos administrativos, a manifestação administrativa a tempo e modo, vale dizer, da forma correta e também no menor prazo possível, sem que a celeridade possa autorizar qualquer sorte de sacrifícios aos direitos e garantias dos envolvidos.

O princípio da eficiência resta violado quando o processo administrativo alonga-se em demasia, bem como na hipótese de sua condução operar-se dissociada das garantias constitucionais, propiciando um resultado que não é o amoldado às circunstâncias do caso concreto. Com efeito, o acusado tem direito fundamental ao processo administrativo sem dilações indevidas, conforme reiteradamente decidido a Corte Constitucional Espanhola. Por todas considere a recente sentença n° 93 de julho de 2008:

> La jurisprudencia de este Tribunal sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha ido estableciendo determinados criterios para poder concretar y objetivar cuándo nos encontramos ante una vulneración del mencionado derecho. Desde una de las primeras Sentencias que abordó esta materia, la STC 5/1985, de 23 de enero, hasta la reciente STC 38/2008, de 25 de febrero, FJ 2, hemos recordado que "el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de determinados criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque tal derecho no se identifica con la duración global de la

[5] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. 2003, p. 242.

> causa, ni aun siquiera con el incumplimiento de los plazos procesales (STC 100/1996, de 11 de junio, FJ 2). Como se dijo en la STC 58/1999, de 12 de abril (FJ 6), el derecho fundamental referido no se puede identificar con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad. En la misma Sentencia y fundamento jurídico indicamos que la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa un proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en 'un tiempo razonable'), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el art. 24.2 CE, afirmamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades.[6]

O princípio da moralidade liga-se à aplicação dos critérios de probidade, decoro e boa-fé, visando conferir validade ao ato emanado da Administração Pública. [7]

A Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, aprovada pela 3ª Seção, assevera que "é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar", razão pela qual deve a parte ser assistida por um técnico.[8]

Neste mesmo sentido, o entendimento recente do STJ, que, ao julgar o MS 12.351, afirmou:

6

7 É certo que, numa mesma sociedade, o que é bom para alguns soa incorreto para outros. Veja-se, por exemplo, a discordância que temas como eutanásia e liberação de consumo de drogas provocam. Por isso, quando se fala em comportamento não apenas legal, mas moral, o dever costuma soar vago, causando alguma sorte de insegurança, como menciona Márcio Cammarosano. CAMMAROSANO, Márcio. 2006.

8 Vale destacar que, para a redação da citada Súmula, os ministros utilizaram como parâmetro os artigos 153, 163 e 164 do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, sendo certo, ainda, que reiteradas jurisprudências daquelas Cortes já vinham se posicionando nesse mesmo sentido. Calha conferir: MS 7.078-DF, publicado no *DJ* 09.12.2003; MS 9.201-DF, publicado no *DJ* 18.10.2004; MS 10.565-DF, publicado no *DJ* 13.03.2006; MS10.837-DF, publicado no *DJ* 13.11.2006.

> Independente da defesa pessoal, é indispensável a atuação de advogado no processo administrativo disciplinar. Logo, não tendo o ora impetrante nomeado advogado para defendê-lo (Súm. n. 343-STJ) caberia à União promover a devida nomeação da defesa dativa para atuar no processo administrativo disciplinar a partir da fase instrutória (inquirição de testemunhas). Assim, a Seção, ao prosseguir o julgamento, concedeu parcialmente a ordem. Precedentes citados: MS 7.078-DF, DJ 9/12/2003; RMS 20.148-PE, DJ 27/3/2006, e MS 10.565-DF, DJ 13/3/2006. MS 12.351-DF, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 10/10/2007.[9]

As decisões que precederam a edição da Súmula denotam o entendimento de que a relação jurídica processual administrativa disciplinar não se forma validamente sem advogado constituído pelo agente público pelo defensor dativo, custeado pelo Estado, sob pena de invalidade. A defesa técnica não traduziria mera faculdade, mas seria uma condição para a regularidade da relação jurídica processual. Trata-se da incorporação, já aclamada pela doutrina, de princípios aplicáveis ao processo penal no processo administrativo.

