



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos de Graduação

O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar

The constitutional principle of contradictory and defense in administrative disciplinary process

Joneval Junio Chaveiro

Resumo: O presente trabalho consiste em estudo sobre a incidência dos princípios constitucionais processuais – devido processo legal, contraditório e ampla defesa – sustentando que estes, não se limitam aos processos judiciais, devendo-se estender à esfera dos processos administrativos por imposição da constituição, com intuito de verificar se os mencionados princípios constitucionais são observados pela Administração Pública na condução do processo administrativo disciplinar.

Palavras-chave: Processo administrativo; princípio; constituição.

Abstract: This article is a study on the incidence of procedural constitutional principles - due process, contradictory and full defense - arguing that these are not limited to judicial proceedings and that they should be extended to the sphere of administrative enforcement by the constitution, in order to verify whether those Constitutional principles are observed by the public in the conduct of administrative disciplinary proceedings.

Keywords: Administrative process; principle; constitution.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2n1p411-440>

Artigo submetido em: novembro de 2014 **Aprovado em:** dezembro de 2014

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Joneval Junio CHAVEIRO*

Sumário: 1 Introdução; 2 A Constituição, o princípio do contraditório e da ampla defesa; 3 Princípio do contraditório no processo administrativo disciplinar; 3.1 Fase de constituição; 3.1.1 Motivação suficiente do ato de instauração do processo administrativo disciplinar; 3.1.2 Citação oportuna; 3.1.3 Citação adequada; 3.2 Fase de instrução; 3.2.1 Fase probatória; 3.2.2 Fase de defesa; 3.2.3 Fase do relatório ou das alegações finais; 3.3 Fase de julgamento; 3.3.1 Garantias para o controle da realização da finalidade do contraditório; 3.3.2 Direito de audiência do servidor acusado: garantia inerente à ampla defesa inserida no julgamento contraditório; 4 Princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar; 4.1 Compreensão do princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar; 4.2 O dever de individualização das condutas no ato de instauração do processo; 4.3 Ampla defesa: direito à autodefesa e à defesa técnica; 4.4 Defesa técnica como exigência da ampla defesa; 4.5 Direito à prova: meio inerente à ampla defesa; 4.6 Direito de petição como recurso inerente à ampla defesa e a reformatio in pejus; 5 Considerações finais; 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O estudo do Direito Processual deve ser feito à luz do *neoconstitucionalismo*, que parte da premissa de que a Constituição e, também, os princípios fundamentais têm força normativa.

Observa-se que a nossa Constituição não faz distinção entre processo judicial e administrativo e assegura aos litigantes e aos acusados em geral, tanto nos processos judiciais como nos administrativos, a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais têm sua gênese no princípio do devido processo legal ou *due process of law*.

Estando constitucionalmente equiparados os processos judiciais e os administrativos, os princípios constitucionais a serem aplicados são os mesmos para ambos. Assim, todos os princípios do devido processo legal aplicam-se indistintamente ao processo judicial e ao processo administrativo disciplinar, não podendo o intérprete distinguir aquilo que o texto constitucional não distinguiu.

A partir dessa perspectiva, este artigo tem por objetivo elucidar se os princípios do contraditório e da ampla defesa são observados pela Administração Pública na condução do processo administrativo disciplinar, consoante preceitua o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

* Graduando em Direito pelo Instituto Aphoniano de Ensino Superior (IAESUP).

O problema consiste em saber se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa são observados pela Administração Pública na condução do processo administrativo disciplinar e se a falta de defesa técnica por advogado viola o princípio da ampla defesa.

Com o escopo de responder às perguntas supracitadas elaborou-se a seguinte hipótese:

A Constituição da República de 1988 garante que não se priva ninguém da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e, ainda, que todos os litigantes em processo judicial ou administrativo e os acusados em geral têm assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes e a falta de defesa técnica por advogado, no âmbito do processo administrativo disciplinar, viola o princípio da ampla defesa.

Os princípios constitucionais são alicerces de um ordenamento jurídico que, em face da sua alta abstração e de veicularem valores, permeiam todo o sistema. A Constituição Federal de 1988, contrariamente às anteriores, prevê, de forma expressa, o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, inovando o ordenamento jurídico. Assim, não resta dúvida sobre a aplicação dos princípios nos processos administrativos em sentido amplo e, especificamente, no administrativo disciplinar.

No que concerne à metodologia empregada neste artigo, procurou-se utilizar a análise bibliográfica da escassa doutrina referente ao assunto, o confronto entre a Constituição, a Lei Federal nº 8.112/90 e a Lei nº 9.784/99.

2 A Constituição, o princípio do contraditório e da ampla defesa

A Constituição Federal de 1988 traz de forma expressa o princípio do devido processo legal, ao dispor, em seu artigo 5º, inciso LIV, que: “(...) *ninguém será privado da liberdade de seus bens sem o devido processo legal*”. E estende ao processo administrativo o princípio da ampla defesa, ao estabelecer em seu artigo 5º, inciso LV, que: “(...) *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Inovou, ainda, ao criar, no plano constitucional, em seu artigo 37, os princípios norteadores da Administração Pública: “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)*”.

Segundo essa acepção, a Administração Pública deve pautar sua atuação dentro dos princípios constitucionais supracitados e, em especial, no princípio da legalidade, o que lhe impõe, na relação jurídica administrativa com os administrados e com seus servidores, a fiel observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Efetivamente, a promulgação da Constituição Federal de 1988 deu-se dentro de um enredo histórico marcado pela passagem de um regime autoritário para um regime democrático. Justificando a opção dos Constituintes em deixar delimitados os poderes e os deveres do Estado brasileiro, impondo-lhe os limites a serem observados, no que tange à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Em meio ao rol de garantias asseguradas aos cidadãos, há que se enfatizar o princípio do devido processo legal, inserido no artigo 5º, inciso, LIV, que tem como corolários o direito ao contraditório e à ampla defesa.

A expressão devido processo legal é muito abrangente e de difícil conceituação. Para Ferreira (1989, p. 175-176), pode-se dizer que significa o direito ao regular curso de administração da justiça pelos juízes e tribunais, enfatizando a ideia constitucional do devido processo legal que abrange de forma compreensiva o direito à citação, pois ninguém pode ser acusado sem ter conhecimento da acusação, o direito de arrolamento de testemunhas, que deverão ser intimadas para comparecer perante a justiça, o direito ao procedimento contraditório, o direito de não ser processado por leis *“ex post factos”*, o direito de igualdade com a acusação, o direito de ser julgado mediante provas e evidência legal e legitimamente obtida, o direito ao juiz natural, o privilégio contra a auto-incriminação, a indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada, o direito aos recursos, o direito à decisão com eficácia de coisa julgada.

Sob a perspectiva de Moraes (2011, p. 255-256), o devido processo legal atua tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa - direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal - configurando como o próprio autor define como “dupla proteção ao indivíduo”.

As relações estabelecidas pelo Estado devem ser participativas e igualitárias, pois conforme nos ensina Slaibi Filho (2009, p. 397-398), o processo de tomada de decisão pelo Poder Público não poderá ser um procedimento absurdo, mas um meio de afirmação da própria legitimidade e de afirmação perante o indivíduo.

A atividade estatal, judicial ou administrativa, está vinculada ao sistema controversial que se implanta pela adoção constitucional do devido processo legal, no qual algum ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas previstas em lei e, ainda, qualquer restrição à liberdade e aos bens só pode ser feita atendendo a alguns procedimentos cujo conjunto é que se denomina o devido processo de lei.

O devido processo legal tem como consequência os princípios que regem o processo: o juízo natural, a isonomia das partes, o contraditório, a ampla defesa, a garantia da assistência judiciária, a publicidade e a imparcialidade dos julgamentos.

De tal forma, verifica-se que a exigência de um processo regular, consubstanciado nos ditames do devido processo legal, atendido os princípios do contraditório e da ampla defesa, constitui segurança para o administrado defender-se de eventuais excessos praticados pelo Estado. Nesse sentido, Nohara e Marrara (2009, p. 60) nos ensina que a ampla defesa e o contraditório no âmbito administrativo são, em verdade, limitações ao poder da Administração projetar-se sobre a liberdade e o patrimônio do particular unilateralmente, sem dar-lhe oportunidade de reagir e provar em âmbito administrativo que as medidas tomadas são inadequadas [...].

Na esfera da legislação infraconstitucional, o contraditório e a ampla defesa vêm disciplinados na Lei que regula o processo administrativo federal; na Lei de Licitação e Contratos da Administração Pública; no Decreto que dispõe sobre o processo administrativo fiscal; no Regime Jurídico Único dos Servidores da União, das autarquias e das fundações públicas federais, dentre outros diplomas legais.

A doutrina, em geral, trata o contraditório e a ampla defesa conjuntamente. Pode-se dizer que o contraditório está contido na ampla defesa e esta assegura o contraditório. Bastos (2010, p. 387-388) diz que por ampla defesa deve-se entender que seja dado ao réu as condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade e é por isso que ela assume múltiplas direções, seja traduzindo na inquirição de testemunhas, ou na designação de um defensor dativo, não importando em um primeiro momento as diversas modalidades. O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa, com esta quase se confunde integralmente, sendo que uma defesa não pode ser senão contraditória, o que leva a entender o contraditório 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. A todo ato produzido caberá desse modo a exteriorização da própria defesa.

Neste sentido, Gasparini (2012, p. 1106) entende que a ampla defesa firma-se em reconhecer direitos inerentes ao acusado, quais sejam eles: de saber que está e por que está sendo processado; de ter vista do processo administrativo disciplinar para

apresentação de sua defesa preliminar; de indicar e produzir as provas que entender necessárias à sua defesa; de ter advogado quando for economicamente insuficiente; de conhecer com antecedência a realização de diligências e atos instrutórios para acompanhá-los; de perguntar e reperguntar; de oferecer a defesa final; de recorrer, para que prove sua inocência ou diminua o impacto e os efeitos da acusação.

De acordo com Nohara e Marrara (2009, p. 64), a ampla defesa é “noção mais abrangente do que contraditório”, haja vista que o contraditório consiste num dos principais instrumentos de garantia à ampla defesa, a qual, por sua vez, exige a observância obrigatória de etapas que assegurem a configuração de um devido processo.

Em conformidade ao direito de defesa, é entendido que a validade do ato administrativo decorrente do poder de polícia, do poder disciplinar ou do poder de autotutela está sob condição à obediência dos mencionados princípios constitucionais.

A Constituição Federal consagrou o processo administrativo, ao dispor sobre o contraditório e a ampla defesa, ao determinar a obrigatoriedade da licitação pública, e, por fim, ao disciplinar as hipóteses de demissão do servidor público estável.

Ademais, nos ensinamentos de Dallari e Ferraz (2007, p. 25), o processo administrativo é um instrumento de garantia dos administrados em face de outros administrados e, sobretudo, da própria Administração.

Nesta linha Carvalho Filho (2012, p. 958) conceitua processo administrativo “como a relação jurídica integrada por algumas pessoas, que nela exercem várias atividades direcionadas para determinado fim”.

Ainda a despeito do conceito de processo administrativo, Egon Bockmann Moreira (2007, p. 60) diz que é “relação jurídica dinâmica, coordenada por normas que estabelecem vínculo de segundo grau entre os sujeitos que dela participam.”

A Constituição, em seu artigo 5º, inciso LV, ao tratar do contraditório e da ampla defesa, a expressão *processo administrativo se apresenta em seu sentido amplo*. De fato, o processo administrativo apresenta diversos tipos, dentre os quais o processo administrativo disciplinar.

As garantias constitucionais apresentam dupla funcionalidade. Atuando subjetivamente na tutela de direitos dos administrados, comportam-se como “garantia dos administrados”; e, objetivamente, ao prevenir e remediar violações do direito objetivo vigente, como “garantias da legalidade”.

Processo administrativo possibilita a regulação do exercício da competência e age como instrumento de proteção do indivíduo perante a ação daquela competência. Na

ação entre administração e cidadãos, técnicas processuais tutelam competências para aquela e direitos e liberdades para estes. O processo administrativo, mesmo antes da Constituição de 1988, era compreendido como garantia jurídica, e agora constitui garantia constitucional. Nos dizeres de Eduardo J. Couture (1993, p. 148), a lei não pode tornar ilusória a concepção constitucional de processo.

3 Princípio do contraditório no processo administrativo disciplinar

Vale considerar, desde logo, os ensinamentos de Irene Patrícia Nohara (2009, p. 63) sobre o processo administrativo disciplinar, afirmando que se trata de meio de apuração de ilícito administrativo, o qual é obrigatório na aplicação de penalidades que impliquem a perda do cargo de funcionário estável.

O devido processo legal é considerado como princípio fonte de todos os demais princípios processuais constitucionais. A instrução contraditória e o direito à ampla defesa com os recursos e meios inerentes resultam da concretização do princípio do devido processo legal. Ademais, na esfera administrativa o devido processo também se realiza nos termos do art. 5º, inc. LIV, CF/88, através da garantia do contraditório e ampla defesa aos litigantes e acusados em geral, de forma que a aplicação de sanções administrativas deve ser antecedida de procedimento em que se assegure a oportunidade para manifestação do interessado e para produção de provas por ele requeridas, bem como direito ao recurso etc.

O princípio do devido processo legal em sentido material diz respeito ao conteúdo das regras processuais: devem ser regras justas, racionais, razoáveis. Ou seja, o processo *devido* corresponde a um processo *justo*. Em sentido formal, relaciona-se às formalidades previstas na lei para proteção do exercício das prerrogativas processuais inerentes ao contraditório e à ampla defesa. Ainda assim: o termo “processo legal” aduz a formalização do agir administrativo como garantia para a defesa dos direitos.

A estrutura lógica do contraditório, bilateralidade do processo, aplicada ao processo administrativo disciplinar subordina o exercício da competência disciplinar a uma instância dialógica. A essência do contraditório exige a participação de, pelo menos, dois sujeitos. O contraditório não exclui a possibilidade de que um dos contraditores seja, ao mesmo tempo, o competente para decisão no processo, como no processo administrativo. Contudo, nessa situação, se a Administração estiver na posição de contraditor, precisa colocar-se no mesmo plano do sujeito em confronto, em posição equivalente à do outro. Não se poderá falar de contraditório, nem de processo se, ao contrário, àquele que se ponha em face ao autor do ato esteja reservada, pela norma, uma posição diminuída, de modo que ele seja reduzido a um episódico interlocutor.

O princípio do contraditório impõe a participação dos envolvidos no processo administrativo. Marinoni (2007, p. 23) ensina que tal princípio é expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder legítimo, deve estar aberto à participação, ou que todo poder, nas democracias, é legitimado pela participação. Neste sentido o princípio do contraditório decorre diretamente do Estado Democrático de Direito.

3.1 Fase de constituição

A primeira exigência do contraditório consiste na informação por meio dos atos de comunicação processual: a citação e a intimação. O processo sem citação é processo nulo; a citação irregular corresponde à citação inexistente e as intimações são indispensáveis a todo momento. Diante do princípio da instrumentalidade das formas fica afastada a anulação do processo quando por outro meio a parte tome conhecimento de uma prova ou da própria demanda.

O contraditório exige citação adequada e oportuna, ou seja, adequada a colocar o servidor acusado/litigante a par do motivo do processo administrativo disciplinar instaurado e oportuna em relação ao momento posterior à acusação.

Do contraditório, na fase constitutiva do processo administrativo disciplinar, decorrem três principais consequências: a motivação suficiente do ato de instauração do processo administrativo disciplinar; a citação do servidor acusado ou litigante imediatamente posterior ao ato de instauração, porque todos os atos processuais devem ser postos em movimento através do diálogo; o ato de citação deve não somente chamá-lo a julgamento, mas também informá-lo dos fatos a ele imputados, a devida fundamentação e a sanção cabível, fixando o tempo oportuno para que, antes da instrução, possa manifestar-se sobre os elementos integrantes da pretensão da administração, participando na delimitação do objeto da prova.

3.1.1 Motivação suficiente do ato de instauração do processo administrativo disciplinar

A primeira exigência do contraditório reside na motivação do ato de instauração do processo administrativo disciplinar. A autoridade não pode instaurar processo disciplinar, sindicância, procedimento de avaliação periódica de desempenho, processo para apuração de descumprimento às exigências do estágio probatório ou processo de exoneração do servidor estável por excesso de quadros sem externar os motivos de sua decisão.

A Lei nº 8.112/90 não exige, expressamente, motivação do ato de instauração do processo administrativo disciplinar. Entretanto, é possível a aplicação subsidiária do

artigo 26, *caput*, e § 1º, da Lei nº 9.784/99¹, regra inerente ao princípio do contraditório.

Realmente, a própria Lei nº 8.112/90 deixa claro: quando a administração “instaura” “processo disciplinar” está pressupondo a existência de responsabilidade administrativa a ser apurada, conforme configura o artigo 148 da citada lei. Em outras palavras, tal afirmação corresponde a uma acusação. Em razão da regra da obrigatória motivação deste ato administrativo, a Administração terá de descrever, no mínimo, o fato punível a um específico servidor e sua aplicação, o seu enquadramento legal.

Importa considerar neste ponto, os ensinamentos de Egon Bockmann Moreira (2007, p. 284-285), após lembrar que o art. 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/99, vincula a atividade processual administrativa à “atuação conforme à lei e o direito”, o que “dá conteúdo específico ao princípio do devido processo legal”, destaca, para a “hipótese de não existir norma legal expressa e a Administração tomar iniciativa que possa culminar com a privação dos direitos protegidos pelo *due process*”, o dever de aplicar “extensiva ou analogicamente, as leis processuais em vigor”, tal como as regra de processo civil em “casos de discussão a respeito de direitos disponíveis do particular – propriedade, contratos etc.” e as de processo penal “quando o processo envolver a aplicação de penalidades contratuais ou funcionais”.

No sistema legal, a instauração do processo disciplinar importa indícios da ilicitude do fato e autoria. O ato de instaurar “processo disciplinar” adéqua a uma das possíveis decisões finais da sindicância nos termos do artigo 145, III, da Lei nº 8.112/90, contraditando-se ao arquivamento do processo confirmado pelo artigo 154, parágrafo único, da mesma lei. Por sua vez, conforme o artigo 146 da lei supracitada, havendo presunção de cometimento de ilícito administrativo, a consequência é a instauração de processo disciplinar.

Pois, se a sindicância concluísse pela inexistência da irregularidade do fato ou de presunção de autoria, isso equivaleria afirmar a inexistência de responsabilidade administrativa a ser apurada, acarretando o seu arquivamento. Sob outra perspectiva de observação, a direta instauração de processo disciplinar demonstra o mesmo significado de acusação, pois prescindir-se de prévia sindicância já estaria a indicar a presença de elementos suficientes para presumir o cometimento do ilícito e sua autoria. Por outro lado, não é suficiente a simples menção às conclusões da sindicância para o suprimento da exigência de devida motivação.

Se a instauração de processo disciplinar objetiva a apuração de suspeita de irregularidade praticada por determinado servidor, isso indica que a Administração já o

¹ Vale ressaltar que a Lei nº 9.784/99, ao regular o processo administrativo na esfera federal, há de ser respeitada pelos demais entes federados, uma vez que os princípios ali inseridos derivam do texto constitucional e não podem sofrer qualquer sorte de desprestígio.

está acusando do cometimento de ilícito. O contraditório recai pelo fato da existência real da acusação e sempre quando esta se manifesta.

A tipificação da infração disciplinar deve ser realizada no momento da instauração do processo disciplinar, embora possa ser revista, no momento da indicação do servidor. Vale salientar que o princípio do contraditório incide na fase de instauração do processo disciplinar e não somente na fase posterior – o impropriamente chamado “inquérito administrativo”.

3.1.2 Citação oportuna

A citação oportuna é aquela imediatamente posterior à formalização da acusação, exurgindo desse ato a relação jurídica processual. Esta é o ato administrativo pelo qual se leva ao conhecimento do indiciado a instauração do processo e se faz sua convocação para apresentação de defesa.

Como o contraditório está presente em todas as fases do processo, a validade dos atos processuais depende da formação da relação jurídica processual, propiciada pela citação, tornando completa e eficaz a relação processual. A importância da regra faz-se presente na instrução: a citação tem de ser posterior à instauração, porque deve ser anterior à instrução. O servidor, como sujeito processual, tem o direito de participar da formação da prova. Na mesma linha de raciocínio, é importante a análise do artigo 156 e do § 1º do artigo 161, ambos da Lei nº 8.112/90².

Os atos processuais descritos no art. 156 estão ligados à fase de instrução do “processo disciplinar”. O chamamento do servidor ocorre com a devida antecedência a fim de garantir a participação na instrução. Já os atos do art. 161 estão ligados à fase posterior em que a Comissão Processante tem até a oportunidade de reformular a acusação, “intimando” o servidor para defender-se. No regime do Estatuto atual (art. 156), o servidor é chamado para participar diretamente da fase instrutória. Podemos dizer que o contraditório assegurado na fase de constituição segue em todo o curso do processo até decisão final.

O “chamamento” do servidor anteriormente à instrução, além de representar a concretização do núcleo mínimo irradiado pelo contraditório no sistema jurídico, deve ser interpretado como ato de citação por meio do qual a Administração convoca o servidor para integrar a relação jurídica processual e não simplesmente para “acompanhar o processo”.

² Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Art. 161. (...) § 1º- O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.

Não há citação posterior à instrução. Instrução sem contraditório não tem validade processual. A citação é ato essencial, integrante da fase constitutiva do processo. A própria existência do art. 161 confirma a tese.

3.1.3 Citação adequada

A citação deve propiciar ao servidor acusado ou litigante o inteiro conhecimento da ação e dos autos do processo, assim como delimitar o prazo de manifestação a respeito da acusação.

O ato de citação deve não somente chamá-lo ao processo, mas informá-lo dos fatos a ele imputados, da devida fundamentação e da sanção aplicável. Exige-se, por consequência, motivação explícita, clara e congruente. Assim, estará o servidor capacitado a participar da fase instrutória. O servidor tem o direito de “acompanhar o processo pessoalmente ou intermédio de procurador” (aludido no art. 156 da Lei nº 8.112/90). Silencia-se, porém, quanto à citação do servidor logo após a acusação. Em uma interpretação lógica já levaria a tal consequência, pois, se o servidor tem o direito de “acompanhar” todo o processo, terá de ser chamado logo após a sua instauração. Não deixa expressa também a oportunidade de manifestação sobre a acusação, sendo tida como implícita.

O princípio constitucional fala quando a lei se cala. Se ao defensor não for oferecida a chance real e consistente de se pronunciar, de forma genérica e ampla, sobre a acusação, antes da instrução, ter-se-á uma instrução dirigida unilateralmente para comprovação do deduzido na acusação.

Depois da citação do ato de instauração do processo disciplinar e antes da abertura da fase instrutória, a Administração deve conceder prazo de 10 (dez) dias para que se apresente defesa escrita, por aplicação analógica do art. 161, § 1º, da Lei nº 8.112/90.

O *thema probandum* é o que em cada processo deve ser matéria da atividade probatória, consistindo na afirmação dos fatos, objetos de debate. Se a defesa não puder manifestar-se sobre a acusação antes da instrução, não participará da fixação do *thema probandum*. Onde não há controvérsia sobre os fatos alegados, a questão reduz-se à mera aplicação do direito. Afinal, como o diálogo contraditório pressupõe a colocação do problema – demarcando e circunscrevendo o objeto da controvérsia –, se a instauração tiver início sem que a questão fática esteja questionada, sem que a causa processual esteja delimitada, não se estará diante de uma instrução pautada pelo princípio do contraditório.

