

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS
DIREITOS E CIDADANIA**

DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo de constitucionalização dos direitos da cidadania [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Daniela Carvalho Almeida Da Costa, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-063-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucionalização.
3. Cidadania. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E
CIDADANIA

Apresentação

Caríssimos(as),

É com imensa honra e satisfação que apresentamos a obra Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania, fruto das apresentações do Grupo de Trabalho (GT) que conduzimos no dia 05 de junho do corrente ano, na Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Este GT foi pensado e proposto pela afinidade temática com uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, cuja área de concentração é justamente Constitucionalização do Direito, o que nos acrescenta uma satisfação pessoal. O Programa, ainda muito jovem, cujo início se deu em 2010, vivenciou um grande amadurecimento ao sediar o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, o que se refletiu na adesão maciça de seu corpo docente e discente, não só unindo esforços para ciceronearmos esse Encontro do CONPEDI, mas também na submissão de inúmeros artigos científicos.

A obra que apresentamos tem uma importância peculiar para o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, contando com uma das professoras do Programa dentre seus coordenadores, bem como com 6 artigos de alunos do Programa que, em conjunto com os demais 18 artigos, todos selecionados com o devido rigor científico, compõem os 24 artigos da presente obra sobre Constitucionalização e Cidadania. Os textos se destacam pela relevante discussão temática em torno das dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais, especialmente pelo debate sobre os mecanismos de efetividade desses direitos, não só no âmbito jurídico, mas também no âmbito social, político e econômico.

Os Direitos Humanos, na célebre concepção de Hannah Arendt, são um dado e não um construído, o que nos remete ao dinamismo necessário a sua internacionalização/universalização e, sobremaneira, num país com uma democracia inconclusa como o nosso, a necessidade da construção e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos para sua internalização. A Constitucionalização dos Direitos é força motriz para a efetivação desse processo paulatino de internalização dos Direitos Humanos.

É inegável o avanço que a Constituição de 88 representou nesse processo e o quanto nossas instituições públicas vêm se fortalecendo no jogo de forças da vivência democrática.

Entretanto, uma efetiva constitucionalização promove cidadania e dignidade, enraizadas nos valores sociais do trabalho, a começar pela democratização do acesso à justiça e à livre informação, não por outra razão fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Para tanto, é essencial uma efetiva hermenêutica constitucional, em que toda a interpretação e aplicação do direito se dê conforme o paradigma constitucional.

Os coordenadores do GT Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração da presente obra, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da graduação e pós-graduação e os próprios cidadãos interessados na tutela de seus direitos.

Desta feita, acreditamos que a presente obra muito acrescentará às reflexões tão necessárias dentro dos estudos do direito, acerca do Processo de Constitucionalização e Cidadania, com vistas à construção de um mundo mais igualitário.

Desejamos uma leitura construtiva a todos!

Aracaju, inverno de 2015.

Prof.^a Dr.^a Daniela Carvalho Almeida da Costa¹

Prof.^a Dr.^a Maria dos Remédios Fontes Silva²

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez³

¹Advogada; Mestre e Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; Ex-Coordenadora Regional em Sergipe do IBCCRIM; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estudos sobre violência e criminalidade na contemporaneidade da UFS; Professora Adjunta do Dept.^o de Direito da UFS; Professora do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito da UFS; Professora do Curso de Direito da Fanese; Professora da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

²Mestre e Doutora pela Université Catholique de Lyon - França, Pós-doutorado pela Université Lumière Lyon II - França. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito Estado e

Sociedade". Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professora Titular do Departamento de Direito Público da UFRN, Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN.

³Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DEMOCRÁTICO
CONSTITUCIONAL (PAD + DC): SÍNTESE INSTIGATIVA PELA APLICAÇÃO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA CONTEMPORÂNEA**

**ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCESS CONSTITUTIONAL
DEMOCRATIC (ADP + CD): INSTIGATE SYNTHESIS BY APPLYING THE
PUBLIC ADMINISTRATION DIALOGIC CONTEMPORARY**

Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Resumo

O presente trabalho científico tem por objetivo analisar e apontar a necessidade da impostergável reconstrução do processo administrativo disciplinar no Brasil, pelo apontamento de lacunas no Direito Administrativo e a sua estagnação, quando observada a evolução principiológica-constitucional da matéria, pelo seu estudo no Direito Processual Constitucionalizado. O debate teórico se instala quando na vigente ordem jurídica constitucional há o desrespeito corrente aos princípios constitucionais, em especial, ao contraditório, isonomia e a ampla defesa, na aplicação do processo administrativo disciplinar brasileiro. A falta de técnica normativa estrutural das decisões administrativas, o estabelecimento de procedimento correntemente inadequado, pela inexistência de sua testificação, afetam diretamente aos interessados na solução dos litígios administrativos, vez que afastada a necessária aplicação da Administração Pública Dialógica e o Direito Processual da Administração Pública Democrática. Assim, a problemática teórica é delimitada, na presente produção, no momento em que se questiona a compatibilidade teórico-prática, com os princípios constitucionais do processo e o Estado Democrático de Direito, do processo administrativo disciplinar, no atual sistema brasileiro, até então, dotado de estudos exclusivamente instrumentalistas, por juristas e tribunais, estes últimos inclusive engessados por súmula vinculante. Por uma pesquisa metodológica bibliográfica, tendo por marco teórico o processo constitucional, cabe ao processo administrativo disciplinar brasileiro a superação dos entraves ideológicos dos escopos metajurídicos, para se adequar às concepções teóricas asseguradas no discurso da constitucionalidade brasileira em vigor, como pressuposto de sua legitimidade.

Palavras-chave: Processo constitucional administrativo; pad; impostergável reconstrução

Abstract/Resumen/Résumé

This scientific work to analyze and point out the need of reconstruction unpostponable the administrative process in Brazil, by pointing to gaps in Administrative Law and its stagnation as looked principled constitutional evolution of matter, for his study on Procedural Law. The theoretical debate in when the current constitutional law no disrespect to the current constitutional principles, in particular the contradictory equality and legal defense, in

application of the Brazilian administrative process. The lack of structural technical rules of administrative decisions, the establishment of currently inadequate procedure, the absence of a outreach, directly affect those interested in solving administrative disputes, since cleared the necessary application Dialogic Public Administration Administration and Procedural Law Democratic public. Thus, the theoretical problem is defined, in this production, at the time, questioning the compatibility theory and practice, with the constitutional principles of the process and the Rule of Law, the administrative process, under the Brazilian system hitherto endowed exclusively instrumentalist studies by lawyers and courts, the latter including the casts binding precedent. For a bibliographic methodological research, whose theoretical framework the constitutional process, it is up to the Brazilian administrative process of overcoming ideological barriers legal mark of scopes to suit the theoretical concepts in the discourse of the Brazilian ensured constitutionality in force, as a condition of its legitimacy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional administrative process; adp; unpostponable reconstruction

1 Introdução

O presente estudo científico tem por objetivo despertar a comunidade jurídica para um sério problema: a necessidade da impostergável reconstrução do processo administrativo disciplinar no Brasil, pelo apontamento de lacunas no Direito Administrativo e a sua estagnação, quando observada a evolução principiológica-constitucional da matéria, pelo estudo no Processo Constitucional, como marco teórico na Escola Mineira de Direito Processual.

O debate teórico se instala quando na vigente ordem jurídica constitucional há o desrespeito corrente aos princípios constitucionais, em especial, ao contraditório, isonomia e a ampla defesa, na aplicação do processo administrativo disciplinar brasileiro.

A falta de técnica normativa estrutural das decisões administrativas, o estabelecimento de procedimento correntemente inadequado, pela inexistência de sua testificação em Popper, afetam diretamente aos interessados na solução dos litígios administrativos, vez que afastada a necessária aplicação da *Administração Pública Dialógica* e o *Direito Processual da Administração Pública Democrática*.

Assim, atentar para o fato de que o Estado Democrático de Direito não representa simplesmente o resultado dos elementos constitutivos do Estado de Direito e do Estado Democrático, mas uma evolução histórica que atravessou os estágios do Estado de Polícia, do Estado liberal e do Estado social, com a superação de grande parte das contradições e das deficiências dos sistemas anteriores, até atingir o paradigma contemporâneo que inspira várias das atuais Constituições estrangeiras, além da brasileira de 1988. Como consequência, os direitos fundamentais deixam de ser casuísticos e emergem-se como valores essenciais do sistema jurídico-político, condicionantes do método de sua interpretação, passando de meros direitos de defesa ante o Estado para transformarem-se em direito de participação do cidadão e de prestações do Estado.

Daí que, a problemática teórica é delimitada, na contemporaneidade, no momento em que se questiona a compatibilidade teórico-prática, com os princípios constitucionais do processo e o Estado Democrático de Direito, do processo administrativo disciplinar, no atual sistema brasileiro, até então, dotado de estudos exclusivamente instrumentalistas, por juristas e tribunais, estes últimos inclusive engessados pela Súmula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal (“a falta de

defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”), em sentido oposto a Súmula n. 343 do Superior Tribunal de Justiça (“é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”).

Pode-se dizer que nas decisões administrativas, pelo processo administrativo (disciplinar), há a necessidade da atividade preparatória do pronunciamento com a participação dos afetados em simétrica paridade técnica, permitindo-se a consideração de argumentos de todos, em respeito aos direitos e garantias fundamentais, principalmente os elencados explicita e implicitamente na Constituição de 1988, tudo em respeito ao Estado Democrático de Direito.

Cabe ao processo administrativo disciplinar brasileiro a superação dos entraves ideológicos dos escopos metajurídicos, presentes nas principais normas sobre a temática (e.g. Leis ns. 8.112/90, 8.429/92 e 9.784/99), para se adequar às concepções teóricas asseguradas no discurso da constitucionalidade brasileira em vigor, como pressuposto de sua legitimidade e validade.

A proposta de impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil, pela adoção do *devido processo administrativo disciplinar*, com o estudo, pelo marco teórico, do processo constitucional no Estado Democrático de Direito, apresenta-se como única solução para a aporia vivenciada hoje no Direito Administrativo brasileiro.

2 Conceito de Direito Processual (Procedimental) Administrativo (Disciplinar)

Apesar de ter por base o Direito administrativo francês, a falta de sistematização do Direito Processual Administrativo brasileiro resultou na criação, pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria n. 1404, de 17.10.1995, de Comissão para elaboração de projeto de lei sobre processo administrativo no âmbito federal. O projeto elaborado pela comissão (26.8.1996) sofreu poucas alterações no Congresso Nacional e resultou na Lei Federal n. 9.784, de 29.1.1999.

Assim, na esfera federal, o processo administrativo disciplinar tem como base legal a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), bem como a Lei n. 8.112/90, em seu Título IV (do Regime Disciplinar, arts. 116 a 142) e Título V (do Processo Administrativo Disciplinar, arts. 143 a 182), mas que, por suas lacunas, encontra-se integrado, para os casos omissos ou específicos (Lei n. 9.784/99, art. 69)

pela Lei n. 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo – regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal); e, pela Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) – que trouxe disposições sobre a responsabilidade de agentes públicos por atos de improbidade, acrescenta aspectos específicos para o processo administrativo disciplinar, com a definição dos atos de improbidade administrativa e a cominação de penas passíveis de aplicação aos agentes públicos.

Aplicável ainda, no Processo Administrativo Disciplinar (PAD), princípios constitucionais do Direito Administrativo, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos já mencionados, em tópico específico, princípios constitucionais do processo, devido processo legal (*due process of law*), da ampla defesa, do contraditório, e da presunção de não culpabilidade. Finalmente, o CPP (Código de Processo Penal) e o CPC (Código de Processo Civil) também valem subsidiariamente ao direito processual administrativo disciplinar.

Daí que, com a edição da Lei Federal n. 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da União Federal, sistematizou o processo administrativo disciplinar, com o preenchimento de lacuna do direito brasileiro, bem como consolidou majoritariamente orientações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Alguns Estados e Municípios, seguindo a sistematização federal, já editaram normas de processo administrativo disciplinar, quais sejam: Leis Estaduais ns. 10.177/98 (SP), 6.161/00 (AL), 2.794/03 (AM), 13.800/01 (GO), 7.692 (MT), 14.184/02 (MG), 11.781/00 (PE), 418/04 (RR), e a Lei Municipal (SP) n. 14.141/06.

Nesse contexto, em pesquisa na jurisprudência pátria e na doutrina administrativista, tem-se o conceito do instituto, a começar pela clássica obra de Alberto Bonfim ao afirmar que o processo administrativo “pode ser definido como a sucessão de atos da administração pública destinados a apurar, apreciar e julgar as faltas funcionais graves”. (BONFIM, 1963, p. 19).

Para Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari o processo representa “conjunto, teleologicamente concebido, que parte de regra de uma provocação ou requerimento e, por conseqüência inelutável, caminha, mediante a prática de atos instrumentais, para a produção do resultado inevitável, qual seja, a decisão”. (FERRAZ; DALLARI, 2007, p. 37).

Egon Bockmann Moreira, apesar de fazer abordagem no Estado Democrático de Direito e com os princípios constitucionais, conceitua o processo como

instrumento autônomo no mundo do Direito, concebido para regular interações entre pessoas postas em especial relação jurídica: aquela que existe para solucionar conflitos de interesses, mediante participação dos sujeitos envolvidos e intervenção decisória de órgão estatal específico (o Poder Judiciário). (MOREIRA, 2007, p. 35-36).

O que deságua, por afirmativa do mesmo autor, de que

há ainda hipóteses extremas, em que a ação administrativa deve ser instantânea, (...) o Estado deve agir de imediato e sem subordinação a prévia notícia ou consulta ao particular afetado – pena de tornar imprestável sua ação e lesar o interesse público posto em jogo. (MOREIRA, 2007, p. 280).

Vale colacionar ainda conceitos de outros autores:

a) Para Hely Lopes Meirelles: “Processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual.” (MEIRELLES, 2002, p. 614).

b) Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O vocábulo processo, etimologicamente, tem o sentido de marcha para a frente, avanço, progresso, desenvolvimento; seria, na linguagem de José Frederico Marques, um “fenômeno em desenvolvimento”. O processo é sempre forma, instrumento, modo de proceder.

O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativa; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo. (DI PIETRO, 2010, p. 504-506).

c) Para José dos Santos Carvalho Filho: processo e procedimento são “categorias jurídicas dotadas de fisionomia próprias”, mas não incompatíveis, e até pelo contrário, resumem-se em “figuras intrinsecamente ligadas: todo processo demanda um procedimento – que é a tramitação dos atos – da mesma forma que todos procedimento só tem existência se houver o respectivo processo – este indicando a relação jurídica firmada entre aqueles que dele participam.” (CARVALHO FILHO, 2002, p. 864-866).

d) Para Edimur Ferreira de Faria:

Em regra, a realização do direito se faz mediante processo. E este se forma através de procedimentos.

O processo pode ser definido, a grosso modo, como um conjunto de informações e de documentos canalizados ordenadamente, segundo regras e procedimentos próprios, destinados ao pronunciamento de uma decisão final.

Procedimento é o meio que se adota para o encaminhamento ao processo, em todas as suas fases, de documentos, informações, meios e produção de provas, destinados à formação do processo. O processo, por mais simples que seja, não se forma e nem chega a lugar algum sem os procedimentos próprios e indispensáveis ao seu desenvolvimento até a fase final. O procedimento, entretanto, não necessita, obrigatoriamente, de processo. Daí poder-se dizer que não há processo sem procedimento, mas que há procedimento sem processo.

O processo é tão importante que alguns ramos do Direito têm o seu próprio rito processual. Exemplos: processo civil, processo penal, processo trabalhista, processo eleitoral. (FARIA, 2011, p. 689).

E complementa o mesmo autor:

O Direito Administrativo, a despeito da sua importância e do reconhecimento que desfruta no arranjo da ordem jurídica nacional, não contava, até final de 1998, com lei específica dispondo sobre procedimento administrativo. Existiam apenas normas esparsas disciplinando alguns procedimentos administrativos, mas insuficientes e de difícil aplicação em virtude da falta de unidade e da disparidade de conceitos. Hoje o processo administrativo, no âmbito federal é regulamentado pela Lei n. 9.784 de 29.1.99.

O Direito Administrativo na doutrina contemporânea, ao contrário do que se entendia no passado, volta-se para a garantia dos administrados contra atos ou comportamentos exacerbados da Administração. Nos primórdios da criação desse Direito se concebia a sua necessidade como meio de proteção da Administração e de suas realizações. Na atualidade, poucos concebem o Direito Administrativo com essa finalidade. Entre os autores defensores desse ramo do Direito como mecanismo de defesa dos administrados, figuram Agustín Gordillo, Sérgio Ferraz, Caio Tácito, Carmen Lúcia Antunes Rocha e outros. A realização do Direito Administrativo efetiva-se mediante o processo administrativo ou o processo judicial, nos casos em que a solução administrativa for ilegítima ou ilegal. A Lei n. 9.784/99 acolhe a teoria de Agustín Gordillo no seu art. 1º, ao dispor: ‘Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.’ [...].(FARIA, 2011, p. 690).

e) Para Celso Antônio Bandeira de Mello: os institutos processo e procedimento administrativo são indistintos, com destaque para a expressão “não é o caso armar-se um ‘cabelo de batalha’ em torno de rótulos”, ponderando apenas que “a terminologia adequada para designar o objeto em causa é ‘processo’, sendo

‘procedimento’ a modalidade ritual de cada processo”. (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 485-501).

f) Para Andréia Barroso Gonçalves:

Em que pese as predileções doutrinárias, utilizaremos indistintamente ambas as terminologias para designar o fenômeno por meio do qual se legitima a atuação da Administração Pública, atentando-se, sempre, para a obrigatoriedade de instauração de processo para realização da função administrativa, a obrigatoriedade de instauração de processo para realização da função administrativa, a obrigatoriedade de observar o rito procedimental especificado para a consecução daquela determinada função administrativa, sob pena de invalidação, quando a lei o estipular. (GONÇALVES, 2011, p. 1145).

Todos exemplos de conceitos que refletem uma visão unicamente instrumentalista do direito processual administrativo brasileiro, compondo uma das críticas do presente trabalho ao processo administrativo disciplinar, qual seja, o equívoco de seu estudo no direito administrativo, em detrimento do direito processual, resultando em vulneração do processo para os administrados, a começar por uma interpretação mítica sobre institutos inerentes, e apenas trabalhados, no direito processual constitucional.

3 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito não representa simplesmente o resultado dos elementos constitutivos do Estado de Direito e do Estado Democrático, mas uma evolução histórica que atravessou os estágios do Estado de Polícia, do Estado liberal e do Estado social, com a superação de grande parte das contradições e das deficiências dos sistemas anteriores, até atingir o paradigma contemporâneo que inspira várias das atuais Constituições estrangeiras, além da brasileira de 1988.

O Estado de Polícia, vigente na Idade Média, era caracterizado pela irresponsabilidade política, em que a lei era confundida com preceitos religiosos e o Estado absolutista criava normas, mas não se submetia a elas, sendo as mesmas reservadas aos indivíduos comuns, submetidos ao autoritarismo, valor fundamental da sociedade.

Nos pilares do Iluminismo e da idade moderna, surge o Estado liberal, com o ideal da democracia no plano político e o *laissez-faire* no plano econômico, com destaque para o advento do princípio da legalidade, da razão e da proteção do indivíduo e da propriedade privada. Os Estados passaram a se organizar e estruturar por meio de constituições formais.

O Estado liberal tinha por característica a mínima intervenção na esfera privada do indivíduo, nas relações familiares, contratuais e negociais, ou seja, a adoção da máxima de “o que não é proibido por lei é permitido”.

As evoluções concebidas no Estado liberal, quais sejam, a supremacia da Constituição, a estipulação de funções estatais, a declaração e garantia dos direitos individuais e o respeito ao princípio da legalidade, não foram suficientes para evitar crises, a principal pelo acúmulo de capitais e de propriedade em mãos de poucos, além da incapacidade de resposta às demandas sociais e a necessidade real sobre os direitos e liberdades para todos, ocasionou a ruptura com o Estado liberal (caracterizado por cidadão-proprietário e marcado pela idéia de limitação ao poder) e a adoção do Estado social (caracterizado por cidadão-cliente do Estado e pela participação no poder).