Efetivamente, as lutas que produziram o atual estágio garantista do processo penal precisam ser travadas no âmbito do processo administrativo, a despeito de estes últimos não afetarem diretamente a liberdade. Em verdade, caso a liberdade fosse o único bem jurídico tutelado, o processo penal admitiria algum tipo de atenuação no que concerne às garantias acauteladoras do acusado, tendo em vista que nem sempre a pena aplicável à conduta tipificada como crime será privativa de liberdade. Ademais, o processo administrativo disciplinar também afeta bens juridicamente tutelados, cuja lesão também merece repulsa. Não há como ignorar que o direito ao trabalho também constitui direito fundamental, intrinsecamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, sobram razões para a reformulação do processo administrativo disciplinar, examinando-o sob o prisma do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, confiram-se os seguintes julgados:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DEFESA TÉCNICA CONSTITUÍDA APENAS NA FASE FINAL DO PROCEDIMENTO. INSTRUÇÃO REALIZADA SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. INEXISTÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INOBSERVADOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO. 1. Apesar de não haver qualquer disposição legal que determine a nomeação de defensor

dativo para o acompanhamento das oitivas de testemunhas e demais diligências, no caso de o acusado não comparecer aos respectivos atos, tampouco seu advogado constituído _ como existe no âmbito do processo penal _, não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica. 2. A constituição de advogado ou de defensor dativo é, também no âmbito do processo disciplinar, elementar à essência da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. 3. O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a oportunização ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas com a efetiva constituição de defensor durante todo o seu desenvolvimento, garantia que não foi devidamente observada pela Autoridade Impetrada, a evidenciar a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Precedentes. 4. Mandado de segurança concedido para declarar a nulidade do processo administrativo desde o início da fase instrutória e, por conseqüência, da penalidade aplicada. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima concedendo a segurança, acompanhando a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Laurita Vaz e os votos dos Srs. Ministros Felix Fischer e Hamilton Carvalhido no mesmo sentido, por maioria, conceder a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator), que denegou a ordem. Votaram com a Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora para acórdão) os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Hamilton Carvalhido. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo Medina e Nilson Naves. Vencido o Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator).[10]

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADE. ART. 125, §4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

[10] MS Nº 10.837/DF, Rel. para o acórdão Min. Laurita Vaz, DJU, 13 nov. 2006.

CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO OU DEFENSOR DATIVO. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I - O art. 125, §4º da Constituição Federal é claro ao definir que somente nos casos de crimes militares a competência para decidir sobre a perda do cargo é do Tribunal de Justiça Estadual ou do Tribunal de Justiça Militar. Tratando-se de infração disciplinar apurada em Procedimento Administrativo, a competência para o ato de exclusão é da própria Administração. Precedentes. II - O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, igualmente incidentes na esfera administrativa, têm por escopo propiciar ao servidor oportunidade de oferecer resistência aos fatos que lhe são imputados, sendo obrigatória a presença de advogado constituído ou defensor dativo. Precedentes. III - Não havendo a observância dos ditames previstos resta configurado o desrespeito aos princípios do devido processo legal, não havendo como subsistir a punição aplicada. IV - A declaração da nulidade de parte do procedimento não obsta que a Administração Pública, após o novo término do processo administrativo disciplinar, aplique a penalidade adequada à eventual infração cometida. V - Recurso conhecido e parcialmente provido para reformar o acórdão a quo, declarando-se a nulidade do processo administrativo, com a conseqüente anulação do ato que impôs a pena ao militar. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.[11]

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DEFESA POR ADVOGADO E DEFENSOR DATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. I - "A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas também os acusados em geral" (Precedentes). II - Independentemente de defesa pessoal,

[11] MS nº 20.148/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 27 mar. 2006.

> é indispensável a nomeação de defensor dativo, em respeito à ampla defesa. III - Ordem concedida. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.Votaram com o Relator os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa, Arnaldo Esteves Lima e Nilson Naves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.[12]

4. A INDISPENSABILIDADE DE ADVOGADO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

Os processos administrativos disciplinares, realizados e ultimados sem que se confira ao agente público acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa, em especial, a defesa técnica, por meio de advogado regulamente constituído ou por intermédio de advogado dativo, violam os princípios jurídicos do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e também ofendem o princípio da eficiência e da moralidade administrativas.

Logo, deve-se entender que os processos administrativos disciplinares iniciados, desenvolvidos e concluídos sem a presença de defesa técnica por advogado - indicado pelo agente público processado ou dativo estão maculados, quer sob o prisma do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como do comando normativo que prevê a indispensabilidade do advogado na administração da justiça (CR/88, arts. 5º, LIV, LV e 133), sem embargo da lesão aos princípios da eficiência, moralidade e indisponibilidade do interesse público.

5. A SÚMULA VINCULANTE Nº 05 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Todavia, recentemente, o STF publicou a Súmula Vinculante nº 05, cuja redação tem o seguinte teor: "Súmula vinculante nº 5 _ A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição."

