



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MANOEL MESSIAS DE SOUSA

**GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

**Brasília/DF
MARÇO DE 2016**



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MANOEL MESSIAS DE SOUSA

Garantias constitucionais do acusado no processo administrativo disciplinar

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Pós-Graduação como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional na Escola de Direito de Brasília (EDB/IDP).

Orientador: Hector Luís Cordeiro Vieira

**Brasília/DF
MARÇO DE 2016**

RESUMO

Para desincumbir-se de suas relevantes funções perante a sociedade, o Estado goza de um conjunto amplo de prerrogativas. Entretanto, o exercício desses poderes não pode afrontar direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente quando estiver em jogo a aplicação do poder sancionatório do Estado. Por incrível que pareça, em pleno século XXI, ainda se constata, no cotidiano, que a Administração Pública e Tribunais resistem em não cumprir na sua inteireza as garantias constitucionais asseguradas aos acusados no processo administrativo disciplinar. Essas garantias estão catalogadas no art. 5º, LIV, LV, LVII, LIII, LVI e LXXVIII, da Carta Maior. Daí o objetivo deste trabalho: discutir o alcance e aplicabilidade do conteúdo das garantias constitucionais em sede de processo administrativo disciplinar, utilizando-se de estudos teóricos, precedentes jurisprudenciais e casos empíricos.

Palavras-chave: Poder sancionatório do Estado. Resistência da Administração e dos Tribunais em assegurar na sua inteireza o cumprimento das garantias constitucionais dos acusados em PAD. Ofensa à Lei Maior.

ABSTRACT

In order to fulfill its duties in society, the State enjoys a wide range of powers. While in charge of these powers, it cannot violate fundamental rights, especially those associated with the application of punitive power towards citizens. Surprisingly, in plain XXI century, we still see Public Administration and Courts refusing to fully comply with constitutional guarantees of those accused in administrative disciplinary process. Such guarantees are inserted in article 5, LIV, LV, LVII, LIII, LVI e LXXVIII, of the Constitution. This work aims to discuss the meaning and aplicability of these constitutional rights in the field of administrative disciplinary process, by analysing theoretical studies regarding this issue, as weel as judicial precedents and empirical cases.

Keywords: punitive power of the state. Administration and Courts's refusal to fully comply with constitutional guarantees of those accused in administrative disciplinary process. An offense to Brazilian Constitution.

SUMÁRIO

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 5 |
| 1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL, O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA..... | 7 |
| 1.1 Aplicação das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar..... | 7 |
| 2 VIOLAÇÕES AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO..... | 13 |
| 3 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AO PAD..... | 22 |
| 3.1 Defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar: críticas à Súmula Vinculante n. 5 do STF..... | 22 |
| 3.2 Presunção de inocência..... | 31 |
| 3.3 Princípio do juiz natural | 33 |
| 3.4 Produção probatória no PAD: exigência de provas lícitas..... | 34 |
| 3.5 Duração razoável do processo administrativo disciplinar..... | 36 |
| CONCLUSÃO..... | 38 |
| REFERÊNCIAS..... | 41 |

INTRODUÇÃO

Todos os anos, milhares de processos administrativos disciplinares são instaurados pelos órgãos da Administração Pública federal, estadual e municipal no Brasil.

Os procedimentos investigatórios conduzidos pelo Estado em face de seus servidores podem redundar na aplicação de diversas penalidades, dentre as quais se inclui a expulsão definitiva dos quadros do serviço público.

Como é próprio de um Estado que se pretende democrático e de Direito, essas apurações só se legitimam na medida em que forem conduzidas com a observância de todas as garantias constitucionalmente asseguradas àqueles acusados de uma conduta antijurídica. Afinal, se o Estado não respeita as formas e as garantias jurídicas que ele próprio estatui, agindo, ao revés, de maneira arbitrária ou com abuso de poder, torna-se difícil exigir do cidadão o cumprimento de seus deveres perante o Poder Público.

Daí a relevância jurídica e social de se perquirir se o Estado vem exercendo o poder de punir o cidadão-servidor relapso de acordo com as leis e a Constituição da República.

A pesquisa, portanto, procura lidar com o problema do grau de efetividade das normas constitucionais que asseguram as garantias mínimas aos acusados em geral, especificamente na seara do processo administrativo disciplinar.

É preciso pesquisar se as garantias constitucionais têm sido reconhecidas, em toda sua plenitude e potencialidade, em relação aos servidores públicos que respondem a processos administrativos disciplinares na instâncias administrativas.

A preocupação com a legitimidade dessa atividade correicional do Poder Público também deita raízes de ordem prática. Não se desconhece as graves sequelas que a instauração de um PAD produz: além do impacto psicológico na vida do profissional/servidor investigado, há também reflexos no próprio clima organizacional do órgão público.

Nessa linha, o relevo da pesquisa está também na tentativa de se lançar luzes sobre a prática envolvendo a condução de processos disciplinares nos órgãos da Administração Pública, de sorte a se verificar se o conteúdo e o alcance das garantias que o texto constitucional previu para aqueles que se encontrarem na posição de *acusados*, estão sendo respeitados ou não pela Administração Pública e pelos Tribunais.

Reprisa-se: assentado na ideia de que a força normativa de nossa Carta Maior não pode ser mitigada apenas pelo fato de se estar diante de um processo administrativo, e não judicial, o presente trabalho procura verificar se tem sido dado o devido alcance prático às garantias do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, do juiz natural, da proibição de provas ilícitas, e da duração razoável do processo, no curso dos trabalhos conduzidos pelas comissões processantes.

Para se debruçar sobre esse problema da baixa efetividade das garantias constitucionais no âmbito dos PADs, a pesquisa vale-se de estudos teóricos, doutrinários e de precedentes jurisprudenciais versando sobre o tema.

Ademais, para enriquecer o trabalho com uma perspectiva empírica, foram trazidos 07 (sete) casos concretos que envolveram a não aplicação de garantias constitucionais em processos disciplinares em tramitação perante determinado órgão da Administração Pública¹. Essa perspectiva empírica contribuirá sobremaneira para enaltecer o estudo, pois facilitará a articulação entre os aspectos teóricos e práticos subjacentes ao tema ora pesquisado.

Para melhor exposição do tema, o estudo foi organizado em três capítulos.

No capítulo I, intitulado “O devido processo legal, o contraditório e ampla defesa”, traz-se uma digressão teórica sobre a supremacia do texto constitucional e sua irradiação sobre todos os ramos do direito. Em seguida, discorre-se sobre a aplicação do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar. No capítulo II, nomeado “Violações aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório,” são narradas situações concretas nas quais se verifica ofensas aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla de defesa. Por fim, no capítulo III, nominado “Aplicação dos princípios constitucionais ao PAD,” debate-se a defesa técnica por advogado no PAD e críticas à Súmula Vinculante nº 5 do STF, a presunção de inocência, o princípio do juiz natural, a exigência de provas lícitas e a duração razoável do processo, tendo sempre como foco a pessoa do servidor público como acusado no processo administrativo disciplinar.

¹ Deixa-se de citar o Órgão julgador, os processos e os nomes das partes, por impedimento legal imposto a este pesquisador pelos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90.

1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL, O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Ao longo do século XX, a ciência jurídica passou por uma mudança significativa de paradigma. Superou-se um modelo que via a Constituição como um mero documento político, cuja concretização dependia invariavelmente da discricionariedade do legislador e passou-se a reconhecer explicitamente aos princípios constitucionais o *status* de norma jurídica. Mais do que simples enunciados programáticos, as normas constitucionais são vistas como dotadas de força normativa suficiente para, por si própria, vincular comportamentos e orientar a atuação do Estado (Poder Público), independentemente da intermediação de lei.

Uma consequência direta do fortalecimento das Constituições foi o efeito expansivo das normas constitucionais por todo o sistema jurídico. Por esse fenômeno, todos os ramos do Direito passaram a sofrer os influxos axiológicos das normas constitucionais, inclusive o Direito Administrativo Disciplinar.

Partindo desse raciocínio, percebe-se um grande esforço em dar força normativa às normas constitucionais e viabilizar sua aplicabilidade direta a quaisquer relações jurídicas. Por isso mesmo, cumpre trazer para o debate, brevemente, a contribuição de outros autores para a temática aqui proposta.

Daí porque conhecer o “estado da arte” atual é fundamental para desatar o nó do problema desta pesquisa. Não há como estudar a eficácia das garantias constitucionais do acusado no processo administrativo disciplinar sem examinar o discurso teórico (doutrina e jurisprudência) que dá sustentação e conformação a cada uma dessas cláusulas de proteção.

1.1 Aplicação das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar

Na quadra atual, pode-se dizer que praticamente a unanimidade dos autores reconhece que as garantias constitucionais clássicas (voltadas aos acusados no processo penal) também se estendem aos servidores que respondem a processos disciplinares perante a Administração Pública.

Gilmar Ferreira Mendes chega a defender que a ausência dessas garantias nos PADs seria o mesmo que aceitar um “simulacro de defesa”² nas apurações disciplinares.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 434.059*, voto do Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJE nº 172, divulgação 11/09/2008, publicação 12/09/2008, Ementário nº 2332-4.

Sintetizando esse pensamento, Paulo Gustavo Gonet Branco, em obra de coautoria com o mesmo autor acima, assinala que “o direito à defesa e ao contraditório tem plena aplicação não apenas em relação aos processos judiciais, mas também em relação aos procedimentos administrativos de forma geral, incluídos os processos administrativos disciplinares”³.

Ensinam, ainda, que “compreensão diversa implicaria insistir no mau vezo das autoridades brasileiras de inverter a pirâmide normativa do ordenamento jurídico, de modo a acreditar menos na Constituição e mais na lei ordinária.”⁴

A jurisprudência, nesse ponto, trilha o mesmo caminho.

O Supremo Tribunal Federal, v.g., fixou jurisprudência no sentido de que os princípios do contraditório e da ampla defesa, ampliados pela Constituição de 1988, incidem sobre todos os processos, judiciais ou administrativos, não se resumindo a simples direito, da parte, de manifestação e informação no processo, mas também à garantia de que seus argumentos sejam analisados e levados a sério e em consideração pelo órgão julgador, bem assim o de ser ouvido em matéria jurídica⁵.

Apesar desse relativo consenso na atualidade, o fato é que – às vezes – a Administração Pública e os Tribunais ainda resistem em assegurar as garantias constitucionais dos acusados em processo administrativo disciplinar.

Isso ocorre porque durante a maior parte de nossa história constitucional, prevaleceu no Brasil uma vertente teórica segundo a qual era possível aplicação de sanções administrativas aos agentes públicos sem a necessidade de processo administrativo disciplinar, dotado de garantias como ampla defesa e contraditório.

Essa corrente, que ficou conhecida como “verdade sabida”, encontrava amparo tanto na lei quanto na jurisprudência antes da Constituição Federal de 1988.

Ary César Hernandez assim a resume:

Verdade sabida era o procedimento de imposição instantânea da penalidade administrativa, quando o servidor fosse surpreendido praticando uma infração

³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 9 ed. 2ª tiragem, Editora Saraiva, 2014, p. 466.

⁴ Ibid., p. 472.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 527.814*, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJE nº 162, divulgação 28/08/2009, publicação 29/08/2008, Ementário nº 2330-45

administrativa ou logo após tê-la praticado. A penalidade era imposta como que em estado de flagrância pelo superior hierárquico, que tomava conhecimento imediato da infração praticada e, usando do poder disciplinar, instantaneamente aplicava a respectiva sanção. Assim sendo, quando, verbi gratia, um chefe de serviço surpreendesse seu subordinado dormindo na repartição pública, como ele próprio já tomara imediato conhecimento de uma infração, também imediatamente já aplicava a penalidade administrativa, sem qualquer oportunidade de defesa ao servidor tido por faltoso, que, caso pudesse demonstrar sua inocência (ex. por ser diligente e assíduo, não quisera faltar ao serviço nem mesmo quando o médico lhe receitara certo medicamento que causava o inconveniente da sonolência), ficava impossibilitado de defesa, nada podendo dizer em seu benefício, já que só lhe restava a via recursal administrativa ou mesmo a via judicial para rediscutir a matéria.⁶

Realmente, os textos constitucionais de 1934 (art.169), 1937 (art. 156, “c”), 1946 (art. 189, II), 1967 (art. 103, II) e na Emenda 1/69 (art. 105, II), só previam a presença do processo administrativo, como garantia do acusado, se a punição disciplinar a ser aplicada ao servidor público resultasse em sua demissão.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 rompeu com essa tradição e passou a exigir também o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, para qualquer acusado independentemente da natureza jurídica do processo, seja judicial ou administrativo, ou ainda, independentemente da gravidade da sanção disciplinar a ser aplicada.

Pois bem, à medida que se constatava a injustiça da doutrina original da “verdade sabida”, foram surgindo questionamentos a esse meio de apuração sumário e sem direito de defesa.

Inicialmente, a ideia de instaurar processos administrativos para respaldar o poder disciplinar da Administração advinha mais de uma preocupação em documentar as faltas funcionais. O objetivo era tão somente demonstrar que o órgão superior não estava inerte e que não compactuava com a quebra de deveres funcionais de seus subordinados. Nesse primeiro momento, portanto, muito mais do que assegurar garantias mínimas ao servidor acusado, a instauração dos PADs visava, na realidade, apenas proteger o Estado, demonstrando que a Administração Pública estava vigilante sobre as atividades dos seus órgãos inferiores, exercendo uma fiscalização constante.

⁶ HERNANDEZ, Ary César. O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo. **Revista Justitia**. Disponível em <http://www.revistajustitia.com.br/links/artigos2.php>. Acesso em 02/11/2015.

Já em um segundo momento, os juristas logo constataram que a necessidade de um procedimento formal apuratório era condição necessária para a imposição de qualquer penalidade de maneira minimamente justa e legítima.

Com o advento da Constituição de 1988 e o fenômeno da constitucionalização do direito, a literatura jurídica, como visto em linhas pretéritas, convergiu no entendimento de que a aplicação de sanção disciplinar pela “verdade sabida”, não era mais compatível com a norma constitucional insculpida no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, que assegura e exige que nos processos administrativos e aos acusados em geral seja deferido o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Odete Medauar⁷ ao escrever sobre o devido processo legal, contraditório e ampla defesa no âmbito administrativo, afirma:

A exigência de atuação administrativa processualizada, prevista no inc. LV para as hipóteses indicadas vincula-se profundamente ao inc. LIV do art. 5º, que estabelece a cláusula do devido processo legal, nos seguintes termos: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Relacionando os incs. LIV e LV, pode-se dizer que o segundo especifica, para a esfera administrativa, o devido processo legal, ao impor a realização do processo administrativo, com as garantias do contraditório e ampla defesa, nos casos de controvérsia e ante a existência de acusados. No âmbito administrativo, desse modo, o devido processo legal não se restringe às situações de possibilidade de privação de liberdade e de bens. O devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e ampla defesa, aplicados ao processo administrativo⁸.

José Armando da Costa, por sua vez, reforça a importância do princípio da ampla defesa e do contraditório, dizendo que “nenhuma punição disciplinar, por mais leve que seja, poderá ser imposta, sem que o respectivo procedimento apuratório assegure, ao servidor imputado, o necessário espaço para o exercício do mais irrestrito direito de defesa.”⁹

Na esteira de Odete Medauar, Romeu Felipe Bacellar Filho, ensina que “os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal devem ser interpretados de forma

⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 187.

⁸ *Ibidem.*, p. 187.

⁹ DA COSTA, José Armando. **Processo Administrativo Disciplinar, Teoria e Prática**, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 57.

combinada. Bem por isso o devido processo legal desdobra-se, sobretudo nas garantias do contraditório e da ampla defesa, com aplicabilidade no processo administrativo.”¹⁰

No mesmo sentido é a posição de José dos Santos Carvalho Filho. Ao escrever sobre o devido processo legal, aduz:

Em relação ao processo administrativo, o princípio do devido processo legal tem sentido claro: em todo o processo administrativo devem ser respeitadas as normas legais que o regulam. A regra, aliás, vale para todo e qualquer tipo de processo, e no caso do processo administrativo incide sempre, seja qual for o objeto a que se destine. Embora se costume invocá-lo nos processos litigiosos, porque se assemelham aos processos judiciais, a verdade é que a exigência do postulado atinge até mesmo os processos não litigiosos, no sentido de que nestes também deve o Estado respeitar as normas que sobre eles incidam.¹¹

Outro não é o magistério de Ivan Barbosa Rigolin, como se vê do excerto abaixo:

Se assim é, tão logo o Poder Público acuse servidor de alguma infração, precisará, a partir desse momento, instaurar um regular procedimento contraditório, abrindo possibilidade de ampla defesa e de completa instrução procedimental, com todos os meios de prova de inocência do acusado. Entre essas provas arrolam-se a oitiva de testemunhas, as perícias, os exames, as diligências, as averiguações, as acareações, bem como quaisquer outros meios admitidos juridicamente.¹²

Cabe, ainda, trazer o escólio de Mauro Roberto Gomes de Mattos, que, ao escrever sobre o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, assevera:

A Constituição Federal de 1988, inspirada nos novos valores estabelecidos pelas Leis Fundamentais dos países democráticos de direito, trouxe uma grande e relevante inovação, estabelecida no seu art. 5º, LV, assim definido: “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”.

(...)

Esse direito fundamental da ampla defesa e do contraditório é de curial importância para o âmbito disciplinar, em decorrência de que foi consagrada a participação efetiva do servidor acusado em todas as fases do processo administrativo disciplinar, que deixou de ser arbitrário para ser mais

¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 965.

¹² RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 319.

democrático, com o término da verdade material para dar lugar a verdade real, além do princípio da transparência.¹³

Por último, calha bem aqui as palavras de Fábio Medina Osório¹⁴ segundo as quais “a submissão de um cidadão ao poder investigatório do Estado há de obedecer rituais jurídicos, resguardando-se direitos fundamentais contra o arbítrio, a prepotência ou mesmo a arrogância de representantes do Estado.”

Destarte, essa breve revisão teórica e doutrinária demonstra que na atual quadra do Estado Democrático de Direito, o direito à defesa e todos os meios e recursos a ela inerentes é dever do Estado, qualquer que seja a função que esteja desempenhando. Abrange, portanto, tanto os processos judiciais quanto os processos administrativos disciplinares.

¹³ DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 85-86.

¹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 5 ed.-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 430.

2 VIOLAÇÕES AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Como visto, a literatura jurídica não mais discute sobre a aplicabilidade ou não das garantias constitucionais do acusado no plano da Administração Pública.

Contudo, apesar do consenso doutrinário quanto à aplicação dos postulados constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares, nota-se, ainda, uma certa resistência da Administração Pública e dos Tribunais em assegurar a aplicação deles, na sua inteireza, em relação ao processo administrativo disciplinar.

Só quem atua no dia a dia como presidente de comissões disciplinares, como advogado de defesa, ou figura como acusado em PAD percebe essa realidade.

A percepção que se tem é que hoje os acusados em processo administrativo disciplinar ainda têm uma defesa deficiente e fraca tecnicamente. A experiência deste aluno-pesquisador, por atuar como presidente de comissões disciplinares, já presenciou essa realidade várias vezes¹⁵.

Não são poucos os acusados em processos administrativos disciplinares injustiçados pela Administração Pública e até pelos Tribunais. Bem por isso, a ausência de um profissional do direito qualificado para orientar e defender com eficiência o servidor público no processo administrativo disciplinar ofende a Constituição Federal.

Isso ocorre principalmente pelo fato de a maioria dos servidores públicos não conhecerem seus deveres e direitos, nessa qualidade.

Em relação aos servidores públicos federais, por exemplo, por incrível que pareça, muitos desconhecem o teor das Leis 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais); 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, direta e indireta); e 8.027, de 12 de abril de 1990 (dispõe sobre normas de condutas dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas). Explica-se: a experiência deste aluno-pesquisador como presidente de comissões disciplinares de PAD, há mais de cinco anos, comprova essa assertiva¹⁶.

¹⁵ Deixa-se de citar o Órgão julgador, o número do processo e o nome das partes, por impedimento legal previsto nos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90.

Apesar de muitos estudarem essas leis na preparação do concurso público, depois abandonam o estudo desses diplomas legais. Fundamentação: a atuação deste aluno como servidor público federal, atuando em comissões processantes¹⁷. Esse cenário de desconhecimento e de falta de informação é ainda mais notável na seara dos servidores ocupantes de cargos altamente especializados dentro da Administração Pública, tais como médicos, engenheiros, enfermeiros, arquitetos, etc. Por desempenharem atribuições funcionais bastante específicas dentro do aparato estatal, esses servidores terminam não conhecendo praticamente nada sobre o regime disciplinar ao qual estão submetidos.

Esse distanciamento dos servidores com o Direito acaba contribuindo para uma baixa conscientização jurídica, que redundando, não raro, em aviltamento de garantias e direitos desses colaboradores.

Repete-se: a experiência do cotidiano como presidente de comissão disciplinar tem demonstrado que muitos servidores, quando estão respondendo processo administrativo disciplinar, têm suas defesas fragilizadas e prejudicadas, ora por não constituírem advogado, ora por desconhecerem seus direitos. Isso leva às comissões processantes, às vezes, atuarem com certo ativismo, para maximizar a eficácia das normas constitucionais.

Observa-se, ainda, que muitos servidores membros de comissões disciplinares não estão totalmente capacitados para desempenhar essa tarefa – delicada e espinhosa – que é investigar os próprios colegas de trabalho.

Nesse particular, o ideal seria qualificar melhor os servidores que atuam nas comissões disciplinares, com a participação em cursos em direito disciplinar, e conscientizá-los de que as garantias constitucionais conferidas aos acusados em processo administrativo disciplinar não são inferiores aos direitos assegurados aos acusados no processo judicial. A Constituição Federal de 1988 não faz qualquer distinção nesse sentido.

Outro caminho a ser percorrido seria a atuação especializada dos advogados de defesa. É inconcebível um advogado se arriscar em defender um cliente/servidor nessa área sem conhecer sequer a legislação pertinente à matéria.

A par disso e a título de ilustração, traz-se à baila algumas situações empíricas nas quais se percebe claramente ofensa às garantias constitucionais dos acusados em processo

¹⁶ Deixa-se de citar o Órgão julgador, o número do processo e o nome das partes, por impedimento legal previsto nos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90.

¹⁷ Idem.

administrativo disciplinar, por desconhecimento de seus direitos, ausência de defesa técnica por advogado e também por abuso e arrogância – às vezes – tanto da Administração Pública quanto de alguns Tribunais.

1º fato:¹⁸ um servidor, agindo com dolo e culpa, “riscou” o veículo de outro servidor no interior da garagem do órgão público onde ambos trabalham. Foi instaurado processo administrativo disciplinar contra o autor dessa conduta. Quando ele recebeu a notificação prévia, encaminhou requerimento ao presidente da comissão processante, afirmando que assumia a culpa pelo ocorrido, mas que somente estava agindo daquela forma porque estava prestes a se aposentar e não queria que o processo se prolongasse, demonstrando total desconhecimento de seu direito fundamental de defesa. Aduziu também que queria ressarcir as despesas pelo conserto do veículo.

No caso, havia espaço jurídico para o acusado, inicialmente, negar a autoria do fato, no entanto, não o fez. No caso empírico aqui narrado, o servidor não tinha advogado constituído nos autos.

A comissão processante, após a instrução do processo¹⁹ opinou pelo seu arquivamento, na fase do art. 161, da Lei n. 8.112/90, sem indiciar o acusado, ao fundamento de que a conduta praticada por ele havia ocorrido fora das atribuições do cargo, como exige o art. 148 da Lei n. 8.112/90. Aplicou-se, no caso, o princípio da tipicidade da conduta, um desdobramento das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (Conduta praticada fora das atribuições do cargo: ausência do tipo “em serviço”).

Na espécie, pelo fato de o servidor não conhecer seus direitos e não ter constituído advogado nos autos, a comissão teve que agir com um certo grau de ativismo para salvaguardar a aplicação das garantias constitucionais do acusado, ante a ausência de autodefesa ou defesa técnica.

Daí a necessidade de o acusado em processo administrativo disciplinar ser defendido por um advogado, em qualquer fase ou circunstância, sob pena de se violar os postulados do *due process of law*, do contraditório e da ampla defesa.

¹⁸ Deixa-se de citar o Órgão julgador, o número do processo e o nome das partes, por conta do sigilo imposto ao pesquisador pelos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90

¹⁹ Idem.

2º fato:²⁰ na mesma situação colocada acima, a Administração Pública discordou do entendimento da comissão disciplinar e aplicou, de imediato, pena disciplinar ao acusado, sem indiciá-lo primeiro e ele apresentar defesa escrita. No caso, indica a doutrina e a jurisprudência que o correto seria desconstituir a comissão processante e nomear outra (art.167, c/c o art. 169, Lei n. 8.112/90), o acusado ser indiciado (se o caso), ser citado para se defender no prazo de 10 (dez) dias (art. 161, Lei n. 8.112/90), e a nova comissão elaborar relatório final (art. 165, Lei n. 8.112/90), propondo ou não pena sancionatória, aí, sim, no julgamento do processo, a autoridade administrativa julgadora, poderia aplicar pena disciplinar ao acusado, seguindo a liturgia legal do art.168, Lei n. 8.112/90.

Tem-se neste caso empírico narrado uma comprovação de que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa do acusado no processo administrativo disciplinar não foram reconhecidas em toda sua plenitude e potencialidade, por falta de orientação técnica.

3º fato:²¹ a comissão processante ouviu um superior hierárquico do servidor acusado no PAD e ele (acusado) sabia, de antemão, que aquela pessoa era sua inimiga. Diante dessa situação, se conhecesse seus direitos, poderia contraditar essa testemunha no início da audiência, com base no art. 214, do CPP, c/c o art. 414, § 1º, do CPC/73, aplicados, no caso, por analogia. No entanto, não o fez. Depois de encerrada a audiência, o servidor, revoltado, comunicou à comissão disciplinar que aquela testemunha era sua inimiga. Tarde de mais, primeiro, porque, neste caso, os membros da comissão disciplinar não poderiam fazer nada, sob pena de quebra do princípio da imparcialidade, nos termos do art. 150, Lei n. 8.112/90; segundo, caberia a ele ter avisado seu advogado antes do início da audiência, para que pudesse, se o caso, contraditar a testemunha, mas nada disso o fez.

Mais uma vez os postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa do acusado em processo administrativo disciplinar foram violados, por desconhecimento de seus direitos e habilidade técnica de seu advogado.

4º fato:²² estabelece o artigo 128 da Lei nº 8.112/90 que na aplicação das sanções disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que

²⁰ Deixa-se de citar o Órgão julgador, o número do processo e o nome das partes, por conta do sigilo imposto ao pesquisador pelos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90.

²¹ Idem.

²² Idem.

dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Em um caso concreto, determinada comissão processante, sopesando os preceitos do artigo 128 da Lei n. 8.112/90, as circunstâncias e a gravidade da infração disciplinar praticada, propôs pena de suspensão pelo prazo de 30 (trinta) dias, por violação aos arts. 116, incisos I (exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo), II (ser leal às instituições a que servir), III (observar as normas legais e regulamentares) e IX (manter conduta compatível com a moralidade administrativa); 117, incisos X (participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário) e 132, inciso XIII (transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117), todos da Lei nº 8.112/90.

Todavia, considerando que a conduta do acusado, na espécie, constituía um fato isolado na vida profissional dele; que não constava nos autos informação de que ele já havia respondido antes outro PAD ou Sindicância; que suas avaliações de desempenho eram regulares, a trinca processual sugeriu, então, aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, para evitar a sua demissão, com base no art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n. 9.784/99 (“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: (...); VI- adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público).

Mencionou-se doutrina de Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, segundo a qual “o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa”²³.

Citou-se também precedente do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual o “ato administrativo que impõe a sanção disciplinar está vinculado aos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade”. (MS 14.504/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 20/08/2013).

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; GONET, Paulo Gustavo Branco. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 322.

Entretanto, mesmo assim o acusado foi demitido, ao argumento de que quando o enquadramento legal da comissão processante no relatório final se der em algum dos tipos do art. 132, da Lei n. 8.112/90 (que preveem demissão), não se aplica os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Alegou-se que em casos como este a gravidade da conduta atrai a incidência da legalidade, assim, o ato demissional torna-se vinculado.

E o pior: o entendimento majoritário hoje na jurisprudência do STF (RMS 30899/DF e do STJ (MS 14.667/DF, MS 17.811/DF, MS 19.823/DF), bem como da CGU em seu Manual do PAD, é o de que realmente não se aplicam os postulados da proporcionalidade e razoabilidade se a conduta do acusado no PAD for enquadrada no rol do art. 132 da Lei n. 8.112/90.

Ousa-se discordar do STF, do STJ e da CGU, porquanto esse posicionamento maltrata os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, cláusulas pétreas (CF, arts. 1º, III e 5º, LIV e LV).

Fundamentação: com esse posicionamento, o STF, o STJ e a CGU invertem a pirâmide normativa do ordenamento jurídico, de modo a acreditar menos na Constituição e mais na lei ordinária, e, conseqüentemente fazem da Constituição Federal “letra morta.” Entendimentos desse jaez convertem as normas constitucionais em regras ineficazes e puramente decorativas em matéria de direitos fundamentais e dignidade humana. É inadmissível que em pleno século XXI haja tanta ações invasivas do Estado contra o cidadão, em nome de certos dogmas e purezas clássicas que não se mostram mais capazes de resolver os conflitos da sociedade pós-modernidade.

Segundo Fábio Medina Osório “quando se têm precários espaços de defesa, de contraditório ou de imparcialidade da autoridade julgadora, certamente os direitos em litígio tornam-se igualmente mais precários, despidos de conteúdos ambiciosos ou limitadores do arbítrio estatal.”²⁴

5º fato:²⁵ observa-se no cotidiano que quando o servidor passa a responder processo administrativo disciplinar, a Administração Pública não o deixa pedir exoneração ou

²⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 409.

²⁵ Deixa-se de citar o Órgão julgador, o número do processo e o nome das partes, por conta do sigilo imposto ao pesquisador pelos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90

se aposentar voluntariamente, enquanto o PAD não for concluído e ocorrer o cumprimento da pena, caso aplicada, por incidência do art. 172 da Lei n. 8.112/90. Essa proibição constitui uma grave e odiosa violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e presunção de inocência (CF, art. 5º, LIV e LVII), e dos princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e razoabilidade, agora expressos na norma infraconstitucional (art. 2º, Lei 9.784/99).

Imagine-se que a Administração Pública demore um ano ou até um ano e meio para concluir o PAD; então, só porque o PAD não foi concluído dentro do prazo legal de 60 dias (art. 152, Lei n. 8.112/90), durante todo esse longo período, o servidor não poderá requerer sua aposentadoria voluntária ou exoneração do cargo?

Ora, as garantias e direitos fundamentais são inerentes a todo e qualquer processo punitivo, seja ele administrativo ou judicial. O servidor público não tem culpa pela demora da Administração Pública em concluir o PAD. Então, o razoável e a melhor alternativa aceitável nestes casos é que o servidor/acusado possa se desvincular do serviço público, sem prejuízos da continuidade das investigações instauradas contra ele, mesmo que se tenha que mudar posteriormente a natureza jurídica do seu desligamento do serviço público.

Curiosamente, o que se vê no cotidiano é que nem os servidores públicos acusados em PAD e nem seus advogados questionam essa prática da Administração Pública. Impressionante! Por isso mesmo, como ninguém questiona, a Administração Pública continua agindo dessa forma - impedindo o servidor de pedir exoneração ou se aposentar voluntariamente - fazendo “vista grossa” à efetividade das garantias constitucionais dos servidores públicos acusados em processos administrativos disciplinares.

6º fato:²⁶ é bastante comum a Administração Pública interromper as férias regulamentares do servidor público quando ele está respondendo um PAD, por razões discricionárias (juízo de conveniência e de oportunidade). O fundamento mais comum é o de que o afastamento do servidor de suas atribuições, durante a instrução do processo administrativo disciplinar, pode causar embaraços às investigações, como, por exemplo, não ser localizado para participar dos atos processuais do PAD.

²⁶ Deixa-se de citar o Órgão julgador, o número do processo e o nome das partes, por conta do sigilo imposto ao pesquisador pelos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90

Ousa-se discordar. Nos dias de hoje e em um Estado de direito e democrático, não existe mais nenhum direito absoluto. Todos se submetem aos primados do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Com efeito, estabelece o art. 80 da Lei nº 8.112/90 que as férias do servidor público somente poderão ser interrompidas por motivo de calamidade pública, comoção interna, convocação para júri, serviço militar ou eleitoral, ou por necessidade do serviço declarada pela autoridade máxima do órgão ou entidade.

Parece que a instauração de um PAD não se enquadra em nenhuma dessas situações preconizadas no art. 80 da Lei n. 8.112/90. De todo modo, no plano disciplinar, é preciso estar sempre atento à razoabilidade, ao bom-senso, ao diálogo e à negociação ética e sincera entre a Administração e o acusado em PAD.

Em sede de processo administrativo disciplinar, a Administração Pública deve evitar o máximo práticas invasivas das garantias constitucionais do acusado nesses procedimentos administrativos. O poder punitivo do Estado não pode, em nome do interesse público, da conveniência e discricionariedade, atropelar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Só se justifica a interrupção das férias do servidor acusado em PAD quando não houver outra alternativa viável, razoável e legal para a Administração dar andamento ao procedimento investigatório.

Ora, pode ser que o servidor já tenha, de antemão, comprado passagens aéreas, feito reserva de hotel e quitado as despesas da viagem, para viajar sozinho ou com seus familiares. Tudo isso precisa ser levado em conta pela Administração Pública antes de, eventualmente, interromper as férias do servidor acusado de falta funcional. Do contrário, poder-se-á estar diante de um flagrante abuso de poder ou abuso de autoridade.

7º fato:²⁷ outra situação que se observa no dia a dia das comissões disciplinares é o servidor público, quando figura como acusado em PAD, ter que arcar com as despesas de hospedagem e passagens áreas no deslocamento de uma cidade para outra ou de um Estado para outro para participar de audiências de oitiva de testemunhas ou outras diligências.

Muitos servidores acusados em PAD requerem à Administração Pública custear tais despesas de deslocamento, mas seus pedidos são geralmente indeferidos, com base no art.

²⁷ Deixa-se de citar o Órgão julgador, o número do processo e o nome das partes, por conta do sigilo imposto ao pesquisador pelos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90

173 da Lei 8.112/90, ao fundamento de que só fazem jus a esse benefício quando convocados como testemunha.

Parte da doutrina e jurisprudência dos Tribunais abonam esse entendimento da Administração Pública.

Todavia, o entendimento correto e justo seria a Administração Pública cobrir as despesas do acusado em PAD quando tiver que se deslocar de seu domicílio para outro ou de sua cidade para outra unidade da Federação para acompanhar audiências de oitiva de testemunhas e outras diligências a serem realizadas pela comissão disciplinar.

Imagine-se que o servidor gaste um valor considerável em dinheiro para custear suas despesas com passagens aéreas e hospedagem, e no final do PAD ele é absolvido! E aí? Por isso a pertinência da pergunta: se o servidor foi absolvido no final, é justo que ele assumira essa despesa, ante o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII)? Ora, o ônus de se comprovar a culpa do servidor acusado no PAD é da Administração Pública. Forte nessas premissas, tem-se que o mais justo e razoável é a Administração arcar com as despesas de deslocamento do acusado em PAD. Mas, como na prática do dia a dia isso não ocorre, observa-se uma violação às garantias constitucionais do acusado no PAD.

Destarte, os fatos narrados nos parágrafos anteriores demonstram de forma clara desprezo e malferimento às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa em relação aos acusados em processo administrativo disciplinar.

3. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD)

3.1 Defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar: críticas à Súmula n. 5 do STF

As situações empíricas narradas acima demonstram de forma inobjetable que a maioria dos servidores acusados em processo administrativo disciplinar desconhece seus direitos e que a ausência de advogado constituído nesses processos fragiliza sobremaneira seu direito de defesa.

Também ficou evidente que a Administração Pública e os Tribunais - às vezes - resistem em dar efetividade às garantias constitucionais do acusado no processo administrativo disciplinar.

Neste contexto, tem-se que o enunciado da Súmula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal (“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”), constitui um retrocesso jurídico, porquanto viola as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Uma das teses sustentadas pelo STF foi a de que o artigo 156 da Lei n. 8.112/90 (“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”) não exige a defesa elaborada por um profissional do direito, sendo, no caso, uma faculdade do acusado.

O STF no julgamento do RE 434.059/DF, em 07 de maio de 2008, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, ofendeu a Lei Maior da República Federativa do Brasil, ao proclamar que em sede de processo administrativo disciplinar, se foi devidamente assegurado ao acusado o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

A Suprema Corte de Justiça do Brasil não levou em consideração, entre outros aspectos, o aspecto emocional do servidor acusado e suas angústias. Pelo contrário, a grande preocupação nesse julgamento, segundo vozes abalizadas, foi com a repercussão financeira da decisão, nas esferas federal, estadual e municipal. Obviamente, que a inconstitucionalidade da Súmula n. 5 do STF não está sustentada só nesses casos. Outras ponderações jurídicas serão

apontadas abaixo, que comprovam que aquele verbete violou a Lei a Maior da República Federativa do Brasil.

Insiste-se: só quem atua no cotidiano como presidente e membro de comissões disciplinares e advogado de defesa em processo administrativo disciplinar sabem o quanto é angustiante e estressante para o servidor público que responde a um PAD. Como está consignado na introdução, tem servidor que chega a “chorar” perante os membros da comissão durante as audiências, principalmente no momento de seu interrogatório. Existe servidor que se sente “mal” só de ser chamado de “acusado” pelos membros da comissão processante.

Tem servidor que faz um verdadeiro “desabafo” aos membros da comissão disciplinar quando recebem a notificação prévia ou durante o seu interrogatório, dizendo, entre outras coisas, que depois da instauração do PAD “não consegue mais dormir”; “está vivendo às custas de medicamentos”; “que se sente decepcionado com o órgão, ao qual tem se dedicado de “corpo e alma”; que mesmo depois de muitos anos de trabalho, agindo com esmero e afinco, de repente, “vê sua moral ruir”.

Muitos desses servidores, diante desse quadro, começam a apresentar atestados médicos no setor onde trabalham, de forma repetida, e a partir daí tanto a Administração quanto o acusado, passam a conviver com mais um problema: problema psicológico do servidor acusado e a ausência dele ao trabalho, sobrecarregando os demais colegas no setor ou repartição pública onde se encontra lotado²⁸.

Por isso tem razão Rui Stoco²⁹ quando aduz “que submeter o agente público a processo de natureza disciplinar é tão grave quanto submeter qualquer pessoa a processo de natureza penal, pois, para eles significa uma *capitis diminutio* que traz ansiedade e apreensão.”

Agora não é mais só a instauração de um PAD, que, querendo ou não, gera uma expectativa negativa no ambiente de trabalho, pois, no fundo, significa que algo de errado pode ter acontecido, numa demonstração inequívoca de incompetência de gestão do Órgão Público ou Setor e também uma fraqueza espiritual, profissional e social do servidor que responde esse PAD.

²⁸ Deixa-se de citar o Órgão julgador, o número do processo e o nome das partes, por conta do sigilo imposto ao pesquisador pelos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90.

²⁹ STOCO, Rui. **Processo administrativo disciplinar: processo disciplinar na administração pública no Conselho Nacional de Justiça e nos Tribunais**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015, p. 16.

As consequências de tudo isso são graves, porquanto se passa a ter um servidor público frustrado, profissionalmente, e, acima de tudo, doente psicologicamente, à disposição da Junta Médica Oficial. E correlatamente, tem-se outro embaraço administrativo: o servidor, por estar doente e à disposição da JMO, continua recebendo seus salários integrais, meses após meses, com custos para o erário³⁰.

Repete-se: o STF não levou em consideração os aspectos extraprocessuais em relação ao acusado no processo administrativo disciplinar ao editar a Súmula Vinculante nº 5.

Portanto, tem razão Mauro Roberto Gomes de Mattos quando escreve

O desvio e o abuso de poder, na esfera do processo administrativo disciplinar, resultam na direta ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, haja vista que as penas podem abalar a estrutura financeira e moral do servidor punido e de seus familiares, os quais têm no cargo ocupado e na sua respectiva remuneração base segura de sobrevivência e de padrão econômico, ainda mais num regime jurídico em que se prevê a estabilidade no serviço público como garantia de assento na Carta Fundamental da República, preceito que não pode ser negado por expedientes desleais de produção de provas ilícitas, de manejo do poder de punir de forma distorcida, injustificada, autoritária ou com motivação em questões pessoais ou antipáticas³¹.

Daí a importância da efetividade da aplicação das garantias constitucionais do acusado no processo administrativo disciplinar, que, lamentavelmente, na prática não vem ocorrendo na sua inteireza, como já demonstrado em linhas pretéritas. A Administração Pública lida com “seres humanos”, sujeitos de direitos e obrigações, titulares de direitos fundamentais que merecem ser respeitados pelo Estado.

O direito constitucional se irradia por todos os ramos do direito, inclusive no direito administrativo disciplinar, visando garantir o equilíbrio nas relações estatais, sociais e políticas entre a Administração e os administrados.

Talvez se esses servidores - nos exemplos acima mencionados - conhecessem seus direitos e houvessem sido assistidos, desde o início por um bom advogado, suas garantias constitucionais teriam sido cumpridas. Advogar em causa própria não é bom, não é conveniente, porque o aspecto emocional acaba traindo o equilíbrio e a razão.

³⁰ Deixa-se de citar o Órgão julgador, o número do processo e o nome das partes, por conta do sigilo imposto ao pesquisador pelos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90.

³¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada – Regime Jurídico Único do Servidor Público Federal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 18-19.

Fernanda Marinela, ao se manifestar sobre a Súmula Vinculante n. 5 do STF, em nota de rodapé, enfatiza que “infelizmente a edição dessa nova súmula vinculante representa um retrocesso na evolução dos princípios constitucionais e na consolidação do direito de ampla defesa. Aparentemente a medida respaldou-se mais em fins econômicos do que jurídicos propriamente ditos.”³²

A doutrina e a jurisprudência já tinham pacificado o entendimento de que a Administração Pública não pode inviabilizar a garantia da ampla defesa e do contraditório aos acusados em processo administrativo disciplinar, como medida de justiça. O STJ chegou a sumular a matéria, pelo verbete 343, editada em 21.09.2007³³.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça também se inclinara para a tese de que a defesa técnica constituía mera faculdade do acusado, de modo que sua ausência, no caso concreto, não implicaria nulidade do procedimento apuratório.

Porém, ao perceber que a falta de intervenção de um profissional do Direito em defesa do acusado no curso do processo fragilizava a garantia da ampla defesa, atingindo o próprio núcleo essencial dessa cláusula constitucional, o Tribunal modificou sua compreensão acerca da matéria.

A jurisprudência do STJ então acabou se firmando pela indispensabilidade do advogado no âmbito dos processos administrativos disciplinares, redundando na edição da súmula 343.

Entretanto, o STF, no julgamento do RE 434.059/DF, em 07 de maio de 2008, de relatoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes, anulou totalmente o entendimento pacificado pelo STJ na Súmula 343, e editou, como dito, a Súmula Vinculante 5, anunciando pensamento contrário.

Combate-se, um a um, de forma sucinta, os fundamentos sustentados pelo STF, no julgamento do RE 434.059/DF, em 07 de maio de 2008, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, a seguir.

³² MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**, 7ª edição, Editora Impetus: Niterói-RJ, 2013, p -1099.

³³ Súmula 343: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

1º. Se forem garantidos os direitos de informação, de comunicação e de ver seus argumentos considerados, na linha da jurisprudência da Corte Constitucional alemã, a defesa técnica terá sido exercida em sua plenitude, prescindindo de defesa técnica.

O direito fundamental à ampla defesa não se esgota apenas com esses três elementos: (i) o caráter prévio da defesa; (ii) o dever de individualização das condutas; e (iii) o direito à prova. Eles não são suficientes para assegurar que o acusado no PAD tenha sido efetivamente defendido. Alguns meios e recursos de defesa só são explorados em toda sua potencialidade se o acusado estiver assistido, desde o início, por um advogado constituído nos autos. Afinal, apenas um técnico do direito terá plenas condições (técnico-emocional) de questionar eventuais erros de procedimento da comissão processante ou mesmo de suscitar questões jurídicas válidas e robustas, capazes de desconstituir enquadramentos jurídicos equivocados, por exemplo.

Além disso, a presença da defesa técnica evita uma postura de indiferença com o caso ou até mesmo de desleixo por parte da comissão processante. Não é difícil imaginar, por exemplo, uma situação concreta na qual a trinca disciplinar lê a defesa, individualiza as condutas, chegando até mesmo a transcrever trechos da peça defensiva no relatório final, mas não enfrenta um a um os pontos ou argumentos nela citados, ou ainda, utiliza argumentos inconsistentes à luz do ordenamento jurídico brasileiro. A mera ciência de que o Relatório Final passará pelo escrutínio crítico de um profissional técnico com formação jurídica já faz com que a comissão disciplinar seja mais diligente e comprometida com os direitos e garantias constitucionais do acusado.

2º. A defesa técnica só seria exigível se a complexidade da questão tornasse o acusado inapto para exercer a autodefesa, ou se a sua ausência não permitisse ao servidor exercer mais do que um simulacro de defesa.

Esse argumento do STF não se sustenta. A experiência deste aluno-pesquisador demonstra que, na prática, uma pessoa que não tem formação em direito dificilmente saberá distinguir quando uma questão jurídica é ou não complexa, exigindo a estratégia “x” ou “y”.

Ora, tanto no processo judicial quanto no processo administrativo disciplinar, ocorrem as “filigranas processuais” e os “incidentes processuais”, que, até para quem atua no dia a dia do direito, exige ampla pesquisa e estudo, sob pena de “comer mosca”, como se diz no brocardo popular forense. Explica-se: este aluno-pesquisador já presenciou várias vezes presidentes de comissões disciplinares e advogados de defesa demonstrarem dificuldades para

apontar determinada solução jurídica durante a realização de audiências em incidentes ocorridos naquele momento³⁴. Cite-se, como exemplo, um caso no qual o nobre causídico deixou de suscitar a contradita da testemunha, mesmo esta demonstrando no início da audiência que era “inimiga” do acusado.³⁵ Então, se o servidor acusado no PAD não está assistido por um bom advogado”, independentemente da complexidade ou não da causa jurídica em discussão, com certeza vai ter seu direito sagrado de defesa fragilizado. E tem mais, a tendência natural nestes casos, é a comissão processante fazer “vista grossa” em relação às garantias constitucionais e legais do acusado para evitar alegações de perda da imparcialidade na condução do procedimento apuratório³⁶.

Por último, como dito em parágrafos anteriores, não é bom e nem conveniente a autodefesa, pois, quando o servidor público figura como acusado no PAD, fica nitidamente abalado emocionalmente, e isso prejudica a defesa em causa própria.

3º. De acordo com o art. 133 da CF, o advogado é indispensável à administração da justiça, assim considerada apenas a função jurisdicional.

Dentro de uma perspectiva hermenêutica que busca conferir a máxima efetividade possível às normas e garantias constitucionais, percebe-se que esse argumento do STF não convence.

Com efeito, como visto, a cláusula constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV) se destina tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo, sendo indevida qualquer distinção que implique, em última análise, mitigação da força normativa dessas garantias. É o que ocorre, porém, com a decisão do STF, ora em exame. Ela faz transparecer que a defesa dos acusados no processo administrativo é mera questão formal e burocrática, que, infelizmente, precisaria acontecer para que o provimento final da Administração Pública restasse minimamente legitimado.

Parece até que o PAD deve visto como “um mínimo” (um olhar com desprezo) e o processo judicial como “o máximo (um olhar com supervalorização). Tudo se passa como se o servidor acusado no PAD fosse um cidadão de segunda categoria, merecedor tão somente

³⁴ Deixa-se de citar o Órgão julgador, o número do processo e o nome das partes, por conta do sigilo imposto ao pesquisador pelos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

de uma garantia formal de defesa, não devendo o Estado se preocupar se ela é real e efetiva ou mero “simulacro”.

Essa visão míope dos operadores jurídicos não se coaduna mais com o texto constitucional, que equipara, no inciso LV, do artigo 5º, todos “acusados em geral”, assegurando-se todos os meios e recursos indispensáveis à ampla defesa, dentre os quais se inclui, inquestionavelmente, a assistência de um advogado.

Mais: de acordo com art. 2º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), o advogado é indispensável à administração da justiça. Ora, “justiça” não se faz apenas na seara judicial, mas também na seara administrativa. Da mesma forma que existe a jurisdição no Poder Judiciário, existe também a jurisdição administrativa nos julgamentos realizados pelas autoridades administrativas nos processos administrativos disciplinares, e ambas (jurisdição judicial e administrativa) devem respeitar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Além do mais, como dispõe ainda o art. 2º, da Lei nº. 8.906/94, no seu ministério, o advogado presta serviço público e exerce função social.

4º. Do art. 5º, LV, da CF não se extrai a obrigatoriedade de defesa técnica nos processos administrativos, pois isso implicaria, “mais do que a ampla defesa, e sim uma defesa amplíssima, ou seja, uma defesa transbordante.”

Não se consegue entender como a Corte Suprema conseguiu fazer interpretação restritiva do art. 5º, inciso LV da Carta Federal de 1988. Ora, a cláusula constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV) se aplica tanto ao processo judicial quanto ao administrativo. Então, por que o acusado no PAD não teria direito a uma defesa técnica por advogado? O texto constitucional é de uma clareza solar, que inclusive facilita a exegese do intérprete. É de questionar: por que tanto desejo em diminuir o valor jurídico do processo administrativo disciplinar em detrimento do processo judicial? Num processo judicial-penal e num processo administrativo disciplinar não figuram dois seres humanos no polo passivo? Ou será que só no processo penal haverá atuação invasiva do Estado? Claro que não. No processo administrativo disciplinar também.

Portanto, é totalmente descabido tachar de “defesa transbordante” ou “defesa ampliadíssima” a exigência de defesa técnica, quando esta é, claramente, um requisito mínimo para a eficácia da própria garantia consagrada na Carta Maior.

5°. A exigência de defesa técnica em todos os processos administrativos disciplinares importaria um assoberbamento da Defensoria Pública

Na prática, os acusados em PAD não procuram a Defensoria Pública para fazer suas defesas. Ora, os funcionários públicos geralmente são filiados a sindicatos que prestam assistência jurídica. Além do mais, assim como a Administração é obrigada a nomear defensor dativo para o acusado revel em PAD (art. 164, 2º, Lei n. 8.112/90), o ideal seria que a Administração Pública tivesse também em sua estrutura administrativa, um setor próprio para promover a defesa técnica do servidor acusado em processo administrativo disciplinar.

Isso porque existem situações nas quais o servidor público não tem dinheiro para contratar um advogado particular ou, ainda, porque ele não está filiado a nenhum sindicato de sua categoria profissional. O Estado existe em função do homem e não homem em função do Estado. Se a Administração Pública acusa o servidor da prática de um fato supostamente violador das normas reguladoras de conduta disciplinar, deveria também assegurar, ao mesmo tempo, a este servidor as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Ora, quando ocorre a prática de uma suposta infração disciplinar no ambiente de trabalho, entende-se que isto ocorreu porque houve, no mínimo, e de forma correlata, uma falha de gestão pública, uma falha de liderança.

De qualquer forma, a tese esposada pelo STF, de que não dá para nomear defensor público aos acusados em PAD, quando não constituírem advogados, porque essa prática irá sobrecarregar a Defensoria Pública, mostra-se totalmente insubsistente e demonstra um desconhecimento da realidade do dia a dia das comissões processantes nas esferas da União, Estados e Municípios.

Não prospera falar em “reserva do possível” em se tratando de salvaguardar direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana (CF, arts. 1º, III e 5, LV). Trata-se, em realidade, de argumentos vazios e sem embasamento jurídico de quem não quer assegurar as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa dos acusados em PAD.

6°. O que a Constituição assegura é o contraditório, considerado como a possibilidade de intervir na formação da decisão, devendo o interessado exercitá-lo ou não, segundo suas conveniências pessoais, assim como no processo civil

O direito de defesa no processo administrativo disciplinar constitui um direito indisponível do acusado, do que decorre, inarredavelmente, ter ele um verdadeiro direito

constitucional de ser defendido por um advogado. Nessa ótica, é de se reconhecer que não atende ao preceito constitucional deixar ao alvedrio do acusado constituir ou não advogado para lhe defender no PAD. É que, na prática, muitos servidores públicos sequer possuem a dimensão da gravidade de um procedimento disciplinar contra si instaurado. Por conta disso, é ilusório acreditar que a dispensa da defesa técnica pelo servidor seja uma decisão consciente e informada. Na realidade, a assimetria de informação entre as partes envolvidas é tão grande que, muitas vezes, os servidores acusados sequer têm conhecimento das etapas formais de processamento da acusação, chegando até mesmo a indagar em qual momento devem apresentar suas defesas, se no início ou no final do procedimento. Crer que o interessado está em condições de escolher, autonomamente, se exercita ou não o direito à defesa técnica é simplesmente fechar os olhos para o mundo real e contentar-se com uma garantia meramente formal da ampla defesa.

7º. A necessidade de defesa técnica no processo penal é exceção, pois nele está em jogo um direito indisponível, que não pode ser renunciado

O processo administrativo disciplinar pode ser tão grave na vida de um servidor público quanto o processo penal na vida de um cidadão qualquer. Como bem escreve Rui Stoco,³⁷ “submeter o agente público a processo de natureza disciplinar é tão grave quanto submeter qualquer pessoa a processo de natureza penal, pois para eles significa uma *capitis diminutio* que traz ansiedade e apreensão.”