O Estado social, também conhecido como Estado administrador, com predomínio da administração sobre a política e da técnica sobre a ideologia, assumiu a função de agente conformador da realidade social para atendimento de sociedade de massas com conflitos sociais, e buscou socialmente integrar e reduzir as desigualdades e propiciar condições materiais para emancipação do indivíduo, além da consecução do bem-estar social geral.

Os direitos fundamentais deixam de ser casuísticos e emergem-se como valores essenciais do sistema jurídico-político, condicionantes do método de sua interpretação, passando de meros direitos de defesa ante o Estado para transformarem-se em direito de participação do cidadão e de prestações do Estado.

Entretanto, com a falência dos regimes totalitários do leste europeu, desmistificando o socialismo burocrático, o Estado social não ficou imune às crises, vez que o discurso assistencialista não conseguia encobrir a insuficiência de recursos do Estado para atender todas as demandas sociais e econômicas da complexa sociedade moderna, o que ensejou releitura dos postulados adotados.

Têm-se, na seqüência, os primeiros postulados do Estado Democrático de Direito, com os denominados direitos de terceira geração, aqui compreendidos como os direitos e interesses difusos, o direito ao meio ambiente equilibrado e os direitos do consumidor.

O Estado de Direito teve suas bases na vontade racional geral e na preservação da vida em comum e da liberdade das pessoas, além da segurança na administração da justiça (exercício da função jurisdicional), o atendimento às normas

legais e a representação do povo junto à atividade legislativa do Estado, assegurando as três funções (legislativa, executiva e judiciária).

A Constituição brasileira de 1988 (CR/88) elencou em suas normas jurídicas os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, configurando o Estado Democrático de Direito, objeto explicitado no preâmbulo e no art. 1º da CR/88.

Constituição brasileira de 1988: *PREÂMBULO*. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (...) *Art. 1º* A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Assim, o Estado Democrático de Direito tem sua base estruturante no direito do povo às funções do Estado, essenciais e jurídicas (legislativa, executiva ou administrativa ou governamental e a jurisdicional) que, do ponto de vista do processo (jurisdicional ou administrativo), ao administrado, efetivado estará o direito ao devido processo constitucional, desde que observados os preceitos elencados na Constituição de 1988.

4 Elementos configuradores do Processo Constitucional

Destaque-se aqui o estudo dos elementos configuradores do processo insculpidos na Constituição de 1988, “sob rigorosa e moderna disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional),” como a principal meta do paradigma constitucional do processo, parâmetro para “uma inafastável estrutura metodológica normativa (devido processo legal)”, com especial observância ao contraditório e à ampla defesa, vistos sob o prisma do Estado Democrático de Direito, todos institutivos do processo, administrativo ou judicial, tornando tema de mais alta relevância para a problemática em debate, com a finalidade de efetivar e resgatar o espírito constitucional no processo administrativo (disciplinar) brasileiro.

Devido Processo Legal

O preceito constitucional que disciplina “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CR/88, art. 5º, inciso LIV) é fundamental à estrutura do Direito Processual Constitucional e dos demais princípios que regulam o processo.

O princípio do devido processo legal é originário do inglês *due process of law* e, a partir do acesso à jurisdição, representa o direito de deduzir pretensão e de se defender amplamente em juízo, bem como o direito a um pronunciamento judicial final, com respeito ao contraditório e a paridade de armas dos participantes.

O princípio do devido processo legal deve vir manifestado em todos os níveis do procedimento, além de ter como fundamento e alcance a invalidação de leis, normas e atos arbitrários que restrinjam direitos fundamentais sem justificativa plausível e relevante.

Destaca-se do dispositivo constitucional (CR/88, art. 5º, inciso LIV) as palavras “liberdade” e “bens”, ambas empregadas em sentido amplo, a primeira para todos os tipos de liberdade (física e expressão) e a segunda para bens materiais e imateriais (honra e dignidade), englobando portanto todas as espécies de processos e decisões judiciais e administrativas.

O devido processo legal (estrutura normativa metodológica) pode ser melhor compreendido em conjunto com o devido processo constitucional (disciplina constitucional principiológica), que representam os pilares do Estado Democrático de Direito, inadmitindo o fato de o processo ser instrumento para a realização da justiça entre os homens, já que os provimentos estatais só serão considerados legítimos quando construídos em participação isonômica, em contraditório e em ampla defesa, pelos seus próprios destinatários.

Contraditório e Ampla Defesa

É na norma constante do art. 5º, inciso LV da Constituição de 1988, que se encontram disciplinados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Há que se ter em mente a diferenciação entre contraditório e ampla defesa, ao afirmar que o contraditório visa a disciplinar as relações dos titulares dos interesses contrapostos (as partes), enquanto que a ampla defesa tem como fundamento

estabelecer uma forma organizatória entre as relações destas mesmas partes com o julgador.

Assim, de forma mais ampla, o contraditório se traduz nas mesmas oportunidades que devem ser dadas às partes de serem ouvidas no processo (judicial ou administrativo), como também da paridade de tratamento, mesmos instrumentos processuais e da liberdade de discussão da causa, fazendo valer seus direitos e pretensões, ajuizando ação e apresentando resposta, requerendo e produzindo provas, interpondo recursos das decisões e apresentando resposta.

Por sua vez, o princípio da ampla defesa regula as relações existentes entre os interessados e o julgador, até que este último explicita a decisão (administrativa ou judicial) tutelando os afetados litigantes, por meio da atividade realizada no curso do procedimento.

O contraditório e a ampla defesa estão presentes também em normas internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica, que, entre as garantias (art. 8º), disciplina o direito de toda pessoa de ser comunicada previamente e de maneira pormenorizada da acusação proposta, bem como de participar da relação processual.

5 Independência dos processos administrativo, penal e civil

Nos termos do art. 121 da Lei n. 8.112/90, o servidor público responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

A responsabilidade civil decorre de prejuízos ao próprio Estado ou a terceiros, sujeita ao processo civil por uma pretensão indenizatória, resultado de atos omissivos ou comissivos, dolosos ou culposos do servidor (Lei n. 8.112/90, art. 122; e, o e artigo 37, § 6º, da Constituição de 1988).

Por sua vez, a responsabilidade criminal, atribuída ao processo penal, é resultado de crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade, conforme art. 123 da Lei n. 8.112/90.

O conceito de servidor público, na esfera penal, é amplo conforme o art. 327 do Código Penal Brasileiro, pelo que funcionário público apresenta-se como “quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”, e o parágrafo 1º. do mesmo artigo equipara ao funcionário público “quem

exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

No âmbito criminal, estão tipificados nos artigos 312 a 326 do Código Penal, os principais crimes funcionais contra o Estado, cujas sanções variam de acordo com o grau de lesividade aos princípios e interesses administrativos, e são processados mediante ação penal pública incondicionada, de titularidade do Ministério Público.

Por fim, a responsabilidade civil do servidor tem como mote o processo administrativo e os danos resultantes de atos omissivos e comissivos praticados no desempenho do cargo ou função (Lei n. 8.112/90, art. 124).

Para tanto, o servidor público está sujeito a deveres, proibições e penalidades administrativas (art. 127), conforme disciplina da Lei n. 8.112/90.

Pode-se enumerar como deveres (Lei n. 8.112/90, art. 116):

- a) exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
- b) ser leal às instituições a que servir;
- c) observar as normas legais e regulamentares;
- d) cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;
- e) atender com presteza: ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; e, às requisições para a defesa da Fazenda Pública;
- f) levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;
- g) zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;
- h) guardar sigilo sobre assunto da repartição;
- i) manter conduta compatível com a moralidade administrativa;
- j) ser assíduo e pontual ao serviço;
- l) tratar com urbanidade as pessoas;
- m) representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

As proibições estão elencadas no art. 117 da Lei n. 8.112/90, podendo colacionar:

- a) ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

- b) retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;
- c) recusar fé a documentos públicos;
- d) opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;
- e) promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;
- f) cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;
- g) coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;
- h) manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;
- i) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
- j) participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros, e exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário (Redação dada pela Lei nº 11.094, de 2005);
- l) atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;
- m) receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
- n) aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;
- o) praticar usura sob qualquer de suas formas;
- p) proceder de forma desidiosa;
- q) utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;
- r) cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;
- s) exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

t) recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97).

Já as penalidades estão firmadas no art. 127 da Lei n. 8.112/90, quais sejam, advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; destituição de função comissionada.

Uma das penas com disciplina mais rigorosa é a de demissão, com casos elencados no art. 132 da Lei n. 8.112/90, dentre estes: crime contra a administração pública; abandono de cargo; inassiduidade habitual; improbidade administrativa; incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; insubordinação grave em serviço; ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; aplicação irregular de dinheiros públicos; revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; corrupção; acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Conforme art. 128 da Lei n. 8.112/90, na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade das infrações cometidas, os danos que dela resultarem para o serviço público, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes e, finalmente, os antecedentes funcionais.

Importante destacar que são sanções independentes (administrativa, civil e penal) e que podem ser cumuladas (Lei n. 8.112/90, art. 125), conforme já se decidiu:

Funcionário Público – Demissão – Absolvição Criminal. Embora possa ter sido absolvido o funcionário na ação penal a que respondeu, não importa tal ocorrência a sua volta aos quadros do serviço público, se a absolvição se deu por insuficiência de provas, e o servidor foi regularmente submetido a inquérito administrativo, no qual foi apurado ter ele praticado o ato pelo qual veio a ser demitido. A absolvição criminal só importaria anulação do ato demissionário se tivesse ficado provada, na ação penal, a inexistência do fato, ou que o acusado não fora o autor. (STF, MS n. 20.814 – MANDADO DE SEGURANÇA - Relator Min. Aldir Passarinho, Tribunal Pleno, j. em 22.03.1991, *in* DJ 24.05.1991).

Com pequena ressalva no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou de sua autoria, o que levará a afastar a responsabilidade administrativa do servidor público (Lei n. 8.112/90, art. 126).

6 Formação, instrução e extinção do processo administrativo disciplinar

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é uma instituição obrigatória, conforme art. 41, parágrafo 1º, inciso II da Constituição de 1988, incluído no título III (Da Organização do Estado), Capítulo VII (Da administração pública) e Seção II (Dos servidores públicos), tendo suas fases reguladas pelo art. 151 da Lei n. 8.112/90:

Art. 41. Parágrafo 1º. Inciso II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;

II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;

III - julgamento.

Assim, o processo administrativo disciplinar é formado por três fases, a instauração, o inquérito administrativo (dividido em instrução, defesa e relatório) e o julgamento.

Daí que, caso o Estado não tenha suficientes elementos de prova para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar, o procedimento iniciará pela sindicância, presentes dúvidas sobre o fato, a irregularidade ou a autoria do ilícito administrativo. Este procedimento apartado, que tem características similares ao inquérito policial, hoje caracterizado como inquisitivo, comporá o processo administrativo disciplinar (Lei n. 8.112/90, art. 154), ainda que seja possível, nos casos em que não se exigir o PAD, resultar em direta aplicação de punição.

O processo administrativo, por seus atos procedimentais, não depende de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir (Lei n. 9.784/99, art. 22).

Conforme disciplina do art. 152, *caput*, da Lei n. 8.112/90, o prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá a 60 (sessenta) dias, contados da data da publicação do ato que constituiu a comissão processante, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem, atendendo, assim, ao princípio constitucional da razoável duração do processo administrativo (CR/88, art. 5º, inciso LXXVIII).

Portanto, as fases que compõem o Processo Administrativo Disciplinar:

6.1 Primeira fase: Instauração

A primeira fase do processo administrativo disciplinar é denominada instauração, e se instrumentaliza com a publicação da portaria pela autoridade administrativa instauradora, ato responsável pela designação dos membros que irão compor a comissão processante (Lei n. 8.112/90, art. 149), bem como o prazo para conclusão dos trabalhos, a indicação do objeto de apuração e a possibilidade de apuração de ilícitos administrativos conexos.

A autoridade competente deverá iniciar o procedimento (Lei n. 9.784/99, art. 5º) tão logo tomar conhecimento de irregularidade administrativa, observando a oficialidade para evitar limitação inadequada ao ato apuratório e não expor a imagem de acusados.

6.2 Segunda fase: Inquérito Administrativo

A segunda fase do processo administrativo disciplinar é denominada inquérito administrativo que, por sua vez, se divide em três subfases, quais sejam, instrução, defesa e relatório. Essa fase concentrada a atuação da chamada Comissão Processante, a atuação da autoridade administrativa e a defesa do servidor acusado (Lei n. 8.112/90, art. 153; e, Lei n. 9.784/99, art. 29):

6.2.1 Instrução

Na primeira subfase do inquérito administrativo, chamada Instrução, a Comissão processante deve apurar, de forma precisa, os fatos que levaram ao Processo Administrativo Disciplinar, sendo oportunizada à autoridade administrativa a produção de todas as provas lícitamente permitidas (Lei n. 9.784/99, art. 30), como a documental, a testemunhal, inspeções e perícias, assim como promover a indicição de um ou mais servidores, ou ainda, sugerir a absolvição do acusado.

Optando pela indicição do servidor, o procedimento irá seguir com sua citação, oportunizando prazo legal para a apresentação de defesa escrita (segunda subfase do inquérito).

6.2.2 Defesa

Na segunda subfase do inquérito administrativo, chamada Defesa, ao servidor acusado é garantido o devido processo legal, sob pena de anulação do ato punitório, facultando-lhe apresentar resposta, acompanhar o processo, pessoalmente, ou por meio de defesa técnica (advogado), com permissão de indicar e produzir provas e contraprovas (Lei n. 8.112/90, art. 156), com o objetivo maior de esclarecimento dos fatos que integram o PAD.

Assim, assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes (CR/88, art. 5º, inciso LV).

Os prazos no processo administrativo são contados de forma similar aos prazos do processo judicial (Lei n. 9.784/99, art. 66).

6.2.3 Relatório

Na terceira subfase do inquérito administrativo, chamada Relatório, é elaborado documento constando as conclusões da Comissão processante, instrumento com características apenas opinativas, e não vinculantes, que reflete a apreciação, de forma célere e sucinta, do que ocorreu no processo e, com a indicação de fundamentos fáticos e legais, para a sugestão de absolvição ou punição do acusado, esta última acompanhada de proposta de aplicação de sanção administrativa.

O relatório da comissão, será remetido à autoridade que, de posse completa do processo administrativo, passará a fase de julgamento (Lei n. 8.112/90, art. 166).

6.3 Terceira fase: Julgamento

A terceira, e última, fase do processo administrativo disciplinar é denominada Julgamento (Lei n. 8.112/90, art. 167). Nesta fase ocorre a decisão da autoridade administrativa, acerca do objeto da lide, com características vinculativas e fundamentação coerente com os elementos probatórios colhidos nas fases anteriores (Lei n. 9.784/99, art. 50), para fins de absolvição ou aplicação de sanção administrativa prevista em lei (Lei n. 9.784/99, art. 68).

A competência para julgamento é fixada de acordo com a punição sugerida no relatório da comissão administrativa, podendo ser estabelecida pena mais branda (Lei n. 8.112/90, art. 141).

A administração tem o prazo de 20 (vinte) dias para julgar o processo administrativo disciplinar (Lei n. 8.112/90, art. 167), com consequente publicação do ato no Diário Oficial vinculado ao órgão público (Lei n. 9.784/99, art. 26).

A publicação dos atos administrativos não exclui a comunicação efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado (Lei n. 9.784/99, art. 26, parágrafo 3º).

Frise-se que, o desatendimento de intimações ao servidor acusado não importa o reconhecimento da “verdade” dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado (Lei n. 8.112/90, art. 164; e, Lei n. 9.784/99, art. 27), ou seja, ainda que caracterizada a revelia, inaplicável o efeito da revelia.

O Estado não está obrigada a seguir as conclusões emitidas no relatório da comissão processante, desde que forneça os fundamentos que levaram a se posicionar de forma divergente (Lei n. 8.112/90, art. 168).

Constituindo crime, ainda que hipoteticamente, o ilícito administrativo, os autos do Processo Administrativo Disciplinar deverá ser encaminhado ao representante do Ministério Público (Lei n. 8.112/90, art. 171), com a manutenção da cópia na repartição pública processante.

Nos termos do art. 56 e seguintes da Lei n. 9.784/99, das decisões administrativas caberá recurso, em face de razões de legalidade e do mérito do ato administrativo.

A extinção do procedimento ocorrerá, de forma mais comum, com o decurso do prazo para a interposição de recurso administrativo (duplo grau decisório), ou sendo este interposto e julgado, inexistir possibilidade legal para outro instrumento recursal administrativo, exaurindo assim o seu objeto e a sua finalidade (Lei n. 9.784/99, art. 51).

O processo administrativo disciplinar, por força do disposto no art. 174 da Lei n. 8.112/90, poderá ser revisto, a qualquer tempo, a requerimento ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada, inaplicável na esfera administrativa o instituto da coisa julgada (material ou formal).

7 Crítica à formação das decisões em processos administrativos disciplinares: por uma superação da instrumentalidade do processo

A crítica direcionada a determinada situação corrente, na maioria das vezes, visa a apontar conteúdos ausentes no discurso do conhecimento. E assim se procede em relação às decisões administrativas disciplinares, repletas de vícios, na sua formatação, o que desperta ampla crítica por parte de expressiva doutrina.

O processo administrativo disciplinar, por vezes, é impregnado por questões políticas, eleitoreiras e partidárias, sem qualquer embasamento fático e legal (fundamentação racional no caso concreto).

Outro problema enfrentado no âmbito administrativo diz respeito aos fundamentos genéricos de decisões no processo administrativo disciplinar.

Conclui-se daí que a principal crítica que enfrentam as decisões administrativas, sobretudo no processo administrativo disciplinar, refere-se à falta de regular e coerente (racional) fundamentação fática e legal.

Assim é que, o Supremo Tribunal Federal (STF), em reiterados julgados, vem negando a defesa técnica do processo administrativo disciplinar:

EMENTA: Prestação jurisdicional versus pronunciamento contrário aos interesses. Mostra-se impróprio confundir ausência de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional com decisão contrária a interesses. **Processo administrativo – profissional da advocacia. Consoante o Verbete Vinculante nº 5 da Súmula do Supremo, não ofende a Constituição a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar. Processo administrativo – revelia – defesa. Observada a regra da Lei nº 8.112/90 no sentido de dar-se defensor ao revel, descabe cogitar de nulidade. Processo administrativo – julgamento – prazo. O artigo 169, § 2º, da Lei nº 8.112/90 preceitua não acarretar nulidade o julgamento do processo administrativo fora dos prazos previstos.** Servidor – inassiduidade habitual – demissão – dolo – inadequação. Em se tratando não de abandono do serviço, mas de desídia, é inviável perquirir o elemento subjetivo retratado no dolo. – grifos nossos (STF, RMS n. 28546 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, j. em 04.12.2012, *in* DJe 07.03.2013).

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Processo administrativo disciplinar. Advogado. Ausência. Súmula Vinculante nº 5. Precedentes. 1. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 3. **É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que não ofende a Constituição Federal a ausência de defesa técnica em processo administrativo disciplinar. Incidência da Súmula Vinculante nº 5.** 4. Agravo regimental não provido. – grifos nossos (STF, RE n. 451840 AgR /

SP - SÃO PAULO, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, j. em 14.02.2012, *in* DJe 22.03.2012).

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Servidor público. **Falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar: ausência de contrariedade à constituição da república.** Súmula vinculante n. 5. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. – grifos nossos (STF, RE n. 599808 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL, Relatora: Min. CARMEN LÚCIA, j. em 14.02.2012, Primeira Turma, *in* DJe 15.03.2012).