O Supremo Tribunal Federal afirmou que o direito de defesa não se limita à participação no processo, ressaltando o direito de manifestação (a exigir que o órgão julgador informe à parte contrária a respeito dos atos praticados no processo e de seu conteúdo; o direito de informação sobre o objeto do processo; e o direito de ver os seus argumentos examinados, acolhidos ou rejeitados, pelo órgão julgador.

O Supremo Tribunal Federal também destacou os dispositivos da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e que acentua a necessidade de se garantir a ampla defesa e o contraditório.

[12] MS nº 10.565/DF, Rel. Min. Felix Fischer, DJU, 13 mar. 2006

Não obstante aludir às garantias constitucionais e legais, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo não importa nulidade do processo administrativo disciplinar.

Não há como desconhecer que a Administração Pública não atua de forma eqüidistante, em sede de processo administrativo disciplinar, visto que exerce dupla posição, além de ser destinatária de prerrogativas que a colocam em situação privilegiada. A inexistência da defesa técnica poderá dar ensejo a decisões que emergem não pelo diálogo real, mas pela ausência de um confronto efetivo entre as versões e argumentos colacionados aos autos pelas partes.

O entendimento exposto na Súmula Vinculante nº5 não apenas representa um retrocesso no processo de lutas e conquistas a favor do cidadão e do servidor, como destoa do princípio da eficiência, cuja aplicação no processo administrativo disciplinar clamará pela busca da solução ótima, resultado de ponderações e diálogos que só se fazem presentes quando as partes estão minimamente niveladas, usufruindo de instrumentos/armas similares. A presença do advogado proporcionará a defesa real do acusado e contribuirá para a construção do entendimento correto sobre o caso, salvaguardando, em última análise, o interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresenta-se urgente e fundamental repensar o processo administrativo, colocando-o nos novos rumos inerentes ao Estado Democrático de Direito para que, então, este possa se constituir em instrumento de justiça, valor fundamental que deve alicerçar toda a ordem jurídica da sociedade.

De fato, o processo administrativo precisa ser reconhecido como mecanismo de atuação do Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, *caput*), o que pressupõe a observância do princípio do devido processo legal sob o prisma formal e material.

Impensável supor a presença de ampla defesa e do contraditório sem que o acusado esteja a usufruir de uma posição minimamente confortável no conflito com a Administração Pública. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que de resto está a receber novo tratamento pela doutrina, não legitima o aniquilamento do direito constitucionalmente assegurado ao acusado.

Por outro lado, se o processo administrativo disciplinar é instaurado para que o interesse público na apuração dos fatos e eventual punição dos culpados sejam materializados, apenas com sua correta condução se alcançará o resultado desejado. Não se pode perder de vista que o administrador público não pode desejar qualquer resultado. Suas ações devem ser preordenadas para se atingir o resultado ótimo, em respeito ao princípio da eficiência, o que justifica a adoção de toda a sorte de cautelas para que a punição porventura imposta traduza a verdade real dos fatos.

Ademais, a salvaguarda dos princípios constitucionais do devido processo legal administrativo, do contraditório e da ampla defesa não pode

desprezar a indispensável defesa técnica, por meio de advogado (constituído ou dativo), independente de previsão estatutária a assim disciplinar.

A Súmula vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar a desnecessidade da defesa técnica como condição de validade do processo administrativo disciplinar, ignora que o Estado Democrático de Direito exige a efetiva e concreta participação do cidadão na formulação das decisões administrativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales; tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo Administrativo Disciplinar, 2ª. Edição. São Paulo: Max Limonad,, 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Súmula vinculante nº 5.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa.* Belo Horizonte: Fórum. 2006.

COUTURE, Eduardo . *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

DE MELLO, Rafael Munhoz. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei 9784/99. A & C, ano 3, nº 11, jan/fev. 2003.

FREITAS, Juarez. As leis de Processo Administrativo. coordenada por Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Munoz, 1ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000.
GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n.143, julho-set.,1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil vol. 1.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1988. Tomo IV.

MOREIRA, Egon Bockermann. Processo Administrativo- princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/99. 3ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e. Processo administrativo como mecanismo pelo qual se efetiva a cidadania. In: Revista Fórum Administrativo-Direito Público-, Belo Horizonte: Revista Forum, ano 6, p. 8092-8094, nov. 2006.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FORTINI, Cristiana. Processo administrativo disciplinar no estado democrático de direito: o devido processo legal material, o princípio da eficiência e a súmula vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, janeiro/fevereiro/março de 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-25-MARCO-2011-CRISTIANA-FORTINI.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: