

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

VERÔNICA PEREIRA XAVIER

**A AMPLADEFESA E O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR**

ARACAJU

2017

VERÔNICA PEREIRA XAVIER

**A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR**

Monografia apresentada à Coordenação do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como pré-requisito para obtenção de grau do curso de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Augusto César Leite de Resende.

**ARACAJU
2017**

X3a

XAVIER, Verônica Pereira.

A Ampla Defesa E O Contraditório No Processo Administrativo Disciplinar / Verônica Pereira Xavier. Aracaju, 2017. 45 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Augusto César Leite de Resende

1. Direito Fundamental 2. Processo Administrativo Disciplinar
3. Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório 4. Defesa 5.
Procedimento Administrativo I. TÍTULO.

CDU 342.7(813.7)

VERÔNICA PEREIRA XAVIER

**A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 07/12/2017

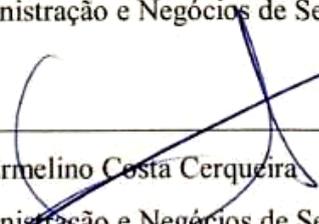
BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Augusto César Leite de Rezende (Orientador)
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Me. Anderson Clei Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Esp. Ermelino Costa Cerqueira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus. Ao meu orientador pelo conhecimento, indicação de obras e nobre incentivo e por participar dessa trajetória desde o início do curso dividindo o seu tão vasto conhecimento sobre a Constituição Federal de maneira a nos arrebataram para o aprofundamento desse conhecimento.

À família pela pelo apoio, paciência e compreensão nesses momentos de imersão estudantil.

E aos colegas de estudo, muitos ao longo desses anos, que não me deixaram desistir, mesmo a tantos empecilhos no caminho, pela valiosa contribuição e orientação em todas as etapas desta graduação.

RESUMO

Entendemos que ainda há dificuldades para propiciar a ampla defesa e o contraditório à luz da Constituição e o tema "A Ampla Defesa E O Contraditório No Processo Administrativo Disciplinar" vem no seu escopo propor à reflexão dos pontos relevantes sobre o procedimento administrativo disciplinar no que diz respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório dentro do processo disciplinar, com a finalidade de garantir para o indiciado e a administração Pública os meios legais, e assim, se promover a justiça e não prejudicar, sobretudo, o hipossuficiente nessa relação jurídica. Conforme a súmula nº 05 do Supremo Tribunal Federal a falta da defesa técnica por advogado no Processo Administrativo Disciplinar não ofende a Constituição e esse estudo tem o propósito de demonstrar o quanto é importante a atuação de um advogado dentro do processo administrativo disciplinar para garantir uma defesa precisa e com um mínimo de discernimento, evitando, assim, excessos das autoridades administrativas e proporcionando a ampla defesa e o contraditório mencionados na Constituição.

Palavras-chave: Direito fundamental. Processo Administrativo Disciplinar. Princípios da ampla defesa e do contraditório. Defesa. Procedimento administrativo.

ABSTRACT

We understand that there are still difficulties to provide ample defense and contradiction in the light of the Constitution and the theme "Ample Defense and Contradictory in the Administrative Disciplinary Process" comes within its scope to propose to the reflection of the relevant points about the administrative disciplinary procedure regarding respect for the principles of ample defense and adversarial proceedings within the disciplinary process, with the purpose of guaranteeing for the accused and the public administration the legal means, and thus, to promote justice and not to prejudice, above all, the hyposufficient in this juridical relation. According to the Supreme Court's n ° 05, the lack of technical defense by a lawyer in the Disciplinary Administrative Procedure does not offend the Constitution and this study has the purpose of demonstrating how important it is the performance of a lawyer within the disciplinary administrative process to guarantee a defense with a minimum of discernment, thereby avoiding excesses of the administrative authorities and providing the ample defense and the contradictory mentioned in the Constitution.

Keywords: Fundamental law. Administrative Disciplinary Process.
Principles of ample defense and contradictory. Defense. Administrative procedure.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	9
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
3.1 Processo Administrativo Disciplinar	12
3.2 Princípios Do Processo Administrativo	14
3.2.1 Da legalidade objetiva	15
3.2.2 Da oficialidade ou impulsão	15
3.2.3 Do informalismo	16
3.2.4 Da verdade material	16
3.2.5 Da garantia de defesa	17
3.3 A Formalização Do Processo Administrativo Disciplinar	17
3.4 Fases Do Processo Administrativo Disciplinar	19
3.4.1 Fase de instauração	19
3.4.2 Fase de instrução	20
3.4.3 Da defesa no processo administrativo disciplinar	21
3.4.3.1 Princípios do contraditório e ampla defesa no processo disciplinar	21
3.4.4 Fase de relatório	22
3.4.5 Fase de julgamento	23
4 A AMPLA DEFESA	25
5 O CONTRADITÓRIO	27
6 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O DIREITO À DEFESA	29
6.2 O Cabimento Da Defesa Nos Processos Administrativos Disciplinares	30
6.3 A Nulidade Do Processo Ante A Falta De Ampla Defesa	30
7 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	33
8 AS SÚMULAS Nº 343 DO STJ E VINCULANTE Nº 5 DO STF	35
9 A IMPORTANCIA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	38
9.1 O Papel Do Advogado	38
9.2 A Indispensabilidade Do Advogado	38
9.3 A Defesa Técnica Por Meio De Advogado No Processo Administrativo Disciplinar	40
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O processo administrativo disciplinar deve ser conduzido de maneira justa e possibilitando a efetivação das garantias positivadas na Constituição a favor dos cidadãos.

Conforme afirma Chaveiro “O estudo do Direito Processual deve ser feito da premissa de que a Constituição e, também, os princípios fundamentais têm força normativa.” (CHAVEIRO, 2015 p.412)

A presente monografia se propõe estudar o princípio da ampla defesa e do contraditório no Processo Administrativo Disciplinar, apreciando, demonstrando e entendendo a afirmação da Súmula Vinculante nº05, no ano de 2008 do Supremo Tribunal Federal – STF, onde fala que a falta de defesa técnica por advogado em Processo Administrativo Disciplinar não fere o princípio da ampla defesa e do contraditório, previsto na referida Constituição Federal.

No início desse estudo será proposto o entendimento dos direitos fundamentais, o qual protege o homem de eventuais atitudes arbitrárias cometidas pelo Poder Público e devem assegurar a necessidade do resguardo do contraditório e da ampla defesa em processos judiciais e administrativos.

Ainda contemplando os princípios constitucionais e os princípios inerentes ao Direito Administrativo, o estudo em tela versará sucintamente sobre o Poder Disciplinar do Estado, o Processo Disciplinar, como meio de apuração dos ilícitos administrativos e os princípios que regem as fases desse processo e a sua formalização.

Esse estudo ainda versará sobre a ampla defesa, o contraditório e o emprego do direito à defesa no processo administrativo disciplinar na possível anulação do processo ante a falta de ampla defesa.

Por fim, essa monografia analisará os princípios da ampla defesa e do contraditório à luz da súmula vinculante nº 343 do Superior Tribunal de Justiça e a súmula vinculante nº 05 do Superior Tribunal Federal no que dizem respeito à defesa técnica por advogado no Processo Administrativo Disciplinar, levantando uma reflexão junto à Administração Pública sobre o direito à defesa e o contraditório de forma ampla, já que esses são garantias constitucionais e são inerentes a qualquer tipo de processo onde se encontrem situações de litígio, garantindo, assim, o devido processo legal aos servidores públicos.

Para a discussão do tema será usada como metodologia a pesquisa basicamente bibliográfica, buscando, não só livros, como artigos, sites jurídicos, entre outras bibliografias pertinentes ao tema.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como forma de proteger o homem de eventuais arbitrariedades cometidas pelo Poder Público o sistema jurídico atual tem por finalidade assegurar a todos os direitos e as garantias fundamentais, os quais estão relacionados no artigo 5º da Constituição Federal.

O princípio do contraditório e da ampla defesa é uma garantia fundamental expressa na Constituição Federal e está na relação do artigo 5º, no inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”(BRASIL, 1988)

Na Constituição Federal, os direitos e as garantias fundamentais são cláusula pétreia, ou seja, é uma determinação constitucional que não pode ser modificada, é perpétua e no artigo 60, no parágrafo 4º da Constituição é indicado que essas não podem ser objeto de qualquer deliberação e/ou proposta de modificação, ainda que por emenda à Constituição:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988)

Para o julgamento valer e ter legitimidade, os princípios da ampla defesa e do contraditório devem ser essenciais e indispensáveis. Ou seja, para o devido processo legal, incluindo os processos administrativos, como estabelece a Constituição Federal, é necessário que o exercício dos poderes atribuídos à administração pública esteja condicionado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, com meios e recursos a eles inerentes.

Mas, antes de adentrar no Processo Administrativo Disciplinar, o qual deverá estar condicionado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como afirmado anteriormente, a sua formalização e fases, veremos, sinteticamente, o poder disciplinar da Administração Pública, um dos instrumentos para a realização das tarefas administrativas e os princípios que o rege.

3 O PODER DISCIPLINAR

O poder disciplinar faz parte do rol dos poderes da Administração Pública, segundo Hely Lopes Meirelles, “o poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da administração”. (MEIRELLES, 2013 p. 138).

Meirelles (2013 p.777) ainda afirma que o poder disciplinar é a observação ao desempenho das funções e a procedimento interno dos servidores submetendo-os às penalidades listadas nos estatutos ao qual estão subordinados.

O Estado tem a capacidade especial de punir, porém esta capacidade não o dispensa de, no direito administrativo disciplinar, promover o devido processo legal.

É lícito à Administração empregar pena ao servidor, porém é necessário o uso da razoabilidade e da proporcionalidade no ato punitivo e que se assegure a ampla defesa e o contraditório, ainda que a motivação seja justificada não se pode deixar de garantir ao acusado a oportunidade de se defender, mesmo que sem excesso de formalismos.

No direito brasileiro, um dos meios de apuração dos ilícitos administrativos é o processo administrativo disciplinar o que será estudado adiante.

3.1 Processo Administrativo Disciplinar

O objetivo desse estudo não é o de exaurir os assuntos pertinentes ao processo administrativo disciplinar, mas analisar, de forma resumida, a formalização e as fases do processo administrativo disciplinar e depois concentraremos o estudo nas garantias do contraditório e da ampla defesa, na sua importância para garantia de um devido processo legal.

Chaveiro afirma, “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” (CHAVEIRO, 2015 p.412)

Como citado anteriormente, o processo administrativo disciplinar é um instrumento da administração pública para com os servidores públicos investidos em um cargo efetivo ou que prestam serviços para a administração de alguma forma e que supostamente cometeram

alguma infração contra a administração. A investigação e a provável punição da infração cometida por esse servidor ou prestador de serviços é realizada pela administração e não tem caráter inquisitório, os princípios e as fases a serem seguidos para que essa tenha validade e eficácia estão definidos em lei, os quais respeitam o direito da ampla defesa e do contraditório.

O processo administrativo disciplinar assegurando a ampla defesa é fundamentado legalmente, como é possível encontrar na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 41, §1º, II:

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

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

[...]

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (BRASIL, 1988)

O princípio da ampla defesa e do contraditório, os quais dão validade e eficácia ao processo administrativo disciplinar, estão elencados no texto Constitucional no artigo 5º, LV, como também estão disciplinados na Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais, a Lei n.º 8112/90 e também pela Lei Federal de n.º 9784/99.

Conforme a lei n.º 8112/90 no seu art. 143, “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa” (BRASIL, 1988). Ou seja, a autoridade competente é obrigada a promover a apuração imediata de qualquer infração prevista no estatuto correspondente, assegurando a ampla defesa e fazendo a observância das normas que regulam a matéria investigada e, sobretudo, os princípios constituídos.

Marcello Caetano, apud Meirelles (2013, p.138) afirma que, “o poder disciplinar tem sua origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público. ” Diante disso, o processo administrativo existe para controlar os atos dos servidores e também do Estado, garantindo eficiência na conduta interna dos servidores e que não aconteçam abusos do poder da administração, garantindo o aperfeiçoamento do serviço público.

Para registro dos atos e controle de conduta, a administração utiliza procedimentos e em seguida adentraremos no modo específico do ordenamento dos atos para a instauração do Processo Administrativo Disciplinar.

3.2 Princípios Do Processo Administrativo

Chaveiro afirma no seu estudo que:

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. (CHAVEIRO, 2015 P. 414)

Logo a administração pública está sujeita aos princípios gerais e elencados no artigo 2º da Lei 9.784/99, a saber:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (BRASIL, 1999)

Além dos princípios inerentes a teoria geral do processo, a administração pública também está sujeita ao artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe sobre os princípios essenciais a serem observados pela Administração Pública:

Art. 37 – A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e também, ao seguinte. (BRASIL, 1988)

E também, aos direitos e garantias fundamentais fixados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, como anteriormente citado, dos quais destacamos o inciso LV, que trata da garantia do contraditório e ampla defesa para o devido processo legal, e ainda, aos princípios particulares ao processo administrativo disciplinar, que conforme Meirelles, são os “princípios

de observância constante, a saber: o da legalidade objetiva, o da oficialidade, o do informalismo, o da verdade material e o da garantia de defesa.”(MEIRELLES,2013 p.778)

Vale ressaltar que o foco desse estudo será os princípios particulares do processo administrativo, conforme propôs Meirelles, e a seguir, serão apresentados os princípios que regulam o processo administrativo disciplinar,relatando cada um de forma sucinta para o entendimento dos mesmos.

3.2.1 Da legalidade objetiva

As normas legais regulam os processos administrativos e devem ser respeitadas,é determinado à administração fazer somente o que é permitido em lei e segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em práticas.” (DE MELLO,2010 p.101)

3.2.2 Da oficialidade ou impulso

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2005) a instauração e desenvolvimento do processo administrativo é função da administração, compete-lhe impulsionar de ofício, independente da vontade do interessado, finalizar com razoabilidade os processos, atendendo a satisfação e o interesse da coletividade. Ou seja, o princípio da oficialidade nada mais é que cabe a administração a iniciativa da instauração e do desenvolvimento do processo administrativo.

O princípio da oficialidade foi acolhido pela Lei nº 9.784/99, no artigo 2º:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; (BRASIL, 1999)

Caso a administração não inicie ou impulsione a instauração do processo, o servidor que tenha conduzido o processo com descuido ou negligência poderá ser responsabilizado funcionalmente, paralisando o processo ou retardando seu desfecho. O acolhimento do princípio da oficialidade demonstra, então, a possibilidade de um desfecho mais célere do processo, já que não dependerá da iniciativa de terceiros.

3.2.3 Do informalismo

Para o processo administrativo, o princípio do informalismo, conforme esclarece Meirelles (2013 p.779), dispensa ritos e formas rígidas para o seu desenvolvimento, bastam as formalidades necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental, o processo deve ser simples, sem exigências formais excessivas.

Ou seja, o administrador não tem a obrigação de proceder com excessivo rigor na tramitação dos processos administrativos caso a lei ou os atos regulamentares não os exija.

Ao objeto a que se destina o processo, basta ao administrador seguir um procedimento que o seja adequado. Entretanto, o princípio do informalismo não justificará o descuido e a negligência com que os administradores farão tramitar o processo, esse deverá ter os elementos mínimos que caracterizem o zelo e a atenção dos órgãos administrativos. Dessa forma o processo administrativo oferecerá segurança e credibilidade aos administrados.

3.2.4 Da verdade material

O princípio da verdade material, ainda por Meirelles “autoriza a administração a valer-se de qualquer prova lícita de que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento...” (MEIRELLES, 2013 p.780)

No processo administrativo, é o administrador quem adota todas as providências que possam nortear um resultado baseado na verdade material ou real, ele vai à busca de documentos, colhe depoimentos, inspeciona e comparece em locais, investiga bens, esse é o sentido do princípio da verdade material e deve ser uma busca incessante do administrador público que deseje seguir a moralidade como conduta.

3.2.5 Da garantia de defesa

Na relação dos direitos e garantias fundamentais pautados no artigo 5º da Constituição de 1988, encontra-se o princípio do contraditório e da ampla defesa:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade nos termos seguintes:

[...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988)

Celso Antônio de Bandeira de Mello (2010 p.323) afirma que, ao servidor público processado é garantido a oportunidade de recorrer das decisões tomadas à órgãos administrativos hierarquicamente superiores.

E Meirelles assim discorre sobre o tema:

“Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.

[...]

Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme te decidido reiteradamente os Tribunais de justiça, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou mais especificamente, da garantia de defesa.” (MEIRELLES, 2013 p.781).

Logo, o princípio da garantia de defesa permite ao servidor argumentar, contrapor provas, e usar todos os meios de prova, com a finalidade de esclarecer os fatos que lhe foram atribuídos.

Apesar do princípio da verdade material, como estudado anteriormente, permitir à administração receber e levar em consideração qualquer elemento de prova de que venha ter conhecimento em qualquer momento do processo disciplinar, deve-se, também, informar ao acusado a presença desses elementos de provas, proporcionando-lhe o exercício da sua defesa.

3.3 A Formalização Do Processo Administrativo Disciplinar

Como já mencionado, quando um fato ilícito chega ao conhecimento da administração pública essa tem a obrigação de apurá-lo e isso pode ser provocado ex officio ou por interessado.

Como ensina Carvalho Filho (2005 p. 1024), pela lei, muitas pessoas podem ser consideradas como interessadas nos processos administrativos: podem ser interessadas aquelas que tiveram seus direitos ameaçados em virtude de uma decisão no processo; como também as organizações e associações representativas.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2005):

“Por haver dois processos administrativos interligados – a sindicância e o processo disciplinar principal, a despeito de terem a mesma natureza, é simples apontar a distinção fundamental: enquanto a sindicância é processo administrativo preparatório, inquisitório e tem por objeto uma apuração preliminar, o processo disciplinar principal é definitivo, contraditório e tem por objeto a apuração principal e, quando for o caso, a aplicação de sanção.” (CARVALHO FILHO, 2005 p. 1024).

No estudo em tela será verificado o processo disciplinar não adentrando nas outras possibilidades processuais.

Processo disciplinar, segundo Carvalho Filho, “é todo aquele que tenha por objeto a apuração de ilícito funcional e, quando for o caso, a aplicação da respectiva sanção, seja qual for a expressão adotada para denominá-lo.” (CARVALHO FILHO, 2005 p. 1027).

A partir do ensinamento de Carvalho Filho, conclui-se que o processo disciplinar é autônomo e legítimo, quando se observa as regras reguladas na lei, e para se iniciar um processo administrativo disciplinar deve ter ocorrido uma infração prevista no Estatuto, a formalização dos requerimentos, identificando os órgãos a que se dirigem, a identificação completa do requerente e a exposição completa dos fatos e fundamentos do pleito.

Como disciplina o artigo 149 da lei 8.112/90, a direção e a condução do processo limita-se a uma comissão disciplinar, cuja composição e atuação se sujeitam a lei.

A administração pública formaliza o processo disciplinar deflagrando-o com a instauração, essa normalmente se dá por portaria, decreto ou outros atos previstos em lei e deve conter todos os elementos relativos à infração funcional. Conquanto os fatos devam ser relatados com a maior fidelidade possível, parará a oportunidade de conferir ao acusado o direito ao contraditório e à ampla.

O processo disciplinar se desenvolve em três partes: a instrução, a defesa e o relatório, apresentados a seguir.

3.4 Fases Do Processo Administrativo Disciplinar

Segundo Alex Muniz Barreto “as fases processuais compreendem o agrupamento de atos ordenados e praticados sequencialmente, possuindo uma mesma finalidade no decorrer da tramitação do processo administrativo.” (BARRETO, 2015 P. 487).

De acordo com o artigo 151 da lei 8.112/90 e seus incisos, o processo administrativo disciplinar, deve obedecer às fases essenciais para que exista a validade dos atos.

Em regra, são fases do processo administrativo: a instauração, a instrução, o relatório e julgamento. E ainda, por Barreto (2015), existem processos que acrescentam fases no rito, incluindo o momento da defesa entre as fases de instrução e do relatório.

3.4.1 Fase de instauração

Conforme Barreto (2015, p. 487), a fase de instauração é a primeira fase do processo administrativo e pode se dar de ofício pela administração ou a pedido do interessado. A portaria, o auto de infração, a notificação de autuação, a representação ou despacho inicial da autoridade competente são os instrumentos utilizados pelo poder público para iniciar o processo administrativo. Já os instrumentos utilizados pelos interessados para formular a sua petição diante do ente público, via de regra, são: o requerimento ou a petição. O processo também pode ser iniciado por meio de provocação de terceiros e esse será formalizado através de requerimento ou denúncia.

Os requisitos formais do requerimento inicial devem estar em conformidade com a lei federal nº 9.784/99, no seu artigo 6º que define:

Art. 6º O requerimento inicial do interessado, salvo casos em que for admitida solicitação oral, deve ser formulado por escrito e conter os seguintes dados:

I - órgão ou autoridade administrativa a que se dirige;

II - identificação do interessado ou de quem o represente;

III - domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações;

IV - formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos;

V - data e assinatura do requerente ou de seu representante. (BRASIL, 1999)

É por meio de edição de portaria que o processo administrativo disciplinar é instaurado e a sua publicação, dá origem ao processo de investigação. Daí o processo

administrativo disciplinar seguirá os ritos próprios, não deixando de observar a qualificação do objeto da controvérsia, com a descrição clara e suficiente dos fatos pertinentes ao feito.

Estabelecida a abertura de ofício ou admitida pela autoridade competente a peça inicial, começa o desenvolvimento do processo administrativo e tendo em vista o caráter instrumental do processo, como estabelece o parágrafo único do artigo 6º da lei 9.784/99: “É vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas.”

O ato administrativo de instauração conterá nome e a qualificação dos servidores que farão parte da comissão do processo administrativo disciplinar, esses servidores públicos deverão ser estáveis, indicará o presidente da Comissão Processante, trará também os fatos que caracterizaram a atitude irregular, o nome e a qualificação, bem como a tipo da infração e o tempo para a conclusão do processo, conforme a legislação específica, como ensina José Armando da Costa:

“A portaria inaugural do processo disciplinar, fundando-se em denúncia postulatória, sindicância precatória ou mera notícia de irregularidade funcional, deverá, necessariamente, designar a comissão processante (destacando a pessoa do seu presidente, o objeto do processo (as irregularidades disciplinares trazidas ao conhecimento da autoridade hierárquica) e a individualização do acusado ou acusados)”. (COSTA, 2005 p. 147).

3.4.2 Fase de instrução

A Comissão Disciplinar, na fase de instrução, busca os fundamentos necessários que a farão decidir se o servidor será indiciado ou não, sempre respeitando o devido processo legal e as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Segundo Barreto (2015, p.488) nesta fase são realizadas diligências, perícias, exames, depoimentos dos litigantes, inquirição das testemunhas, juntada de documentos, informações, dentre outros, ou seja, são recolhidos os elementos que comprovam a autoria e a falta disciplinar, não sendo utilizadas provas adquiridas por meio ilegal.

Nessa fase processual, todo material adquirido é analisado exaustivamente pela Comissão e se existir provas que confirmando a autoria, será decidido pela comissão o indiciamento do servidor, abrindo, em seguida, o prazo para defesa. Caso não haja provas suficientes para o indiciamento a comissão decidirá arquivar o processo.

Sobre o assunto, disserta José Armando da Costa:

“Havendo comprovação suficiente da prática de transgressão disciplinar e elementos indicativos de que o acusado seja o seu autor, concluirá a comissão, nos termos do artigo 161 da Lei 8.112/90, pela indicição deste, apontado, numa síntese escrita a que se chama de despacho de instrução e indicição, as razões autorizadoras de tal ilação, bem como declinando as disposições da lei ou do regulamento em que deve ser feito o enquadramento.” (COSTA, 2005 p. 138).

Com o indiciamento, o servidor será citado pela comissão para apresentar sua defesa, dando a oportunidade desse exercer o seu direito a ampla defesa como ensina Barreto:

“será nessa fase em que se exercitará plenamente a garantia constitucional da ampla defesa, compreendendo a ciência da acusação, a vista dos autos Na repartição, a oportunidade para oferecimento de impugnações e a observância do devido processo legal.” (BARRETO, 2015 p. 489)

Havendo defeito na instrução o processo poderá ser invalidado.

3.4.3 Da defesa no processo administrativo disciplinar

Falando em defesa, o texto constitucional, em seu artigo 5º, LV, diz "os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes." (BRASIL, 1988).

Em relação à defesa, conforme Meirelles (2013), os pontos a serem levantados, são: a ciência ao acusado da acusação, que é realizada por meio de citação pessoal e é atribuição do processante, a vista dos autos do processo administrativo, que conforme a lei, é garantia do processado, a oportunidade de oferecer contestação e também oferecer as provas, a inquirição e reperguntas de testemunhas e a observância do devido processo legal, como também, a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, para que o processo seja validado na sua forma e garantias.

Caso, no processo administrativo, a ampla defesa não seja oportunizada ou até mesmo seja reprimida, este será anulado.

3.4.3.1 Princípios do contraditório e ampla defesa no processo disciplinar

A consumação do devido processo é a garantia que o contraditório e a ampla defesa com os recursos e meios a eles inerentes foram alcançados.

Mesmo no âmbito da administração pública, o devido processo legal deve ser aplicado como assim impera a Constituição nos termos do artigo 5º inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (BRASIL, 1988)

Para que as sanções administrativas tenham validade, estas devem ser revestidas de legalidade, a oportunidade de defesa seja assegurada e as provas sejam lícitas e que haja a manifestação do interessado.

No processo administrativo, a Administração estará num dos polos do processo e mesmo com a sua supremacia, para se ter natureza isonômica, a administração, não poderá fazer parte de um dos polos e julgar o processo ao mesmo tempo, então é formada uma comissão para julgar o processo.

A função das comissões formadas tem caráter apurativo e essas têm a autonomia em seus pareceres, pois está livre da influência da administração e do administrado.

Segundo José Armando da Costa:

Consoante o princípio da ampla defesa, nenhuma inflição disciplinar, por mais leve que seja, poderá ser imposta sem que o correspondente procedimento apuratório assegure, ao servidor imputado, o necessário espaço para o exercício do mais irrestrito direito de defesa. (COSTA, 1996 p. 60).

Conclui-se então que a ampla defesa está assegurada nos processos administrativos disciplinares quando ao acusado é dado o direito de ser ouvido, a seu favor produzir provas e contestar as provas que foram produzidas em seu desfavor.

Portanto, de acordo com a legislação, se não existir no processo as garantias constitucionais e caracterizar o cerceamento de defesa, será nulo os atos cometidos pela comissão processante.

Desde que respeitados o devido processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório, será apurado e aplicado pelo poder público a sanção cabível àquele que ilicitamente proceder.

3.4.4 Fase de relatório

Segundo Barreto (2015, p. 489), a fase do relatório é aquela em que a comissão julgadora elabora as suas conclusões sobre o ilícito e sua autoria, tem caráter conclusivo e constitui de uma peça de natureza informativa e opinativa, as conclusões não vincularão a administração, nem os interessados no processo e deverá incluir a síntese dos autos, as provas que formaram a conclusão, bem como o ilícito cometido e a decisão da autoridade julgadora.

Pelo livre convencimento e a discricionariedade da autoridade julgadora e com base em fundamentos jurídicos, essa poderá se opor ao relatório oferecido pela comissão. Porém devem estar fundamentados no conteúdo dos autos e nas leis específicas.

3.4.5 Fase de julgamento

Segundo Meirelles, “o julgamento é a decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto processado.” (MEIRELLES, 2013 p.783). Então, a autoridade competente deverá comunicar a sua decisão ao recepcionar os autos do processo administrativo disciplinar.

Em regra, o julgamento acata o relatório de conclusão da comissão julgadora, mas se corrompido com vícios que não poderão ser sanáveis será declarada a nulidade total ou parcial do processo pela autoridade julgadora.

Em conformidade com Barreto (2015 p. 489) essa fase se configura como um dever da administração, como disciplina o artigo 48 da lei nº 9.784/99: “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.” (BRASIL, 1999)

Se a infração praticada for compreendida como crime, deverá ser encaminhada uma cópia dos autos, pela autoridade julgadora, ao Ministério Público, daí será instaurada a ação competente.

Conforme Chaveiro ao se referir as penalidades sofridas pelo servidor que cometeu alguma infração:

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. (CHAVEIRO, 2015 p. 427)

As fases que foram enunciadas, de um modo geral, serão atendidas em todos os processos administrativos que visarem à solução de litígio entre a administração pública e o servidor, sempre observando o princípio da ampla defesa, do contraditório e buscando garantir o devido processo legal os quais deverão estar presentes em todo e qualquer tipo de processo.

Em seguida o estudo versará de forma sintética sobre os princípios essenciais para a validade e eficácia do processo.

4 A AMPLA DEFESA

Segundo Schenk Viver o processo, na atualidade, significa mais do que ter sido simplesmente chamado a conhecer o que nele se passa, podendo a partir de então se manifestar. Viver o processo. (SCHENK, 2014 p.555)

Trocker, apud Schenk (2014,p.554) afirma “O conteúdo atual da garantia assegura às partes o direito de ter informação e dese manifestar em juízo, núcleo da conhecida audiência bilateral, mas também, e principalmente, o direito de manifestação e influência, com todos os meios disponíveis e legítimos, no iter de formação da decisão”

Como direito fundamental a ampla defesa é bem da vida, deriva da personalidade e da dignidade da pessoa humana, e está inscrito no art. 5º da Constituição.

É garantia para o réu e dá a possibilidade de esclarecer a verdade trazendo aos autos elementos que o façam, impede que o processo só beneficie a parte que acusa. Como afirma Chaveiro: “Insere-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.” (CHAVEIRO, 2015 p.428)

Traz a igualdade às partes do processo e possibilita que seja produzidas provas e elementos que fundamentem a suas provas tendendo a verdade real e diante das argumentações e da concretude das provas o julgador decidirá sobre a lide. Como consolida Moraes apud Chaveiro (2015, p 427) 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”.

Consiste em dar ao acusado o direito de conhecer que está e por que está sendo processado, de ter conhecimento dos autos do processo, de preliminarmente apresentara sua defesa, de indicar e produziras provas que compreender necessárias à sua defesa conforme artigo 369 do novo CPC: “... têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos...” (BRASIL, 2015), de ser assistido por advogado, de ter conhecimento prévio das diligências que serão realizadas para que possa acompanhá-los, de fazer perguntas, de apresentar defesa final e também recorrer.

Esse princípio também deve estar na mente daquele que elabora as leis infraconstitucionais, para que nenhuma edição de lei que regulamente qualquer atividade ligada à apuração de infrações penais ou administrativas não respeite esse princípio.

“Ampla defesa com meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988) de forma ilimitada, salvo quando for obtida por meios ilícitos. Os meios e recursos devem ser garantidos para que não existam processos secretos ou para inquisição.

A cada movimento do processo o direito do acusado deve ser respeitado, não se esgotando numa simples oportunidade de defesa, como encerra Chaveiro (2015 p. 429)

5 O CONTRADITÓRIO

Segundo Schenk “o contraditório deve ser sempre prévio, ainda que em seu núcleo mínimo” (SCHENK, 2014 p.572).

Ainda, segundo Schenk o “núcleo mínimo da garantia do contraditório, identificado na audiência bilateral, no direito que as partes têm de conhecer e de se manifestar, querendo, sobre os termos da demanda” (SCHENK, 2014 p.572).

No artigo 5º, inciso LV, da Constituição, o princípio do contraditório é uma das garantias fundamentais e conforme inscrito no inciso, “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”. (BRASIL, 1988). Logo, o princípio do contraditório é empregado a todos que desejam defender, em um processo, os seus interesses.

Segundo Poli, “o contraditório consiste na participação, contraposição em relação à outra parte, bem como na informação dos atos desencadeados no processo” (POLI, 2014 p.449), logo, consiste no direito, que se tem de apresentar os argumentos e oferecer provas antes da decisão definitiva. Ou seja, é o direito à manifestação frente aos argumentos de uma parte no processo garantindo o devido processo legal.

Nesse sentido, continua Poli:

Diante do exposto, percebe-se que o contraditório e a ampla defesa apresentam-se como direitos e garantias individuais mínimas aos cidadãos, previstas na CR/88, para a concretização do devido processo legal. [...] o processo apenas se realiza validamente se observado e respeitado os princípios do contraditório e da ampla defesa. (POLI, 2014 p.451),

Na prática para cada ato elaborado por uma das partes do processo, a outra terá o mesmo direito de dar a sua versão dos fatos, assim como, detambém se opor e dar sua interpretação jurídica ao que lhe pareça correto. E as constantes contrariedades serão diluídas no ato final do procedimento, daí o caráter dialético do princípio.

Visando a plena defesa do acusado o direito ao contraditório deve ser gozado na sua plenitude como afirma Poli: “por ser o contraditório um elemento essencial do processo, para a realização da democracia processual, ele deve se dar de forma plena e efetiva, não podendo ser violado ou relativizado, em nenhuma hipótese.” (POLI, 2014 p.456).

Reforçando ainda Chaveiro:

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.(CHAVEIRO, 2015 p.427).

Em síntese o contraditório no processo administrativo, segundo Irene Patrícia Nohara apud Chaveiro (2015, p.417) ”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.”

60 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O DIREITO À DEFESA

Ao se falar no direito à defesa no processo administrativo, não se pode deixar de mencionar o confronto entre o princípio da ampla defesa com o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Ao discorrer sobre o princípio da supremacia Barreto ensina:

O referido princípio impõe que, havendo o conflito, de fato ou de direito, entre o interesse público e o interesse de particulares, deve-se dar prevalência ao primeiro, posto que corporifica as pretensões e objetivos de toda a coletividade. (BARRETO, 2015 p. 115)

Di Pietro reforça: “ princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm a supremacia sobre os individuais” (DI PIETRO, 2010 p. 65) Como então fazer valer o conteúdo do artigo 5º inciso LV da Constituição de 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”.(BRASIL, 1988) sendo esse garantia fundamental.

Fica, então, evidente o conflito entre os princípios.

Mas se verificarmos minuciosamente o conteúdo do artigo 5º inciso LV da Constituição de 1988 observamos que os litigantes podem ser pessoas físicas ou jurídicas que possuem direitos violados ou pleiteiam direitos tanto em processo judicial quanto no administrativo e na lide, aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa. São princípios garantidos na Constituição, fazem parte dos direitos e garantias fundamentais e devem ser usados para manutenção do Estado Democrático de Direito e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana nos meios legalmente previstos.

Neste enfoque, o direito à ampla defesa e do contraditório só será viável e necessário nos processos administrativos quando houver lide. O inciso LV do artigo 5º é preciso: somente quando houver litigantes ou acusados.

6.2 O Cabimento Da Defesa Nos Processos Administrativos Disciplinares

Como o conceito de defesa atende a todos de forma ampla e está amparado na Constituição como cláusula pétrea, a sua aplicação, nos vários tipos de processo, gera um problema, já que a falta de defesa pode gerar a nulidade parcial ou total do processo.

Nos nossos estudos observamos que alguns autores patrocinam que em qualquer parte do processo administrativo disciplinar deverá existir a aplicação do direito de defesa, a exemplo de Alex Muniz Barreto, observando a possibilidade de nulidade insanável. Em contrapartida, outros autores a exemplo de Di Pietro, assemelham a sindicância ao inquérito policial e não seria cabível o direito de defesa. Porém o entendimento a ser seguido é o do Supremo Tribunal Federal, defensor da Constituição, na sua Súmula Vinculante nº14, que diz: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

O processo administrativo disciplinar tem uma parte investigativa e informativa e será instaurado o processo administrativo após a apuração dos fatos e a aplicação de penalidade só se concretiza se assegurada a ampla defesa.

Se a sindicância for procedimento preparatório é porque ao final só será iniciado o processo administrativo disciplinar. Porém, se como resultado da sindicância for uma pena de suspensão ou outra maior, essa deverá ter ampla defesa.

6.3 A Nulidade Do Processo Ante A Falta De Ampla Defesa

A Constituição de 1988 em seu artigo 2º diz: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Com exceções reservadas na Constituição, nenhum dos poderes pode adentrar na esfera de atribuições do outro. O judiciário realiza o controle de legalidade sobre os atos da administração, porém não pode exceder os limites, fazendo valer o regramento e sob pena de caracterizar abuso.

A não observação, no processo administrativo, do princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa pode ser motivo de avaliação do judiciário e, diante do caso, a decisão judicial será contrária às vontades da administração.

Segundo ensina Meirelles, se o:

Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou, mais especificamente, da garantia de defesa. (MEIRELLES, 2013 p. 781)

Então, fica configurada a nulidade do processo que existir um vício insanável, nesse caso a autoridade administrativa deve determinar nova apuração, observado neste caso, a prescrição. A lei 8.112/90, artigo 169 salienta:

Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão, para instauração de novo processo.(BRASIL, 1990)

Quando no processo é verificada a existência de nulidades e essas são reconhecidas ocorre que existiu o devido processo legal durante os atos. O que confronta o direito de defesa resulta invalidade no processo. A nulidade pode existir através de vícios de competência, vícios associados à formação da comissão, vícios da citação do indiciado, vícios associados ao direito de defesa, às diligências e os vícios associados ao julgamento do processo.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, são os pilares primordiais na condução de qualquer processo administrativo, são institutos que não se pode ter dúvidas quanto à sua aplicação, já que a menor ofensa pode-se ter como consequência a nulidade de todo processo.

Mas em todas as esferas é imprescindível o respeito aos princípios constitucionais da administração pública, sob pena do administrador público ser responsabilizado pela omissão, por não instaurar um processo quando devia, ou mesmo pela ineficiência quando instaurado o processo de forma irregular, tornando-o de nulidade insanável.

Resumindo, não havendo uma vasta defesa e contraditória, qualquer penalidade constituída é considerada nula. A construção da verdade alcançada, não deve ser empregada pela Administração Pública, para infligir ao servidor público, sendo ele federal, estadual ou municipal, a penalidade prevista em norma estatutária, pois não abusa diante da garantia Constitucional.

A constância com que processos disciplinares são anulados judicialmente decorre da ausência do respeito ao contraditório, muitas vezes por despreparo da própria comissão designada.

De outro lado, a possibilidade de ampla defesa ao funcionário não pode significar o requerimento incessante de provas expressamente protelatórias, sendo que a comissão, por seu presidente, poderá indeferir tais pedidos sem que esteja violando o direito à ampla defesa do acusado, devendo, entretanto, fundamentar sua decisão.

7A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A supremacia da Constituição reflete sob sua rigidez formal e material. Do ponto de vista da limitação para sua alteração conta com cláusulas pétreas que sequer admitem discussão, ou seja, o artigo 60 § 4º, inciso IV, que assim declina:

Art. 60. Instituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV – os direitos e garantias individuais.(BRASIL, 1988)

Os princípios constitucionais orientam todo o ordenamento jurídico pátrio. Destes princípios surgem o Estado que, segundo a vontade do povo, é democrático de direito.

Desta maneira, o processo administrativo disciplinar deve ser orientado pelos princípios decorrentes do texto constitucional. Como base, o princípio da dignidade da pessoa humana é sobremaneira superior a Lei, uma vez que, da dignidade nasce a legalidade, mas o contrário muitas vezes não se concretiza. Com a dignidade se enfileiram os princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência.

A se pensar no processo administrativo, como tendo sob influência direta os estatutos, estes não se podem valer de dispositivos que ferem o texto constitucional. As leis infraconstitucionais filtram o texto magno, mas devem respeito ao controle constitucional difuso e concentrado.

Em razão das características e objetivos, os princípios e regras escritos na Constituição encontra-se num grau hierárquico acima, frente a todas as outras normas jurídicas que fazem parte do ordenamento jurídico.