EMENTA: Mandado de segurança. 2. Demissão de servidor público por meio de processo administrativo disciplinar. 3. Ausência de violação às garantias do contraditório e da ampla defesa. 4. **Ausência de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar. Não há cerceamento de defesa** - Súmula Vinculante n.º 5. 5. Segurança denegada. – grifos nossos (STF, MS n. 22693 / SP - SÃO PAULO, Relator: Min. GILMAR MENDES, j. em 17.11.2010, Tribunal Pleno, *in* DJe 13.12.2010).

Acresce-se, ainda, que, ao decidir, o julgador tem o dever de, na motivação do ato decisório, não se deixar influenciar pelo “oculto sentimento”, aqui compreendidas pelo influxo de ideologias, o particular sentimento do julgador e as convicções pessoais e particulares.

O Supremo Tribunal Federal, corte conhecida como guardiã da constituição e parâmetro para o Judiciário, conforme precedentes citados, tem sido fonte de inspiração negativa ao processo administrativo disciplinar, em especial, pelo influxo de ideologias e do particular sentimento jurídico, preconizando o obscurecimento dos princípios constitucionais do processo e o exemplo negativo para o Estado Democrático de Direito.

Portanto, em prestígio à superação do subjetivismo arraigado na instrumentalidade do processo, não é demais ressaltar o vínculo que deve ter o julgador ao art. 93, inciso IX da Constituição de 1988, principal dispositivo quanto à fundamentação racional das decisões, administrativas ou judiciais, e que esteja coerente com as razões de justificação deduzidas pelas partes no procedimento em contraditório, em torno das questões de fato e de direito processual e material discutidas nos autos, além do irrestrito respeito aos demais princípios constitucionais do processo.

8 Decisões administrativas: impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil

Um dos grandes equívocos dos autores que estudam o processo administrativo diz respeito à busca do conceito dos institutos no direito administrativo, em detrimento às definições da área específica (direito processual).

Outros autores administrativistas simplesmente desconsideraram as várias teorias que conceituam diversamente o processo, para adotar visão instrumentalista do instituto, visão esta já superada para muitos, pelo processo constitucional.

Para tanto, o principal instrumento de efetivação do processo administrativo disciplinar no Brasil, a Lei Federal n. 9.784, de 29.1.1999, que regula o instituto, no âmbito da União Federal, sistematizou a matéria com o preenchimento de lacuna do direito brasileiro, bem como consolidou majoritariamente orientações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Entretanto, por ter sido elaborada majoritariamente por administrativistas, pecou terminologicamente quanto aos conceitos de processo e procedimento, exemplo:

- “Art. 3º. (...) II – **ter ciência da tramitação dos processos** administrativo em que tenha a condição de interessado (...);” – grifos nossos;
- “Art. 22. Os **atos do processo** administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir. § 1º. Os **atos do processo** devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável. § 2º. Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade. § 3º. A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo. § 4º. **O processo deverá ter suas páginas numeradas seqüencialmente e rubricadas.** Art. 23. Os **atos do processo** devem realizar-se em dias úteis, no horário normal de funcionamento da repartição na qual tramitar o processo”. – grifos nossos;
- “Art. 26. O órgão competente perante o qual **tramita o processo** administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. § 1º. A intimação deverá conter: (...) V - informação da **continuidade do processo** independentemente do seu comparecimento; (...)” – grifos nossos;
- “Art. 46. Os interessados têm direito à **vista do processo** e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem. Art. 47. O órgão de instrução que não for competente para emitir a decisão final elaborará relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, **encaminhando o processo** à autoridade competente”. – grifos nossos;
- “Art. 52. O órgão competente poderá declarar **extinto o processo** quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente”. – grifos nossos;¹

¹ A Comissão inicialmente foi composta por Almiro do Couto e Silva, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Inocêncio Mártires Coelho, José Carlos Barbosa Moreira, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Odete Medauar. Barbosa Moreira afastou-se por motivos de ordem pessoal e a Comissão foi reconstituída pela Portaria conjunta dos Ministérios da Justiça e da Administração e Reforma do

Frise-se que a Lei Federal n. 9.784/99 não faz qualquer referência à Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88), dando ensejo a severas críticas acerca da *relativização ou exclusão de alguns princípios constitucionais do processo, colacionando traços instrumentalistas inquisitoriais* como exemplo:

- “Art. 3º. (...) IV – fazer-se assistir, **facultativamente, por advogado**, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei. – e a Súmula Vinculante n. 05 do STF: **A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição;**”²

Sendo que a CR/88 (CR/88, art. 133) disciplina a indispensabilidade do advogado;

- “Art. 4º. São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: I – **expor os fatos conforme a verdade;** (...) IV – **prestar as informações que lhe forem solicitadas** e colaborar para o esclarecimento dos fatos.” E “Art. 39. Quando for necessária a **prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros**, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento. Parágrafo único. Não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão. Art. 40. Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo;”

A CR/88 (CR/88, art. 5º, § 2º, tendo em vista que remonta à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário; bem como CR/88, art. 5º, inciso LXIII, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, item 2, alínea ‘g’), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica) disciplina que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo e o silêncio não pode ser interpretado em seu desfavor;

- “Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, **delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares**, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes;”

Estado, n. 47, de 31.1.1996, sendo incluídos Adilson Dallari, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Cármen Lúcia Antunes Rocha.

² Em contraposição à Súmula n. 343 do STJ: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

A CR/88 (CR/88, art. 5º, inciso XXXVII) disciplina ainda que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”; “Art. 45. Em caso de risco iminente, o Estado poderá motivadamente adotar providências acauteladoras **sem a prévia manifestação do interessado;**” sendo que a CR/88 (CR/88, art. 5º, inciso LV) disciplina o contraditório;

- “Art. 50. (...) § 2º. Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. (...)”

Decisões repetitivas, em prejuízo do devido processo constitucional e a motivação das decisões; sendo que a CR/88 (CR/88, art. 5º, *caput*) disciplina a isonomia.

- “Art. 59. Salvo disposição legal específica, é de **dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo**, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.” VS. “Art. 62. Interposto o recurso, o órgão competente para dele conhecer deverá intimar os demais interessados para que, **no prazo de cinco dias úteis, apresentem alegações;**”

Além de não superar a dualidade público vs. privado, bem como a prevalência do primeiro sobre o segundo:

- “Art. 2º. (...) 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;** (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o **atendimento do fim público a que se dirige**, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.” – grifos nossos;
- “Art. 51. (...) § 2º. **A desistência ou renúncia do interessado**, conforme o caso, **não prejudica o prosseguimento do processo**, se a Administração considerar que o **interesse público assim o exige.**” – grifos nossos;
- “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao **interesse público** nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração” – grifos nossos;

Assim, destaque para o problema da edição de normas processuais pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, quando a competência constitucional é exclusiva da União, ressalvadas as normas procedimentais, com atribuição residual dos Estados e Distrito Federal, aqui também excluídos os Municípios.