3.2 Fase de instrução

Vista a premissa de incidência do contraditório na fase de constituição do processo administrativo disciplinar, é observado que seu alcance implica que deva ser dado

conhecimento da ação e de todos os atos do processo às partes, bem como a possibilidade de responderem e, de produzirem provas próprias, adequadas e pertinentes à demonstração do direito que alegam.

Em virtude do contraditório, o processo caracteriza-se como aquele em que é assegurado às partes interessadas o direito de contestar a pretensão que lhes for contrária, de modo que nenhum elemento novo pode nele ser introduzido sem prévio conhecimento delas. Observa-se como regras da instrução contraditória: a garantia da imparcialidade administrativa dos agentes administrativos e a de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido. Tais ponderações demonstram a exata dimensão da fase de instrução na qual se pretende garantir a audiência do acusado, a publicidade do conteúdo dos autos, o direito à produção de prova e a possibilidade de apresentação de alegações.

A instrução designa, sob o prisma processual, a preparação para o provimento final que se dá através da atividade probatória e das alegações feitas no processo, existindo em vários níveis, na prova e fora da prova.

3.2.1 Fase probatória

A fase probatória não se confunde com a fase de instrução do processo disciplinar, regulada pela Lei nº 8.112/90.

O momento da admissão e produção das provas ou, a chamada fase de instrução, constitui a primeira fase do inquérito administrativo. Diante do exame do conjunto probatório, a Comissão formula novo juízo de acusação “tipificando a infração disciplinar” e “formulando a indicação do servidor” (art. 161).

A determinação prévia dos servidores que poderão compor a Comissão de inquérito administrativo garante a imparcialidade do processamento do feito, bem como a independência do juízo em relação às partes envolvidas, para se alcançar um julgamento objetivo e sem qualquer prejulgamento. Ao tratar do princípio do juiz natural, Romeu Felipe Bacellar Filho (2005, p. 88) ensina que a comissão deve ser permanente, para evitar que o administrador, ao seu talante, selecione os membros integrantes com o intuito preconcebido de absolver ou punir.

Por isso, abre-se a fase de defesa, momento em que se propicia a contestação da acusação anteriormente formulada. Contudo, se a acusação for alterada, dependendo da análise dos fatos nela contida, será necessária a reabertura da fase probatória.

A análise da fase probatória pressupõe o conhecimento do sentido de prova no sistema processual contraditório. A prova visa à descoberta da premissa normativa do caso administrativo e não há prova sem contraditório.

O direito à prova é corolário do princípio do contraditório. De nada adianta a participação sem a possibilidade do uso dos meios necessários à demonstração das alegações. Dessa forma, o direito à prova é resultado da necessidade de ser garantida à parte a adequada participação no processo. O procedimento da prova não é senão uma manifestação particular do contraditório.

Não é por outra razão que Romeu Felipe Bacellar Filho (2005, p. 242) 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.

A garantia do contraditório liga-se com o direito à prova. Nesse pensamento, garante-se a igual oportunidade de se pleitear a produção de provas, a equivalente possibilidade de participar dos atos probatórios e manifestar-se sobre seus resultados.

A fase pode ser observada a partir de dois pontos de vista. No primeiro sentido, configura juízo de averiguação e comprovação. No segundo, a prova auxilia na convicção do magistrado. A prova possui função instrumental em relação ao papel desempenhado pelos sujeitos processuais, ligada à técnica da razão dialética e da verdade provável, construída com relação à problemática do processo.

3.2.2 Fase de defesa

A fase de defesa constitui o segundo momento do inquérito administrativo do processo disciplinar.

Tal qual disciplinada pela Lei nº 8.112/90, no § 1º do artigo 161, tal fase transmite a falsa ideia de tratar-se da primeira defesa do servidor no processo. Isso, porque a defesa deve ser ensejada antes mesmo da fase probatória e logo depois da instauração do processo. A intimação do servidor para manifestar-se sobre a indicação formulada pela Comissão não corresponde à citação porque ele já deve ter sido chamado para integrar a relação processual; a designação de defensor dativo faz-se necessária já na fase constitutiva do processo quando o acusado, regularmente citado por Portaria de Instauração, não apresenta defesa.

A inserção do contraditório impede que o exercício do direito de defesa seja subtraído de alguma fase do processo administrativo disciplinar. O contraditório, mesmo não determinando exatamente o momento da oportunidade de defesa, veda o seu diferimento integral a uma fase processual posterior.

3.2.3 Fase do relatório ou das alegações finais

No regime da Lei nº 8.112/90, o relatório marca a última fase do inquérito administrativo. A comissão de inquérito conclui pela inocência ou responsabilidade do

servidor (§ 1º do art. 165 da Lei nº 8.112/90) e, no segundo caso, indica o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes conforme preceitua o § 2º do art. 165 da lei supracitada. O relatório é objeto fundamental do “processo disciplinar”: a autoridade julgadora somente poderá dele divergir se contrário à prova dos autos (art. 168 da Lei nº 8.112/90).

O relatório constitui as alegações finais do órgão instrutor e acusador e, justamente pelo seu alto grau de vinculação à fase decisória, segue rígidas exigências legais de motivação. Do contraditório, faz-se necessário que as alegações finais do Estado-acusador sejam devidamente motivadas, a fim de possibilitar a resposta da defesa.

O contraditório é instrumentado pela motivação das alegações finais da comissão. Não somente porque serve de orientação ao órgão julgador, mas principalmente porque fornece subsídios para as alegações finais da defesa. O princípio do contraditório apresenta-se com dinamismo em ouvir a acusação, ouvir a defesa, em todos os momentos processuais importantes para a formação do convencimento do juiz administrativo.

De fato, às alegações finais da acusação devem seguir-se as da defesa, sob pena de quebra do liame contraditório entre os sujeitos processuais. A instrução só é realmente encerrada com o Relatório do órgão de instrução. Oportunamente, o contraditório vai além da oportunidade de ser ouvido antes da decisão final, para constituir-se na oportunidade de influir na formação do convencimento do julgador.

3.3 Fase de julgamento

O julgador não pode decidir uma questão quando ela não tiver sido, de algum modo, debatida pelas partes. É regra geral, aplicável a todos os processos, que a autoridade competente para o provimento final deve levar em conta o resultado do contraditório, a decisão deve corresponder à síntese da contraposição entre tese e antítese. As garantias constitucionais de defesa implicam o direito à consideração das razões deduzidas em juízo, compreendido na pretensão à tutela jurídica.

3.3.1 Garantias para o controle da realização da finalidade do contraditório

Na fase de julgamento a atenção deve ser ressaltada, pois constitui o momento decisivo da verificação do atingimento da finalidade do método processual contraditório. A motivação e a comunicação do ato decisório com as mesmas garantias da citação são regras instrumentais colocadas pelo sistema para garantir a realização do contraditório.

Assim como o contraditório é essencial tanto à fase de constituição do processo como à de instrução, é também essencial na fase decisória, pois o julgador deve levar em consideração o resultado da atividade das partes, dando continuidade ao diálogo

iniciado. A portaria está diretamente vinculada ao momento da decisão. O motivo da punição está ligado ao motivo do processo nela expresso, de modo que o servidor somente poderá ser punido pelas irregularidades ali arguidas. Na decisão o órgão julgador está limitado pelos fatos debatidos pelos sujeitos processuais, esta não pode exceder os limites da conclusão, assim como devem ser levados em conta os elementos probatórios produzidos.

Sempre que a decisão final resultar da interação das atividades de mais de um órgão, a rigidez da motivação e da comunicação processual estende-se a ambos. Nessa acepção, aplica-se, em sede de processo administrativo disciplinar, o § 1º do art. 38 da Lei nº 9.784/99: “os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão”. Em virtude do princípio da legalidade e da tipicidade, compete à lei definir qual conduta configura ilícito administrativo e a sua correspondente sanção.

A punição sem justificativa nos elementos do processo é nula, porque deixa de ser ato disciplinar legítimo para se converter em ato arbitrário. Neste sentido, sanção administrativa, segundo Daniel Ferreira (2001, p. 34), consiste na direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo.

Se a autoridade julgadora divergir do relatório para agravar a situação do acusado, em caso de surgimento de novos fatos, será imprescindível ter que apontar essa intenção antes de proferir sua decisão, cientificando previamente o acusado para que possa defender-se, incluindo a possibilidade de reabertura da fase instrutória.

Tendo em vista o estudo em análise, é possível afirmar algumas regras básicas para a motivação dos julgamentos administrativos, em sede do processo administrativo disciplinar, quais sejam:

1. O dever da autoridade julgadora de fazer referência aos argumentos expostos pelo servidor que serve tanto à comissão de inquérito/sindicância no relatório quanto para a autoridade julgadora, acrescentando-se neste último caso a exigência da exposição dos argumentos da comissão de inquérito/sindicância;
2. O dever da autoridade julgadora de decidir com base nos elementos constantes dos autos e não em sua ciência pessoal, devendo tanto a comissão de inquérito/sindicância quanto a autoridade julgadora expor os fundamentos de fato, com base no resultado da atividade instrutória do processo administrativo (§ 1º do art.38 da Lei nº 9.784/99);
3. A necessidade de colocação do texto completo da decisão, impossibilitando-se a remessa da decisão à releitura de outro documento processual; e

4. O enunciamento público das razões justificadoras da decisão prolatada, em coerência com o resumo dos principais acontecimentos processuais e a fundamentação fática e jurídica do dispositivo adotado.

3.3.2 Direito de audiência do servidor acusado: garantia inerente à ampla defesa inserida no julgamento contraditório

Além dos instrumentos técnicos de garantia do contraditório, desenvolvimento inolvidável do princípio consiste no de audiência e presença física do acusado diante do órgão julgador. A interação subjetiva do servidor com seu julgador funciona como instrumento imprescindível para a adequada formação do convencimento deste, dando a mais ampla possibilidade de tomar posição, a todo momento, sobre o material que possa ser feito valer processualmente contra si.

No caso do processo administrativo e da sindicância, há dois órgãos decisórios: a comissão de inquérito/sindicância decide a instrução e a autoridade julgadora, determinada de acordo com o grau hierárquico tendo em vista a penalidade proposta, decide a causa ao final. No primeiro caso, a Lei nº 8.112/90 cumpre o princípio do contraditório ao prever o interrogatório do acusado perante a comissão. Já para o segundo, nada estabelece, justamente na situação em que o contato direto da audiência é ainda mais imprescindível, pois constituirá o único contato direto da autoridade julgadora com o processo, dada sua total incompetência para a realização de qualquer ato probatório (art. 169). O direito de audiência comportaria realização prática mediante a garantia de sustentação oral perante a autoridade julgadora.

Não resta dúvida de que o direito de audiência ou o direito de ser ouvido perante o órgão julgador constitui recurso inerente à ampla defesa inserido no julgamento contraditório.

4 Princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar

A Constituição de 1988 consagra o princípio da ampla defesa no artigo 5º, LV, como garantia fundamental do processo judicial e administrativo e o artigo 41, em seus incisos II e III, § 1º e artigo 247 acolhem tal princípio como garantia a ser obrigatoriamente observada em processo administrativo que possa resultar em perda do cargo de servidor estável. Afirmou-se explicitamente o *status* constitucional dessa garantia como princípio norteador de todo processo administrativo disciplinar, irrelevante a categoria do servidor – detentor de cargo, emprego ou função – ou mesmo a categoria de sanção a ser regulada pela lei.

É relevante frisar que a garantia do processo para a aplicação de penalidade disciplinar não significa estender a estabilidade a servidores que não a possuem. Igualmente, garante que a competência disciplinar deve manifestar-se como processo. Por

exemplo, tratando-se de cargo em comissão, a Constituição permite a “livre” exoneração. O termo “livre” permite ao Estado exonerar o servidor mesmo quando este não tenha praticado nenhuma conduta punível. A exoneração não é sanção administrativa, mas um ato administrativo através do qual o Estado afirma que não precisa mais do servidor. Entretanto, quando o servidor comissionado pratica ilícito administrativo, a Administração tem o dever de ativar sua competência disciplinar através do processo.

Moraes (2012, p. 111-112) consolida a ideia de ampla defesa, enfatizando que é de se dar ao réu 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 e ainda, que enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, implicando na condução dialética do processo, pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe a versão que melhor apresente, ou de promover uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

O princípio da ampla defesa é visto nas constituições ocidentais, embora receba em cada uma delas menor ou maior abrangência³. A sua origem, segundo muitos autores, seria divina porque até Deus, em toda sua onipotência, deu a Adão a oportunidade de ser ouvido e defender-se antes de ser expulso do paraíso.

O direito constitucional brasileiro, desde a Constituição de 1934, situa o direito de defesa como inerente ao processo administrativo para demissão de servidor estável. No entanto, o Supremo Tribunal Federal frente à literalidade da regra constitucional, passou a decidir que a proteção estendia-se aos servidores concursados, embora não estáveis, vedando a prática de anulação de concurso após a nomeação dos candidatos, entendimento consolidado nas Súmulas 20 e 21.

No âmbito do direito administrativo brasileiro, a garantia de defesa no processo disciplinar foi o ponto de partida para a compreensão de que, num Estado Democrático de Direito, o regime das sanções administrativas deve ser processual. Tal regime garante não somente que a Administração seguirá um procedimento, mas que este será informado pelo contraditório e pela ampla defesa.

A inovação da Constituição de 1988, em relação ao direito de defesa, concentra-se em dois aspectos que anteriormente à esta eram intocados: se antes a titularidade era

³ Exemplificando, podemos citar algumas Constituições latino-americanas: Constituição argentina, art. 18: “es inviolable la defensa em juicio de la persona”; Constituição boliviana, art. 14: “el derecho de defensa de la persona em juicio es inviolable. Desde el momento de su detención o apresamiento, los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor”; Constituição chilena, art. 19: “toda persona tiene derecho a defensa jurídica em la forma que la ley señale y ninguna autoridade o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”; Constituição paraguaia, art. 16: “la defensa enjuicio de las personas y de sus derechos es inviolable”. Entre as Constituições europeias, cabe citar a Constituição portuguesa, espanhola e italiana.

somente dos acusados de crimes, agora passa a ser dos litigantes e acusados em qualquer processo. A expressão “judicial” abarca todos os processos desenvolvidos no campo da jurisdição. E mais: há referência explícita ao processo administrativo, antes aceito com restrições pela jurisprudência. Em segundo plano, os meios e recursos inerentes eram aqueles “definidos em lei”, agora foi suprimida a referência à lei como fonte regulamentadora.

4.1 Compreensão do princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar

Quando se alude a desdobramentos da ampla defesa, objetiva-se designar o próprio conteúdo desse direito, que reclama a presença de garantias necessárias a sua realização. Embora a amplitude do direito de defesa já fosse extraída da doutrina anterior à Constituição de 1988, a nova norma constitucional veio reafirmá-la expressamente.

Inserir-se como consequência da ampla defesa no processo administrativo o direito das partes de serem ouvidas, de apresentarem razões de convencimento, de produzir provas e de repelir provas oferecidas pela administração.

Conforme os ensinamentos de Romeu Felipe Bacellar Filho (1998, p. 347), a ampla defesa estende não somente ao garantir o dizer contra ou a resposta perante a impugnação, mas também a acusação expressa, clara e minuciosa para possibilitar oportunidade da defesa; o acompanhamento do processo e a ciência prévia do desenvolvimento das várias fases; o direito de indicar e ouvir testemunhas; requerer e ver efetivadas as provas, produzir alegações que, se de um lado impõe à Administração a obrigatoriedade de provar suas alegações, de outro, assegura ao servidor a possibilidade de produção probatória compatível.

O direito de ser ouvido integra a publicidade do procedimento e o leal conhecimento das atuações administrativas, considerado o segredo como exceção; a oportunidade de expressar suas razões antes e depois da emissão do ato administrativo, interpondo recursos; o direito a se fazer patrocinar e representar profissionalmente.

O direito a oferecer e produzir provas compreende o direito a que toda prova razoavelmente proposta seja produzida, à produção probatória antes da decisão, ao controle da prova produzida pela administração.

O direito a uma decisão fundada constitui tanto critério de eficácia político-administrativa, quanto requisito para a implementação do controle judiciário levado a cabo pelos tribunais competentes.

A Constituição visa assegurar um mínimo que a legislação deve dispor para a existência de um direito de defesa, compreendida como garantia de meios e resultados. Por isso,

o tema não está isento de dúvidas e polêmicas sobre o alcance do princípio da ampla defesa.

O caráter prévio da defesa em relação ao ato decisório constitui desdobramento do princípio da ampla defesa. A regra da anterioridade da defesa é recepcionada nos processos administrativos punitivos. Ela proíbe a imposição sumária de penas sem a intermediação do processo, valendo tanto para as sanções leves quanto para as mais gravosas. Se não for possível assegurar a anterioridade da defesa, a administração deve conceder prazo adequado para a interposição de recurso e seu julgamento antes do vencimento da sanção imposta, como nas multas de trânsito, aplicando-se nos casos de risco de vida e segurança da população. A anterioridade exprime a necessidade de o funcionário acompanhar os trabalhos da comissão de inquérito desde sua instalação, sob pena de transgredir o princípio constitucional da ampla defesa.

O princípio de ouvir o interessado antes de decidir algo que o afeta não é somente um princípio de justiça, mas também de eficácia. Assegura melhor conhecimento dos fatos e, portanto, auxilia o aperfeiçoamento da administração e a justiça da decisão.

Admissível, portanto, afirmar que tais desdobramentos são obrigatórios para a configuração do princípio do devido processo legal previsto constitucionalmente no artigo 5º, LV, da CF/88.

A partir da Constituição de 1988, o tema da defesa prévia não pode dissociar-se do princípio do contraditório. O assunto ganha sentido e alcance quando inserido num processo contraditório, que tem como método o debate constante entre defesa e acusação sobre todas as decisões tomadas no curso do processo administrativo disciplinar. O direito do acusado não se esgota na simples oportunidade de defesa. A questão impende apreciação de maior amplitude, viabilizando a defesa a cada movimento do processo.

4.2 O dever de individualização das condutas no ato de instauração do processo

Outra manifestação de suma relevância do direito fundamental à ampla defesa consiste na exigência de individualização das condutas no ato de instauração do processo administrativo disciplinar, nas situações em que mais de um servidor é acusado de praticar determinado ilícito funcional. Trata-se de inequívoco desdobramento do princípio constitucional da ampla defesa, que impõe à Administração Pública o dever de especificar detalhadamente quais condutas irregulares estão sendo imputadas a cada servidor, como condição indispensável para a elaboração de uma defesa adequada.

Pode-se dizer que é comum dirigir as acusações dentro do processo administrativo disciplinar simultaneamente a mais de um servidor público, como nos casos de órgãos colegiados e de comissões compostas por múltiplos agentes. Em tais hipóteses, a existência de acusação genérica envolvendo vários servidores impossibilita que cada um deles possa saber exatamente qual é a infração cuja prática lhe está sendo acusado, prejudicando a elaboração de sua defesa.

Cada agente público ocupa cargo específico, vinculado a um órgão e a uma entidade determinada, e detém, por conseguinte, competências e atribuições próprias. Diante disso, a imputação genérica da prática de irregularidades a mais de um indiciado, sem a especificação das condutas, representa manifesta violação ao princípio constitucional da ampla defesa e também ao princípio do contraditório.

Faz-se imperiosa a individualização dos comportamentos tidos como ilícitos para que cada acusado possa refutar diretamente as acusações que lhe forem dirigidas, bem como produzir as provas e contraprovas necessárias para destruir a credibilidade das alegações que lhe forem impingidas. Sem que haja essa especificação das condutas, torna-se impossível ao acusado identificar quais ações ou omissões suas foram consideradas como irregulares, obstaculizando-se assim o exercício do contraditório e fragilizando sobremaneira a sua defesa.

Não há qualquer dúvida que os atos administrativos que iniciam acusações carentes de tal exigência padecerão de nulidade por afrontarem o direito fundamental à ampla defesa e que o dever de individualização e detalhamento dos fatos imputados ao acusado retrata manifestação incontestável do princípio constitucional em apreço. É evidente a impossibilidade de que o contraditório seja exercitado adequadamente e de que a defesa ampla possa ser concretizada, com todos os meios e recursos a ela inerentes, diante da generalidade de determinadas acusações, desferidas indistintamente contra vários acusados. Contestar imputações dessa natureza, desprovidas de especificação das condutas, é o mesmo que tentar defender-se com os olhos vendados, esgrimindo contra o opositor oculto. Afinal, sem saber quais são e de onde vêm as acusações, resulta impossível rebatê-las.

Deste modo, se não houver a necessária individualização das condutas, com a descrição pormenorizada dos fatos imputados a cada servidor, deverá ser decretada a anulação do feito, com a determinação de especificação dos comportamentos irregulares dos imputados e nova oportunidade de apresentação de defesa, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como dispõe o inciso LV, inserido no artigo 5º da Constituição Federal.

4.3 Ampla defesa: direito à autodefesa e à defesa técnica

A questão do direito à defesa pessoal ou técnica é recorrente na doutrina quando se trata de ampla defesa. O direito à defesa significa, do ponto de vista funcional e técnico, a assistência de um defensor, sem excluir a possibilidade da defesa pessoal.

A autodefesa constitui a possibilidade de o sujeito pessoalmente realizar as condutas e providências para preservar-se de prejuízos ou sanções. Envolve o direito de presença e o direito de audiência. O direito de presença configura faculdade de assistir pessoalmente a realização de provas e contraditá-las, incluindo o direito de inquirir ou fazer inquirir testemunhas. O direito de audiência, em sentido estrito, consiste no direito de pronunciar-se oralmente ou dar explicações.

A compreensão da defesa como direito de presença e direito de audiência vincula-se com o *status* processual ativo do servidor, graças à junção das garantias do contraditório e da ampla defesa. Quem se defende é um sujeito processual apto a participar do conjunto de atos processuais capazes de influenciar o convencimento do julgador.

O direito de audiência garante ao servidor acusado o contato direto com o órgão julgador, seja com a comissão de inquérito/sindicância, seja com a autoridade encarregada da decisão final.

O direito de presença vai além da autodefesa, relacionando-se com a defesa técnica. Para Figueiredo Dias, “essencial à consistência e eficácia da função de defesa é, evidentemente, o asseguramento do direito de presença do defensor às diligências de prova de que sejam passíveis quaisquer participantes processuais”. Dessa forma, a regra do artigo 156 da Lei nº 8.112/90 representa concretização do direito de presença do servidor e de seu defensor⁴.

A defesa técnica, por sua vez, é aquela realizada pelo procurador do interessado, o advogado, profissional dotado de capacidade técnica para a elaboração de uma defesa adequada. Esta constitui elemento indispensável da ampla defesa, sendo indiferente a gravidade da pena que possa resultar do processo. A Constituição Federal, no art. 5º, LV, não assegura uma defesa qualquer, mas uma defesa ampla. Isso significa que a defesa não deve ser mais ou menos robusta conforme a intensidade da sanção que puder advir da decisão proferida no bojo do processo administrativo disciplinar: a mera possibilidade de o processo culminar em restrição à esfera jurídica individual do servidor reclama a maximização dos mecanismos de defesa.

4.4 Defesa técnica como exigência da ampla defesa

⁴ Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Anteriormente, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a defesa técnica no processo administrativo disciplinar constituiria mera faculdade do acusado⁵. Posteriormente, o STJ modificou seu entendimento, passando a apontar para a imprescindibilidade da defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar. Tal posição foi consignada na Súmula nº 343 do STJ, publicada no Diário de Justiça da União, em 21-9-2007, com a seguinte redação: “é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. Foi, indubitavelmente, um avanço na jurisprudência brasileira, preocupada em dar concretude aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

No entanto, no ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, decidiu de maneira diversa negando a ocorrência de cerceamento de defesa e de violação constitucional nos casos de ausência de defesa técnica por advogado em processo administrativo em processo disciplinar.

Não bastasse a questionável decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário, os eminentes Ministros do STF aprovaram súmula com efeito vinculante – a Súmula Vinculante nº 5 – que assumiu a seguinte redação: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. A súmula foi editada de forma explícita pelos ilustres magistrados, “exatamente para negar o enunciado da Súmula do STJ” (fls. 761 do acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF). E, com isso, foi consagrada manifesta inconstitucionalidade, em desprestígio às conquistas da doutrina em matéria de garantias constitucionais do processo administrativo disciplinar, suscitando repercussões negativas em todas as esferas da Administração Pública brasileira e autorizando solenemente a violação de direitos fundamentais do cidadão até então reconhecidos pela jurisprudência pátria.

Não foi por outra razão que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou ao Supremo Tribunal proposta de cancelamento da referida súmula vinculante (PET/4285), nos termos da Lei nº 11.417/06.

Conforme evidenciado na proposta de cancelamento da súmula, a ausência de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar afronta diretamente o direito fundamental à ampla defesa, assegurado pela Lei Maior em seu art. 5º, LV, aos litigantes e aos acusados em geral, em processo administrativo e judicial.

4.5 Direito à prova: meio inerente à ampla defesa

⁵ “O princípio da ampla defesa aplica-se ao processo administrativo, mas isso não significa que o acusado deve, necessariamente, ser defendido por advogado. Ele mesmo pode elaborar sua defesa, desde que assim queira. No caso, o acusado não constituiu advogado até a fase de alegações finais, por opção própria, mesmo porque bacharel em direito. O que importa é a oportunidade de ampla defesa assegurada”. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 9076/SP. 6ª Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. j. 16-12-1999. Unânime. DJU, 21-2-2000, p. 189.

O direito de defesa liga-se ao sistema probatório, compreendendo o direito das partes à prova. Enquanto o contraditório informa a participação na administração e produção da prova, a ampla defesa informa os meios de prova cabíveis no processo.

Os tribunais brasileiros têm reconhecido o direito à prova como desdobramento da ampla defesa no processo administrativo disciplinar, como se pode observar de trecho extraído de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

A Constituição da República (art. 5º, LIV e LV) consagrou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, também, no âmbito administrativo. A interpretação do princípio da ampla defesa visa propiciar ao servidor oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a defesa ⁶.

O direito à prova consiste na utilização dos meios probatórios necessários para formar a convicção do órgão jurisdicional acerca do discutido no processo.

O direito à prova pressupõe o direito à admissão de toda prova que, proposta por alguma das partes, respeite os limites inerentes à atividade probatória; que o meio probatório admitido seja praticado, pois, do contrário, estar-se-ia na presença de uma denegação tácita do mencionado delito; direito de intervir na prática dos diversos meios probatórios, independentemente de quem os haja solicitado ou mesmo se a sua realização for determinada de ofício pela autoridade julgadora; direito a que o meio probatório admitido e praticado seja valorado pelo órgão julgador. Se a finalidade da prova é influir na formação do convencimento do julgador, se este não a valora ou toma em consideração os resultados probatórios, está frustrando o direito à prova, convertendo-o, assim, numa garantia ilusória.

O direito à defesa remete-se, em matéria probatória, aos limites da lei em matéria de presunções e ônus da prova. Um processo não pode ser justo quando a presunção retira da parte a chance de sustentar todos os fatos relevantes para a decisão. As presunções devem guardar razoável relação entre o fato provado e o presumido, não podendo operar de maneira que impeça a parte de debater todos os fatos, incluindo os presumidos.

O direito à prova limita, sobremaneira, o princípio da legitimidade do ato administrativo. No processo administrativo disciplinar, a presunção de legitimidade do ato administrativo não exime a Administração de provar e motivar todas as decisões processuais.

O direito à ampla defesa toca na licitude e moralidade dos meios de prova. Deve ser afastada do processo a ideia de que este tem por finalidade a verdade a qualquer

⁶ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 8116/SC. 5ª Turma. Rel. Min. Gilson Dipp. j. 16-9-1999. Unânime. DJU, 11-10-1999, p. 75.

preço. Essa afirmação conduz à possibilidade da tortura. O contraditório constituiu medida útil, do ponto de vista técnico e moral, como único modo de garantir ao imputado uma defesa efetiva.

A defesa, através da prova, pauta-se na moralidade e lealdade dos sujeitos processuais. Com análise à Constituição de 1988, ao declarar “inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meio ilícito” (art. 5º, LVI, da CF), impôs a moralidade em relação aos meios de produção probatória.

Ademais, como bem ensina Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt (2005, p. 107) não se deve considerar eficiente um processo disciplinar apenas por ter sido aplicada uma penalidade. A punição não é o objetivo final e necessário do processo administrativo. A finalidade desse instrumento consiste em permitir a apresentação de resposta pelo acusado a qualquer denúncia efetuada dentro da Administração Pública, esclarecimentos de fatos e eventual aplicação de penalidade, uma vez verificada a responsabilidade administrativa de algum agente.

4.6 Direito de petição como recurso inerente à ampla defesa e a *reformatio in pejus*

O direito de defesa compreende não só a faculdade que tem o réu de contestar a acusação, como ainda o direito de praticar atos processuais que possam criar perspectivas favoráveis ao reconhecimento de sua inocência. Tal consideração dá um particular sentido ao aclamado direito à interposição do recurso administrativo, compreendido como desdobramento do direito à ampla defesa.

Sem caráter jurisdicional, decisão proferida em processo administrativo não adquire qualidade de coisa julgada e, por isso, ainda quando não se conheça de recurso administrativo interposto por intempestividade, por exemplo, não se pode descuidar do poder-dever de revisão *ex officio*. Pela mesma razão, nada obsta renovar pedido administrativo anteriormente indeferido para reapreciação.

Cumprir destacar que, embora “coisa julgada administrativa” seja conceito usualmente refutado, devido à possibilidade de revogação e anulação dos atos administrativos, Egon Bockmann Moreira (2007, p. 338) afirma que não podem ser desprezados os efeitos preclusivos das decisões administrativas – no sentido de vincular a Administração e conferir segurança e estabilidade ao processo administrativo.

É certo que jamais haveria ordem jurídica estável caso as situações subjetivas estivessem condicionadas a uma única decisão administrativa, sem que o administrado pudesse apelar para o controle hierárquico ou para as diferentes jurisdições administrativas.

Figueiredo (1991, p. 29) defende que

os procedimentos administrativos para observarem a garantia dos processos judiciais, como postulada constitucionalmente, deverão estar sujeitos à revisão (duplo grau). Destarte, uma autoridade proferirá a decisão, revista por autoridade superior.

O controle exercido pela própria administração, em decorrência da provocação do administrado, pode ser operacionalizado através do direito de petição ou, ainda, por provocação recursal do administrado em procedimento administrativo sancionatório e outros.

O direito de interpor recurso administrativo vale independentemente de previsão expressa em lei ou demais normas, porque encontra respaldo no direito de petição, para defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder, assegurado a todos independentemente do pagamento de taxas (art. 5º, XXXIV, a).

O direito à interposição de recurso administrativo, em âmbito de processo administrativo disciplinar, constitui tanto “recurso” inerente à ampla defesa como direito fundamental de petição, reforçando a garantia da revisibilidade das decisões processuais.

A Lei nº 8.112/90 cuida das manifestações recursais no art. 107, limitando-se a prescrever os casos de cabimento, as hipóteses do indeferimento do pedido de reconsideração e das decisões sobre os recursos sucessivamente interpostos. O direito ao recurso administrativo foi expressamente consagrado no artigo 56 da Lei nº 9.784/99.

Ampliando o tema para o campo da prova, garantindo-se a revisibilidade das decisões proferidas no curso de toda instrução e não só da decisão final, o direito de interpor recurso administrativo das decisões proferidas na instrução corresponde ao direito a controlar a produção da prova feita pela Administração, seja pericial ou testemunhal. Ora, “*melius est intacta jura servare, quamvulneratae causae remedijsquaerere*”⁷.

A Lei nº 8.112/90 não atribui efeito suspensivo aos recursos administrativos. No mesmo sentido, o art. 61 da Lei nº 9.784/99: “salvo disposição legal encontrado, o recurso não tem efeito suspensivo”. Entretanto, entende-se que, em se tratando de decisão que resolva pela aplicação de sanção disciplinar, a autoridade revisora deve motivar a não atribuição do efeito suspensivo.

A *reformatio in pejus* não pode ser admitida frente ao atual ordenamento jurídico constitucional. Nos dias atuais, tratando-se de recurso, tolera-se “a reforma em prejuízo” quando a autoridade, fazendo antever a sua intenção, faculta ao recorrente a oportunidade de nova manifestação sobre o agravamento pretendido.

⁷ Melhor é conservar intactos os direitos, que depois de violados procurar remédios.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná tem reconhecido a possibilidade da *reformatio in pejus* no processo administrativo, desde que reaberto o prazo para defesa⁸.

Entretanto, como disposto no art. 64 da mencionada lei, considerando-se que o direito de recorrer se apresenta como um desdobramento do princípio da ampla defesa entende-se que assegurar o contraditório diante da possibilidade de reforma para pior, mediante a concessão de prazo para a parte recorrente manifestar-se antes da decisão, não supre a inconstitucionalidade do referido dispositivo.

De fato, não resta dúvida que quem recorre o faz buscando ver melhorada a sua situação jurídica, todavia, a possibilidade de ser proferida uma decisão mais gravosa em sede recursal traz para o recorrente um efeito inibitório, implicando verdadeiro cerceamento do seu direito de defesa – direito à “ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, como lhe é constitucionalmente assegurado pela Constituição Federal.

Outrossim, ao inverso do objetivo pretendido na manifestação recursal, a possibilidade de reforma para pior nos processos administrativos disciplinares traz evidente prejuízo ao recorrente, na medida em que, mesmo existindo o direito de desistir do recurso, essa desistência “não prejudica o procedimento do processo se a administração considerar que o interesse público assim o exige”. É evidente, portanto, que a possibilidade de *reformatio in pejus* nos processos disciplinares além de encontrar-se em absoluto descompasso com os propósitos do recurso e, por consequência, com o direito fundamental a ampla defesa, não se harmoniza com o alicerce constitucional da dignidade humana.

A Lei nº 9.784/99, em seu artigo 64⁹ como dito acima, estabeleceu, de forma expressa, a possibilidade de decorrer gravame à situação do recorrente da decisão que aprecia um recurso administrativo. Trata-se de disposição legal que admite a *reformatio in pejus* no processo administrativo brasileiro.

Buscando maior sustentáculo à possibilidade de reforma prejudicial ao recorrente no processo administrativo, traz à baila o princípio da supremacia do interesse público, o qual assevera a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Na realidade, não se poderia cogitar em vida em sociedade se não preponderasse a vontade geral e os interesses do grupo sobre os proveitos individuais. É por isso que, além de ser um pressuposto de convívio social, o aludido princípio, que é um dos mais importantes enunciados do Direito Administrativo, encontra assento constitucional. Com efeito, a

⁸ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 28.489-9, Curitiba. Acórdão n. 1924-OE. Relator: Desembargador Sydney Zappa. Julgamento: 4.3.94. DJ 4130, de 11.4.94.

⁹ Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Carta Magna Brasileira elencou, no seu art. 3º, inciso IV, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos”.

Quer-se com isso dizer que, ao apreciar um determinado recurso administrativo interposto por apenas uma das partes interessadas, o administrador deve reformar a decisão anterior, da forma que melhor atenda a legalidade, a verdade real dos fatos e o interesse público envolvido, ainda que deste novo *decisium* resulte uma situação desfavorável a parte recorrente.

Levando-se em consideração estes fatores, a Lei nº 9.784/99, sabiamente, fixou procedimentos mínimos, a fim de garantir os direitos constitucionais dos administrados e de eliminar qualquer óbice jurídico à efetivação da reforma prejudicial ao recorrente. Seguindo tais premissas, o parágrafo único do artigo 64 da citada Lei previu que “se da aplicação do disposto neste artigo poder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.”

Trata-se de formalidade essencial para a implementação da *reformatio in pejus*, que, caso ignorada, produzirá a nulidade da decisão que julgou o recurso administrativo. Nesta situação, há de se reconhecer a invalidade do último *decisum*, devendo prevalecer a decisão recorrida, prolatada pelo órgão administrativo inferior.

Vale salientar que não se pode falar em insegurança jurídica o fato de o recorrente poder ter agravada sua situação jurídico-administrativa. A partir do momento em que a legislação expressamente prevê a possibilidade de reforma recursal ampla, tem-se que admitir a existência de previsibilidade dos atos administrativos pelos interessados. Para Bruno de Souza Vichi (2004, p. 257), o agravamento da situação do recorrente é circunstância que deve ser admitida por quem requer a apreciação da Administração Pública sobre determinado assunto.

O fato é que a processualística atualmente existente relacionada ao Direito Administrativo, embora com algumas peculiaridades, inseriu a *reformatio in pejus* neste ramo jurídico como um instituto plenamente aplicável e que, em nenhuma medida, vai de encontro aos princípios legais e constitucionais vigentes no ordenamento brasileiro.

5 Considerações finais

Considerando que o inciso LV do artigo 5º da Carta Magna equiparou os processos judiciais e os administrativos, o princípio do devido processo legal, ou devido processo constitucional, tem aplicação em ambos, sem qualquer distinção.

O princípio do devido processo legal possui dimensão extensa, merecendo destaque, a garantia individual fundamental à ampla defesa e à instrução contraditória, com os meios e recursos a ela inerentes.

Sendo o processo administrativo, meio de possibilitar a regulação do exercício da competência e age como instrumento de proteção do indivíduo perante a ação daquela competência. Na ação entre Administração e cidadãos, técnicas processuais tutelam competências para aquela e direitos e liberdades para estes.

Assim, a ampla defesa apresenta-se sendo uma garantia fundamental, não basta garanti-la apenas formalmente. É necessário, num Estado Democrático de Direito, que se criem condições para que o acusado defenda-se de forma ampla, com todos os meios e recursos permitidos pelo ordenamento jurídico, o que só é possível com uma defesa técnica por advogado.

A discussão sobre a obrigatoriedade de advogado para promover defesa técnica no âmbito do processo administrativo disciplinar é polêmica.

Com efeito, garantir, ao servidor processado administrativamente, o direito de informação, de manifestação e de ver os seus argumentos considerados, sem que esteja sendo defendido tecnicamente por advogado, é garantir apenas formalmente o direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, o que viola o devido processo legal em sentido formal.

A defesa deve ser a mais ampla possível, deve-se utilizar todos os meios e recursos a ela inerentes, conforme a vontade do Poder Constituinte Originário. Assim, não há que se falar em amplíssima defesa ou defesa transbordante, não existe no sistema jurídico pátrio o excesso de defesa; o que o ordenamento jurídico repulsa é a defesa insuficiente, há que se garantir a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Destarte, conclui-se que a Constituição da República de 1988 ao garantir que não se priva ninguém da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e, ainda, que todos os litigantes em processo judicial ou administrativo, bem como os acusados em geral, têm assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, a falta de defesa técnica por advogado, no âmbito do processo administrativo disciplinar viola o princípio da ampla defesa e, por conseguinte, o devido processo legal e ainda, o processo administrativo disciplinar obedece aos mesmos princípios da Administração Pública e, mais especificamente, aos princípios do devido processo legal, abarcando o contraditório e ampla defesa.

6 Referências bibliográficas

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BRASIL. LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Presidência da República. Casa Civil.

BRASIL. LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Presidência da República. Casa Civil.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.

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

FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VICHI, Bruno de Souza. Do recurso administrativo e da revisão. In: FIGUEIREDO, Lúcia do Valle (coord.). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)*. Belo Horizonte: Fórum. 2004..