Se os textos anteriores ao constitucional não forem recepcionados, de certa maneira são incompatíveis com a finalidade ideológica da época que foram proclamados. Os textos recepcionados deverão ter identidade com a Norma Máxima vigente sendo interpretados de forma próxima ao ordenamento.

Desta maneira, a que se considerar, segundo a redação do artigo 5º § 1º da Constituição Federal que, as normas contidas no artigo anterior têm aplicação imediata. Os

princípios fundamentais não são abandonados à vontade do legislador ou dos operadores do direito.

A Constituição e seus princípios estão no vértice do ordenamento jurídico. Da Constituição decorrem as demais normas e estas não poderão jamais estar em dissonância com a vontade do povo.

8 AS SÚMULAS Nº 343 DO STJ E VINCULANTE Nº 5 DO STF

Como já visto ao longo desse estudo conclui-se que a defesa não está limitada a peça escrita no processo, essa tem que se apresentar em favor do indiciado, apresentar fundamentos e de fato e de direito. Quando esse é devidamente citado, porém não compareceu não apresenta a sua defesa escrita no prazo legal fica caracterizado como revel e decorrendo a revelia será nomeado de ofício o defensor dativo para produzir a defesa do indiciado revel.

Se a defesa do indiciado for deficiente fica caracterizado um indiciado sem defesa. Isso trará prejuízo ao processo para o indiciado e por não expressar esforço a nulidade não pode ser sanada, como escrito na Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Para o processo administrativo o artigo 164, § 2º da Lei nº 8.112/90, explica:

Art. 164. Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.

[...]

§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (BRASIL, 1990)

Em outras palavras o defensor dativo no processo administrativo deverá ter competência para a indicação da autoridade instauradora do processo.

Já vimos que o direito à defesa nos processos disciplinares deverá, em todo o transcorrer do processo, ser exercido de maneira ampla. O artigo 156 da Lei 8.112/90, dispõe: “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, quanto se tratar de prova pericial” (BRASIL, 1990). No artigo podemos perceber que é citação acompanhamento pessoal do processo ou por intermédio do procurador. A chamada defesa pessoal é feita pelo próprio indiciado o qual, na maioria das vezes, não possui técnicas jurídicas, caracterizando uma defesa leiga, já a defesa técnica é feita por procurador que quase sempre é alguém que possui algum conhecimento de natureza científico-jurídica.

Já vimos também, que está inerente a qualquer processo, onde se encontra situações de litígio ou que envolvam o Estado, o princípio da ampla defesa. Da mesma maneira o artigo 5º da Constituição Federal, no seu inciso LV, o artigo 2º da Lei 9.784/99 no seu inciso X impõe que nos processos administrativos, sejam assegurados os “direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”. (BRASIL, 1999)

O Superior Tribunal de Justiça aprovou o texto da súmula nº 343 com os seguintes dizeres: “é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. Com a finalidade de garantir a ampla defesa e o contraditório, o que exaustivamente afirmamos são garantias constitucionais. Assim como o artigo 133 da Constituição Federal que declina: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo invioláveis seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

A edição da Súmula 343 gerou uma instabilidade jurídica, pois haviam muitos processos administrativos que não tinham sido acompanhados por advogado e a súmula não fala sobre os efeitos.

Então para acabar com a polêmica, o Supremo Tribunal Federal faz a edição da Súmula Vinculante nº 5 que diz: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Essa súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal trouxe segurança jurídica e manteve as decisões proferidas em processos administrativos disciplinares anteriores. Nesse entendimento discorre Di Pietro:

O Superior Tribunal de Justiça [...] fixou o entendimento de que é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Essa súmula, no entanto, ficou implicitamente revogada em decorrência da Súmula Vinculante nº 05, aprovada pelo Supremo Tribunal federal [...] a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição. (DI PIETRO, 2010 p. 633)

Apesar de não haver menção no Estatuto da Ordem dos Advogados quanto à obrigatoriedade da presença ou patrocínio de um advogado no processo administrativo disciplinar, em 2011, a pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, foi autuado uma Proposta de Súmula Vinculante (PSV 58) para o cancelamento da súmula vinculante nº 5.

Em outras palavras, esses artigos dão ao cidadão uma garantia dos seus direitos, possibilitando defensor que atue com competência na sua defesa, garantindo o devido processo

legal. Pois só o advogado tem a competência de entender toda a complexidade envolvida em um processo.

Apesar de toda a manifestação contrária em torno da edição da Súmula Vinculante nº 5, a defesa técnica ainda não é necessária nos processos administrativos disciplinares.

9A IMPORTANCIA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Para o início de estudo veremos a seguir o papel do advogado e a sua importância em todo e qualquer tipo de processo.

9.1 O Papel Do Advogado

A previsão legal da atividade do advogado é encontrada no artigo 133 da Constituição da Federal e na Lei de nº. 8.906/94, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, que menciona:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; (Vide ADIN 1.127-8)

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica. (BRASIL, 1994)

Vemos que as normas regulam que o advogado é indispensável na operacionalização do Direito. A lei comenta que os atos e manifestações do exercício da profissão do advogado são invioláveis e essa inviolabilidade é regulamentada por lei.

O Estatuto da Advocacia, Lei de nº. 8.906/94, em seu artigo 2º estabelece que: “o advogado é indispensável à administração da justiça.” (BRASIL, 1994). Diante esse exposto há que se dizer da importância da presença de um advogado e principalmente aqueles que contribuem prestando serviço público ou exercendo função social.

9.2 A Indispensabilidade Do Advogado

O direito ao advogado é compreendido como direito fundamental previsto constitucionalmente.

O objetivo da participação do advogado é o auxílio no processo democrático de construção e aplicação do ordenamento jurídico, fazendo a conferência da legitimidade ao direito.

No sentido da indispensabilidade da atuação do advogado, o legislador ao editar o artigo 133 da Constituição Federal mencionou ser indispensável o advogado na administração da justiça e o dispositivo legal está em harmonia com as disposições constitucionais, principalmente o da ampla defesa.

Ampla defesa e seu exercício vincula-se a liberdade de atuação do cidadão no exercício de seus direitos limitada ao regramento jurídico.

Já no processo administrativo, a Súmula Vinculante nº5 disciplina que o acusado pode elaborar a sua defesa e acompanhar o seu processo sem a presença da defesa técnica, pois essa falta, segundo a súmula, não fere a Constituição. Ou seja, a representação por advogado, portanto, é facultada ao acusado. Assim disciplina Bandeira: “o direito a fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação por força de lei” (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 472).