O presente panorama é constante na doutrina e jurisprudência brasileira, o que demonstra a gravidade do problema, principalmente, sob o ponto de vista estrutural do processo administrativo disciplinar e a falta de adoção da moldura constitucional do processo.

Como exemplo, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento relatado pela Ministra Ellen Gracie (j. 14/06/2005, *in* DJ 05/08/2005, unânime), refutou a necessidade de referida moldura constitucional do processo. Confira-se a ementa e um trecho colhido do voto da Relatora:

Servidor Público. Proventos De Aposentadoria. Ato Administrativo Eivado De Nulidade. Poder De Autotutela. Possibilidade. 1. Pode a Administração Pública, segundo o poder de autotutela a ela conferido, retificar ato eivado de vício que o torne ilegal, prescindindo, portanto, de instauração de processo administrativo (Súmula STF nº 473). 2. Agravo regimental improvido. [...]

O Tribunal a quo limitou-se a assentar que a supressão de vantagens concedidas a servidor público, por suposta ilegalidade na sua concessão (Súmula nº 473), demanda o oferecimento de ampla defesa, mediante o devido processo legal. Ao decidir nesses termos, a Corte de origem contrariou o entendimento deste Supremo Tribunal. A Administração, ao constatar a ilegalidade de seus atos, pode corrigi-los no exercício de seu poder de autotutela, de modo a garantir a legalidade de seus proventos (art. 37, caput, da CF/88). (RE nº 273.665-AgR/RN).

Para emoldurar as questões, portanto, é necessário trazer à tona a diferença entre processo e procedimento, com a definição da repartição constitucional das competências entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como releitura principiológica-constitucional do processo administrativo, com atendimento do Estado Democrático de Direito.

Portanto, falta ao processo administrativo uma sistematização principiológico-constitucionalizada e democrática, com prestígio à atividade discursiva compartilhada dos afetados pelo provimento administrativo final, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais.

Ocorre que, para reconstrução do processo administrativo, disciplinar principalmente, em um sistema participativo democrático, baseado em princípios constitucionais do processo, não basta definir o conceito mais adequado, mas a ultrapassagem dos entraves ideológicos e dos escopos metajurídicos do interesse público sobre o interesse privado.

Logo, demonstra-se adequada, de acordo com o detalhado esquema descrito nos institutos supramencionados, a viabilidade e a importância da presente pesquisa, para cindir o tradicional sistema brasileiro do Processo Administrativo (disciplinar), baseado na instrumentalidade inquisitiva.

Assim, cabe ao processo administrativo disciplinar brasileiro a superação dos entraves ideológicos dos escopos metajurídicos, para se adequar às concepções teóricas asseguradas no discurso da constitucionalidade brasileira em vigor, como

pressuposto de sua correta aplicação e legitimidade, o que torna impostergável sua reconstrução principiológico-constitucional, com a adoção do processo constitucional e constante testificação em Popper, resguardados assim as garantias e direitos fundamentais, por uma *Administração Pública Dialógica* e a transferência de seu estudo para o *Direito Processual da Administração Pública Democrática*, com prestígio aos apropriados institutos de direito processual, no Estado Democrático de Direito Constitucionalizado.

9 Conclusão

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é uma instituição obrigatória, conforme art. 41, parágrafo 1º, inciso II da Constituição de 1988, incluído no título III (Da Organização do Estado), Capítulo VII (Da administração pública) e Seção II (Dos servidores públicos), tendo suas fases reguladas pelo art. 151 da Lei n. 8.112/90: a instauração, o inquérito administrativo (dividido em instrução, defesa e relatório) e o julgamento.

Na esfera federal, o processo administrativo disciplinar tem como base legal a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), bem como a Lei n. 8.112/90, em seu Título IV (do Regime Disciplinar, arts. 116 a 142) e Título V (do Processo Administrativo Disciplinar, arts. 143 a 182), mas que, por suas lacunas, encontra-se integrado, para os casos omissos ou específicos (Lei n. 9.784/99, art. 69) pela Lei n. 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo – regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal); e, pela Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) – que trouxe disposições sobre a responsabilidade de agentes públicos por atos de improbidade, acrescenta aspectos específicos para o processo administrativo disciplinar, com a definição dos atos de improbidade administrativa e a cominação de penas passíveis de aplicação aos agentes públicos.

Os conceitos de PAD pelos estudiosos da matéria no Brasil, refletem uma visão unicamente instrumentalista do direito processual administrativo brasileiro, compondo uma das críticas do presente trabalho ao processo administrativo disciplinar, qual seja, o equívoco de seu estudo no direito administrativo, em detrimento do direito processual, resultando em consequências terríveis para os

administrados, a começar por uma interpretação mítica de institutos inerentes, e apenas trabalhados, no direito processual constitucional.

Diante da análise e discussões acerca do tema ora proposto, conclui-se que, apesar da Constituição de 1988 ter optado pelo “processo administrativo”, o Brasil adota, na prática, um sistema mais próximo à “procedimentalidade administrativa”, em que não estão garantidos todos os princípios constitucionais do processo.

Para uma impostergável reconstrução do processo administrativo, disciplinar principalmente, em um sistema participativo democrático, baseado em princípios constitucionais do processo, não basta definir o conceito mais adequado, mas a ultrapassagem do “dogma” do interesse público sobre o interesse privado.

Necessária uma completa e impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil, buscando reestabelecer o desfigurado sistema, que foi rompido por distorções produzidas, por uma desvirtuada interpretação jurisprudencialista, i.e. Súmula Vinculante n. 5 do STF, descompromissada com o Devido Processo Legal, o processo constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Logo, firma-se aqui a tese de que o processo administrativo disciplinar pátrio é falho e inquisitista, vez que não abarca a devida técnica normativa, que tenha foco na superação da instrumentalidade do processo. Assim, explicitando a presente tese, cabe ao processo administrativo disciplinar brasileiro a superação dos entraves ideológicos dos escopos metajurídicos, para se adequar às concepções teóricas asseguradas no discurso da constitucionalidade brasileira em vigor, como pressuposto de sua correta aplicação e legitimidade, o que torna impostergável sua reconstrução principiológico-constitucional, com a adoção do processo constitucional e constante testificação em Popper, resguardados assim as garantias e direitos fundamentais, por uma *Administração Pública Dialógica* e a transferência de seu estudo para o *Direito Processual da Administração Pública Democrática*, com prestígio aos apropriados institutos de direito processual, no Estado Democrático de Direito Constitucionalizado.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos**. São Paulo: RT, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 28 de novembro de 2008.

BONFIM, Alberto. **O processo administrativo**: comentários, rotina, modelos de atos oficiais e ementário de jurisprudência disciplinar. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de novembro de 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

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

GONÇALVES, Andréia Barroso. Processo Administrativo. *In*: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 1998. ts I e II.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, t. 2, p. XX-1, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/199**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.