As agruras de ter sua conduta funcional questionada perante a Administração Pública não podem ser desprezadas ou tratadas com indiferença. Ademais, não custa lembrar que uma eventual demissão do serviço público pode implicar a retirada do único meio de vida do servidor acusado, comprometendo a sua sobrevivência e a de toda sua família. Em determinadas situações, isso pode ser tão grave quanto a própria perda de liberdade da pessoa. Por isso mesmo, a Constituição previu para ambos os casos (processo judicial e processo administrativo) um direito indisponível e irrenunciável à ampla defesa.

Todas as normas incorporadas na Carta Política possuem idêntica dignidade. Não há hierarquia entre os princípios constitucionais. Portanto, o direito à liberdade, no processo

³⁷ STOCO, Rui. **Processo Administrativo disciplinar**. 1ª ed. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2015, p.15-16.

penal é tão essencial e indisponível quanto os direitos ao trabalho, à honra e à imagem, dos acusados no processo administrativo disciplinar.

8º. O art. 156 da Lei n. 8.112/90 autoriza que o servidor promova a sua autodefesa, facultando a nomeação de procurador, que não precisa, necessariamente, ser advogado.

Nesse ponto em particular, cabe rememorar a advertência de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, quanto à prática reprovável de se querer inverter a pirâmide normativa do ordenamento jurídico, de modo a acreditar menos na Constituição e mais na lei ordinária.³⁸

Sem dúvidas, o art. 156 da Lei n. 8.112/90 se constitui em flagrante inconstitucionalidade. Não é razoável nem recomendável deixar que uma pessoa não formada em direito faça a defesa de um servidor público que teve um PAD instaurado contra si. Também não é conveniente a autodefesa, pelos motivos já ditos em parágrafos anteriores.

O servidor público quando figura como acusado num PAD fica emocionalmente abalado, muitas vezes desequilibrado psicologicamente, a ponto de adoecer mentalmente. Não são raros, aliás, os casos de apresentação de sucessivos atestados médicos, em decorrência de tratamentos com psicólogos e psiquiatras. É o que este aluno-pesquisador vê com frequência, no seu cotidiano, como presidente de comissões disciplinares.³⁹

Portanto, o STF fez tábula rasa de uma das mais elementares lições da hermenêutica constitucional contemporânea: são as leis que devem ser interpretadas à luz da Constituição, e jamais o contrário.

3.2 Presunção de inocência

A comissão disciplinar não pode iniciar os trabalhos de um processo administrativo disciplinar prejudgando o acusado, ou seja, tratando-o como se fosse, desde logo, o autor da conduta que lhe é atribuída, sob pena de se violar o princípio da presunção de

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo Branco. **Curso de Direito Constitucional**: São Paulo. Saraiva, 2014, p. 466.

³⁹ Deixa-se de citar o Órgão julgador, o número do processo e o nome das partes, por conta do sigilo imposto ao pesquisador pelos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90.

inocência, de extração constitucional (art. 5º, LVII da CF), com repercussão expressa na norma infraconstitucional (art. 150, Lei n. 8.112/90).

Os membros das comissões disciplinares têm que ser imparciais e serenos na apuração dos fatos. Não pode, por exemplo, interrogar o servidor acusado como se ele fosse o culpado e já estivesse condenado.

Leciona Bernardo Gonçalves Fernandes⁴⁰ que “esse princípio de viés processual guarda relação, entre outros, com a dignidade da pessoa humana.”

De fato, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, encontra-se escrito no art. 11, I, que “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Também a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, firmada em Roma em 1950, estabelece em seu art. 6º, 2, que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.”

Esse mesmo princípio foi firmado no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, no seu art. 14, 2: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

Tem-se, ainda, no direito americano a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) assinada em 1969 e recepcionada no Brasil em 6 de novembro de 1992, pelo Decreto 678. No art. 8º, 2 está escrito: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

O Brasil é signatário de todos esses tratados internacionais, portanto, a Administração Pública e os Tribunais não podem, em sede de PAD, fazer “vista grossa” para essas garantias, pois elas se aplicam também aos acusados nesses procedimentos de índole administrativo-disciplinar.

Mauro Roberto Gomes de Mattos também verbera que “a presunção de inocência é um dos princípios mais fundamentais para os cidadãos, sendo que ela nasceu dos ideais da

⁴⁰ FERNANDES, Gonçalves Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed, Editora JusPODIVM, 2014, p. 441.

Revolução Francesa (1789-1799) como uma forma de por fim ao processo penal inquisitivo do Antigo Regime, que então passou a ser acusatório.”⁴¹

Assim, da mesma forma que acontece no processo judicial, o acusado, no processo administrativo disciplinar, também só pode ser considerado culpado depois de esgotadas todas as instâncias administrativas, ou ainda, se for judicializada a questão, após o trânsito em julgado da decisão final.

Sem embargo, na prática, a Administração Pública quando instaura PAD contra um servidor público, não raro, já o faz, muitas vezes, com ideias preconcebidas de que o servidor é culpado, portanto, merece ser punido disciplinarmente, e de forma implacável.

3.3 Princípio do juiz natural

A Constituição federal de 1988 elenca em seu artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, respectivamente, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

Esse princípio também constitui uma garantia constitucional do acusado no processo administrativo disciplinar, até porque o art. 5º, LIII da Carta Federal de 1988 não faz qualquer distinção entre processo judicial ou administrativo.

Pelo fato de esse enunciado constitucional não fazer referência expressa ao processo administrativo disciplinar – para uma minoria – poderia não se aplicar ao processo administrativo.

No entanto, o STF, no julgamento do MS 28712, de Relatoria do Min. Celso de Mello, de 10 de maio de 2010, decidiu que o princípio do juiz natural se aplica também ao processo administrativo disciplinar.

Romeu Felipe Bacellar Filho assevera que “os próprios membros do Poder Judiciário sujeitam-se à prescrição constitucional do juiz natural (arts. 93, VIII e X; 95, I e II; 96, I “a” e “f”, da CF), e que essa incidência do juiz natural garante a imparcialidade e objetividade do julgamento administrativo.”⁴²

⁴¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 77.

⁴² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 407.

Esse mesmo autor informa que “o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, tem também atestado a plena aplicabilidade do princípio do juiz natural nos processos administrativos disciplinares.”⁴³ Exemplos nesse sentido: (MS n. 10.585/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJ 26/2/2007; MS n. 13.148/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 1º/6/2012).

O Regime Único dos Servidores Públicos Civis da União (Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990), trata da matéria no seu art. 141⁴⁴.

Por tais razões, os servidores acusados em PAD e a defesa precisam ficar mais atentos a esta questão relacionada com as garantias constitucionais asseguradas aos acusados nesses procedimentos administrativos, porque se um PAD for instaurado por uma autoridade administrativa incompetente, poderá ser anulado pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração Pública.

3.4 Produção probatória no PAD: exigência de provas lícitas

O acusado em processo administrativo disciplinar tem o direito assegurado na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVI) e nos arts. 30 e 38, § 2º, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que as provas testemunhais, documentais e periciais sejam produzidas obedecendo às formalidades legais previstas na norma regente da matéria. Não se admite no processo administrativo disciplinar a produção de provas obtidas por meios ilícitos, sob pena de violar o texto constitucional.

As provas devem ser lícitas (obtidas sem violação ao direito material) e legítimas (sem despeitar as normas processuais).

⁴³ Idem, p. 411.

⁴⁴ Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas:

I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;

II - pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias;

III - pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;

IV - pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão.

Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho⁴⁵, “embora a finalidade do processo seja a busca da certeza dos fatos litigiosos, essa certeza não pode ser obtida de qualquer modo, pois o processo não é um jogo ou uma guerra em que os fins justificam os meios.”

Está correto esse autor quando afirma – na sequência – que “o processo não pode transmutar-se num campo de batalhas onde são permitidas todas as artimanhas úteis para triunfar.”

Num caso empírico⁴⁶, a comissão processante enfrentou uma preliminar de nulidade do processo, pois segundo a defesa as provas produzidas na fase da sindicância investigativa eram ilícitas. Isso porque as provas haviam sido produzidas pela Polícia Federal, na fase da Sindicância Investigativa, por meio de filmagens e escutas captadas no estabelecimento comercial, de forma unilateral, em caráter sigiloso, e sem autorização judicial.

Aduziu a defesa que essas provas não poderiam ser levadas em consideração pela comissão de PAD, porquanto violadoras da cláusula pétrea do devido processo legal, e que a instrução do PAD não supriria essa eiva.

Esse fato concreto demonstra o quanto é importante saber que a Administração Pública não pode exercer sua prerrogativa de punir seus servidores, valendo-se de provas ilícitas ou ilegítimas, com afronta às garantias constitucionais do acusado em sede de processo administrativo disciplinar.

No caso concreto aqui narrado, a captação de imagens do indiciado, na fase da sindicância investigativa, deu-se com o objetivo de colher indícios suficientes sobre a existência ou não de infração disciplinar e sua autoria. E todas essas provas foram submetidas depois – na fase do PAD – ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

Destarte, embora o acusado, no caso concreto, não tivesse razão, demonstrou conhecer seus direitos e buscou sobrepô-los ante a Administração Pública.

⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 204.

⁴⁶ Deixa-se de citar o Órgão julgador, o número do processo e o nome das partes, por conta do sigilo imposto ao pesquisador pelos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90.

3.5 Duração razoável do processo administrativo disciplinar

O art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, preconiza que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Constata-se que essa garantia constitucional se aplica, de forma expressa, tanto ao processo administrativo quanto ao processo judicial. Portanto, não cabe nenhum questionamento doutrinário quanto à sua aplicação ao processo administrativo disciplinar.

O acusado tem o direito subjetivo que o processo administrativo disciplinar a que responde seja encerrado dentro de um prazo razoável de duração, pois não é justo eternizar o sofrimento daquele que figura no polo passivo de um PAD. Não se pode demorar meses e meses para se encerrar e julgar um processo administrativo, porque isso gera angústia e sofrimento ao acusado, como já delineado antes.

Segundo Héctor Escola – citado por Romeu Felipe Bacellar Filho, “um dos princípios fundamentais do processo administrativo é o da celeridade, segundo o qual a decisão administrativa deve ser tomada no menor tempo possível.”⁴⁷

Aliás, no caso de processo administrativo disciplinar, está expresso nos arts. 152 e 167, respectivamente, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que os prazos para concluir os trabalhos apuratórios é de 60 (sessenta) dias, admitida uma prorrogação, por igual prazo, e mais 20 (vinte) dias para a autoridade instauradora julgá-lo.

Rui Stoco categoriza que “a maior garantia que pode ser emprestada ao servidor, contra o qual se instaurou procedimento disciplinar, será a obediência à legislação, notadamente quanto ao prazo para julgamento.”⁴⁸

Continua dizendo esse autor que “o acusado não pode ser julgado e apenado a desoras, muito tempo após ao prazo estabelecido para o processo se findar. A justiça quando tarda não é justiça é arremedo.”

Fernanda Marinela também adverte que “a celeridade do processo administrativo é fundamental para a obediência a todos os princípios aqui elencados. Não é possível imaginar devido processo legal, efetivo contraditório, verdade real, legalidade e finalidade das leis se as

⁴⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 463.

⁴⁸ STOCO, Rui. **Processo administrativo disciplinar: processo disciplinar na administração pública, no Conselho Nacional de Justiça e nos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 149.

coisas não acontecem. A lentidão processual é incompatível com a proteção do interesse público e jamais permitirá o exercício da verdadeira ampla defesa.”⁴⁹

Pois bem, no cotidiano, observa-se que a Administração Pública não cumpre os prazos fixados na Lei n. 8.112/90 para concluir e julgar o processo administrativo disciplinar. Tem órgão público que leva um ano ou até um ano e meio para concluir um processo administrativo disciplinar⁵⁰.

Todavia, não se pode atribuir culpa exclusiva aos membros das comissões disciplinares ou à autoridade instauradora. Trata-se de um gargalo de ordem eminentemente administrativa, pois são poucos os servidores qualificados dentro do quadro da Administração Pública para fazer parte dessas comissões. Na realidade, está-se é diante de uma falta de estrutura organizacional na Administração Pública, que só será resolvida com uma boa gestão pública.

De todo modo, se um processo não é concluído dentro do lapso temporal previsto na lei, é óbvio que aí se tem uma violação ao texto constitucional e à norma infraconstitucional.

⁴⁹ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 1107.

⁵⁰ Deixa-se de citar o Órgão julgador, o número do processo e o nome das partes, por conta do sigilo imposto ao pesquisador pelos arts. 116, VIII e 132, IX, da Lei n. 8.112/90.

CONCLUSÃO

O Processo Administrativo Disciplinar é um instrumento fundamental para coibir condutas reprováveis dos agentes públicos. Por meio dele, protege-se o cidadão de um serviço público ineficiente ou inadequado, bem como de outras irregularidades igualmente deletérias à comunidade em geral.

Por outro lado, como este estudo procurou demonstrar, a Administração Pública não pode exercer seu direito - legítimo - de sancionar comportamentos desviantes sem atentar para as garantias constitucionais mínimas asseguradas a todo e qualquer pessoa acusada de um ato antijurídico.

Apesar de o texto constitucional ter sido claro quanto à incidência dessas garantias constitucionais também na órbita administrativa, a pesquisa constatou que essas salvaguardas constitucionais não recebem a mesma importância que lhes são atribuídas no âmbito dos processos judiciais.

A análise de diversas situações práticas permitiu verificar que garantias como a do contraditório e da ampla defesa são, usualmente, atenuadas ou mesmo desconsideradas completamente nos PADs instaurados pelo Poder Público.

Restou, assim, evidenciado no presente estudo que existe uma aplicação, no mínimo, mitigada das garantias constitucionais do acusado na esfera administrativa. Essa constatação confirmou, portanto, a hipótese inicial da pesquisa no sentido de que a eficácia normativa das garantias conferidas indistintamente a todos os acusados é bem menor no plano administrativo.

Apesar de não ter sido o foco principal desta investigação, foram apresentadas algumas possíveis causas para esse fenômeno de relativização de algumas garantias constitucionais nos PAD.

Em primeiro lugar, observou-se que a efetividade dessas garantias depende, em grande medida, da contínua capacitação dos servidores responsáveis pela condução desses procedimentos apuratórios de infrações funcionais. Sem um profissional atualizado e consciente dos direitos fundamentais de todo aquele que figura como acusado perante a Administração, as garantias da Constituição podem acabar relegadas a uma “letra morta”. Isso pode comprometer, severamente, a força normativa do texto constitucional, sobretudo depois

da decisão do Supremo Tribunal Federal, que tornou dispensável a necessidade de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar.

Mostrou-se, ainda, que o desconhecimento dos acusados de seus direitos e a falta de uma atuação especializada dos advogados de defesa contribuem sobremaneira para que essas garantias constitucionais não sejam respeitadas com a efetividade que impõe o texto constitucional.

O trabalho enfatizou que esse lamentável cenário de relativização de garantias expressamente consagradas na Carta Magna também contou com a colaboração do Supremo Tribunal Federal, ao editar a malfadada Súmula Vinculante nº 5, inconstitucional desde o seu nascedouro.

Como se apontou ao longo do estudo, a decisão da Suprema Corte de dispensar a presença do advogado nos PADs, entendimento sedimentado na Súmula Vinculante 5, contribuiu para fragilizar ainda mais a ampla defesa no âmbito dos processos administrativos disciplinares.

Sem a presença e a intervenção de um profissional do Direito nos processos administrativos disciplinares para aplicação de penalidades a servidores públicos, abre-se margem para toda sorte de arbitrariedades e abusos do Poder Público, além de privar o acusado inexperiente ou sem recursos de uma ampla gama de recursos e de estratégias jurídicas que poderiam ser deduzidas em seu favor, caso contasse com o apoio de um advogado.

As críticas contundentes da doutrina ao posicionamento do STF veiculado por meio da Súmula Vinculante n. 5, reproduzidas parcialmente neste trabalho, notabilizam o sério retrocesso em matéria de defesa de direitos fundamentais.

A melhor exegese nessa matéria é, sem dúvida, a sufragada pelo STJ no verbete 343 (“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”), porque em consonância com o texto constitucional de 1988 e com os tratados internacionais em matéria de direitos humanos, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.

É inadmissível em pleno século XXI que ainda se presencie resistências da Administração Pública e de Tribunais deixarem de assegurar o cumprimento das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência,

provas lícitas, juiz natural e duração razoável do processo, em relação aos acusados em processo administrativo disciplinar, pois a República Federativa do Brasil vive sob os auspícios de um Estado Democrático de Direito.

Não se permite mais que o Estado exerça sua autoridade com abuso de poder ou de forma arbitrária. As garantias do acusado no processo administrativo disciplinar precisam ser respeitadas em sua inteireza.

Por último, as reflexões levadas a cabo no presente trabalho estão a impor uma mudança de postura dos Tribunais e dos próprios órgãos da Administração Pública, de sorte a fazer valer, dia após dia, a efetividade das normas constitucionais no processo administrativo disciplinar.

Referências bibliográficas

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. **Processo administrativo: teoria e prática**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- Constituição Federal de 1988. 41ª ed. Editora Atlas, 2015.
- COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. **Processo Administrativo Federal** (Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999). 4 ed. Editora Lumen Juris, 2009.
- DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FERNANDES, Gonçalves Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ªed.-2ª Tiragem, Editora JusPODIVM, 2014.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2013.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada – Regime Jurídico Único do Servidor Público Federal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012;
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- Noticiário jurídico**. A Justiça e o Direito nos jornais deste sábado. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-26/noticias-justica-direito-jornais>>. Acesso em: 26 de dezembro de 2015.

OCTAVIANO, Ernomar e GONZALEZ, Átila José. **Sindicância e processo administrativo: doutrina, prática e jurisprudência**. – 12. Ed. Rev. e ampl. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. Ed.-são Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao regime único dos servidores públicos civis**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

STOCO, Rui. **Processo administrativo disciplinar: processo disciplinar na administração pública, no Conselho Nacional de Justiça e nos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____ **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.