Nas causas que não ultrapassem o valor de 20 (vinte) salários mínimos, a lei também não obriga a presença de advogado para garantia da ampla defesa, conforme se verifica o art. 9º, § 1º, da Lei nº. 9.099/95, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências:

Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local. (BRASIL, 1995)

O artigo 164, da Lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos, estabelece que:

para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (BRASIL, 1990)

Diferente do que ocorre em sede judicial, o texto legal é objetivo quando prever que no processo administrativo disciplinar o acusado tem a faculdade de ser acompanhado ou não por uma defesa técnica, sendo que esse pode optar por acompanhar a apuração pessoalmente.

Daí, surge à dúvida se o agente público teria a competência para exercer a defesa do seu colega de trabalho no processo administrativo disciplinar. Ou se até mesmo o agente público teria condições de realizar a sua própria defesa quando acusado em processo administrativo disciplinar e ser garantido o devido processo legal com o respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Ora, considerando o que foi apresentado neste capítulo só resta impossibilitado o desenvolvimento de teses argumentativas que fundamentem essas pretensões.

9.3 A Defesa Técnica Por Meio De Advogado No Processo Administrativo Disciplinar

Após as considerações sobre a advocacia e o advogado realizadas até o momento, podemos fazer uma análise do que motivou o ordenamento jurídico a retirar a necessidade da participação do advogado no processo administrativo.

O Processo Administrativo Disciplinar como disciplina Meirelles (2015 p. 777) é espécie do gênero processo administrativo, e se constitui em um instrumento composto de um conjunto de atos coordenados para a apuração de uma infração cometida por servidor público e sua punição.

A Constituição Federal no seu artigo 133 dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça, nos limites da lei. É a lei, portanto, por declara uma disposição constitucional, a qual definirá os processos judiciais e administrativos, em que a presença do advogado constituído ou do defensor dativo é obrigatória, sob pena de nulidade processual.

Ainda, no Estatuto do Servidor Público Federal, Lei nº. 8.112/90, é estabelecido em seu art. 156 que ao servidor é assegurado, 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.

No entanto, a assistência de um advogado proporciona ao acusado, uma confiança de que os seus direitos serão respeitados e devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório serão cumpridos.

O Estatuto do Servidor Público Federal ainda determina, em seu artigo 143, que a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua

apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurando ao acusado a ampla defesa.

Diante do exposto acredita-se que as normas apresentadas afrontam o artigo 133 da Constituição Federal que trata da indispensabilidade de advogado para a administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão e limites da lei. Cuidando, dessa maneira, que as cláusulas pétreas, a saber, mais especificamente o art. 5º incisos LIV e LV não sejam violados.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A administração Pública é regida pelos princípios da legalidade, eficiência, impessoalidade e publicidade, e detém o poder e o dever de verificar as irregularidades no serviço público que chegarem ao seu conhecimento, bem como de punir os servidores.

Deve-se ressaltar que não se pode fazer confusão entre o processo e o procedimento. O processo, para o exercício da função administrativa, é um instrumento indispensável. Já o procedimento é o conjunto das formalidades que merecem ser observadas na prática dos atos administrativos.

O direito administrativo e as normas constitucionais regem o processo administrativo que constitui um instrumento capaz de apurar a ocorrência das irregularidades que chegaram ao conhecimento das autoridades administrativas e cometidas pelos servidores públicos na esfera do Poder Público.

A apuração tem por objetivo investigar a infração garantindo o princípio da moralidade, punindo os servidores que cometeram infrações de forma eficiente, permitindo ao servidor o acompanhamento do processo e garantindo tanto a ampla defesa e como também o contraditório e, tais princípios constitucionais, devem ser observados e garantidos em todos os processos, inclusive no processo administrativo disciplinar, sendo garantido em todas as fases, pois caso não o seja, ocorrerá a nulidade de todos os atos praticados no processo.

Quando se assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa, automaticamente, asseguram-se a igualdade entre as partes, efetivando a democracia mediante o princípio da isonomia, ou seja, uma parte apresenta provas e a outra parte tem o igual direito de questionar. Por isso a ampla defesa e o contraditório, como vimos, não pode ser separado do devido processo legal.

A Constituição Federal incorpora e assegura, a todos, as garantias essenciais a defesa. Para isso é instaurado um procedimento administrativo respeitando o que é estabelecido na Constituição. Em consequência os princípios são respeitados.

Da leitura das doutrinas ficou claro que a comissão deve ser imparcial, pois a ausência do devido processo legal gera a nulidade dos atos do processo administrativo disciplinar.

Fazendo uma consideração sobre as leis analisadas no estudo acerca do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar, temos: a Constituição Federal de 1988,

as Súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o artigo 5º inciso LV, da Constituição, a Lei 8.906/94, entre outras. Isso reforça o quanto tais princípios são importantes para o devido processo legal e garantia de defesa.

Vimos que é indispensável à presença de advogado ou de defensor dativo, embora se tenha editado a Súmula Vinculante nº 5 sobre o advogado no processo administrativo disciplinar, em sentido contrário à Súmula nº. 343 do STJ.

As legislações observadas ao longo do estudo, estabelecem que a presença do advogado é dispensável, é facultativa, porém há o entendimento disso ser prejudicial a garantia da ampla defesa e do contraditório.

Fica, então, a reflexão do assunto àqueles responsáveis para garantir o direito da ampla defesa e do contraditório respeitando o devido processo legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Comentada pelo STF. Disponível em <http://www.stf.gov.br> . Acessada em 25 de Agosto de 2017.

BRASIL, Lei 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acessada em 05 de setembro de 2017.

BRASIL, Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acessada em 29 de agosto de 2017.

BRASIL, Lei 8906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em <http://www.senado.gov.br> Acessada em 31 de agosto de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Proposta de Súmula nº 58**. In: **Regimento interno e súmulas**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=175280>>. Acessada em 31 de agosto de 2017.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Administrativo Positivo**. 4º ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2015.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

POLI, Camilimarcie. **O contraditório como elemento essencial do processo**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 11, Jul.-Dez. p.442-458. Disponível em <http://www.abdconst.com.br/revista12/contraditorioCamilin.pdf> - Acesso em: 30/10/2017

DE MELO. Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CHAVEIRO, JunioJoneval. **O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar**. Revista digital de direito administrativo, v. 2, n. 1, p. 411-440, 2015. RDDA, v. 2, n. 1, 2015 Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/86875/92278> Acesso em: 30/10/2017

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro (teoria e prática)**. 23ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1988.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6 ed. Atualizada até a EC 52/2006. São Paulo: Atlas, 2006.

SANTOS, Eugênio Paulino Faria. **A ampla defesa no processo administrativo Disciplinar**. 2008 Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1368. Acesso em: 29/08/2017.

SCHENK, Leonardo Faria. Contraditório e cognição sumária. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIII. p.552-582 Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11924/9337> - Acesso em: 30/10/2017

VadeMecum acadêmico de Direito / Organização Anne Joyce Angher. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006.