

Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

LUIS JOSÉ THEWES

**Processo Administrativo Disciplinar:
a aplicabilidade do princípio do Juiz Natural
na composição da comissão processante**

Porto Alegre

2018

LUIS JOSÉ THEWES

Processo Administrativo Disciplinar:
a aplicabilidade do princípio do Juiz Natural
na composição da comissão processante

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini.

Porto Alegre

2018

LUIS JOSÉ THEWES

Processo Administrativo Disciplinar:
a aplicabilidade do princípio do Juiz Natural
na composição da comissão processante

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovado em Porto Alegre, em ____ de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini
Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Doutorando Me. Rafael Folador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Mestrando Rodrigo Führ de Oliveira
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Porto Alegre

2018

“Considero próprio investigar a razão de ser de todas as coisas - como são - e rejeitar todas as opiniões sem explicação”.

SÓCRATES.

RESUMO

O presente trabalho pretende examinar a aplicabilidade do princípio do juiz natural na composição da comissão processante do processo administrativo disciplinar no âmbito federal. O princípio, em seu conteúdo, relaciona-se com a proibição de tribunais de exceção e com a garantia de uma autoridade competente e, em sua aplicação, obriga o Estado a estabelecer mecanismos que proporcionem ao cidadão um ambiente isento no processo, com observação das garantias fundamentais. A escolha dos integrantes da comissão que irá proceder a apuração de possível infração disciplinar de servidor público deverá ser realizada por meio de um procedimento imparcial, sendo que tal condição somente é alcançada com a designação de julgadores antes da ocorrência dos fatos, de modo que a composição da comissão processante não seja utilizada como instrumento para favorecer ou prejudicar servidor que está sendo submetido ao procedimento disciplinar. Nesse sentido, pugna-se pela interpretação sistemática do direito, em que a Constituição irradia seus efeitos no direito administrativo, observando a incidência de seus princípios, como garantia da legitimidade no proceder administrativo em sede de processo disciplinar. Nesse sentido, o princípio do juiz natural, pelo seu conteúdo, contribui para manter a isenção quando da designação dos membros das comissões processantes.

Palavras-chave: Princípio do juiz natural. Processo administrativo disciplinar. PAD. Comissão processante. Inquérito disciplinar. Princípios constitucionais. Direito administrativo.

ABSTRACT

The present study intends to examine the applicability of the principle of the natural judge in the composition of the procedural commission of the administrative disciplinary process in the federal scope. The principle, in its content, is related to the prohibition of courts of exception and with the assurance of a competent authority and, in its application, forces the State to establish mechanisms that provide the citizen with an environment free in the process, with observation of the assurances. The choice of the members of the commission that will proceed to the investigation of a possible public servant disciplinary infraction shall be carried out by means of an impartial procedure, and such a condition is only reached with the appointment of judges before the occurrence of the facts, so that the composition of the processing committee is not used as an instrument to favor or harm the server that is being submitted to the disciplinary procedure. In this sense, it is argued by the systematic interpretation of law, in which the Constitution radiates its effects on administrative law, observing the incidence of its principles, as a assurance of legitimacy in the administrative proceeding in a disciplinary process. In this sense, the principle of the natural judge, by its content, contributes to preserve the exemption when designating the members of the processional commissions.

Keywords: Natural judge's principle. Administrative disciplinary process. PAD. Prosecuting committee. Disciplinary inquiry. Constitutional principles. Administrative law.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR	Agravo Regimental
Ap.	Apelação
art.	Artigo
CGU	Controladoria-Geral da União
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
Des.	Desembargador
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
DJU	Diário de Justiça da União
HC	Habeas Corpus
jan.	janeiro
j.	juízo
jul.	julho
mar.	março
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
MP	Medida Provisória
n.	número
p.	página
RE	Recurso Extraordinário
REO	Remessa Ex Officio
Rel.	Relator
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
ROMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

TJ Tribunal de Justiça

TRF Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	11
2.1	Garantias Constitucionais no Processo Administrativo.....	15
2.2	Garantias Constitucionais Processuais no Processo Administrativo.....	27
3	PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	43
3.1	Comissão de Sindicância e de Processo Administrativo Disciplinar.....	47
3.2	Aplicabilidade do Princípio do Juiz Natural na Composição da Comissão Processante.....	54
4	CONCLUSÃO.....	68
	REFERÊNCIAS.....	70

1. INTRODUÇÃO

A Constituição é a base sobre a qual repousa todo o ordenamento jurídico. A partir desta lógica o direito constitucional serve de norma organizadora em relação à totalidade da ordem jurídica, condicionando e dirigindo a aplicação e a validade das normas em todos os ramos do direito.

Em relação ao direito administrativo não seria diferente. Por esta razão, já se constitui ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência a necessidade de se estudar o direito administrativo a partir das normas encartadas na Constituição, tendo, no particular, uma estrutura mínima de um modelo constitucional de direito administrativo.

O desenvolvimento do sistema normativo, a partir dessa estrutura constitucional, exige a observância de garantias fundamentais delineadas e indica as circunstâncias nas quais é indispensável norma que discipline a atuação da administração pública.

A atividade administrativa consiste no exercício de poderes-deveres voltados para um fim a ser atingido e em muitas circunstâncias a conduta a ser adotada permite certa autonomia na escolha da solução a ser adotada. Nestas circunstâncias os princípios são o instrumento normativo que baliza a aplicação do direito porque reduzem a autonomia do operador e evitam escolhas ou condutas inadequadas.

Este trabalho será centrado em uma destas circunstâncias no âmbito da apuração de responsabilidade de agentes públicos, em especial os servidores públicos federais submetidos ao regime estatutário. O procedimento tem regramento específico na Lei n. 8.112/90 e trata apenas da apuração de ilícitos na dimensão administrativa, sendo autônomo em relação à apuração de responsabilidades nas esferas civil e penal.

Em nível federal, a Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão que regulamenta as investigações no poder executivo. Possui uma estrutura de controle que também tem atribuições para a apuração de responsabilidades. De modo geral, a apuração é atribuição da autoridade competente do próprio órgão no qual ocorreu o fato.

Ocorre que a instauração do procedimento de apuração é posterior à ocorrência do fato. A autoridade competente, a partir do conhecimento desse fato que pode configurar responsabilidade de servidor, instaura comissão processante designando os servidores que a integram. Estes, conduzem o inquérito administrativo, peça que instrui o processo administrativo disciplinar e constitui a base para o julgamento pela autoridade competente.

Neste contexto, os princípios que regem o processo administrativo disciplinar são ferramenta imprescindível para verificar a conformidade da atuação dos membros da comissão processante e identificar possíveis vícios que possam ensejar nulidade do processo.

O dispositivo legal assegura que a comissão apuradora atua com independência e imparcialidade. No entanto, a questão principal da pesquisa será centrada em aspecto de natureza subjetiva que analisará a escolha dos membros da comissão processante pela autoridade competente. Isto porque os integrantes desta comissão são nomeados após o conhecimento do fato a ser apurado e a escolha deles, de certo modo, pode influir na responsabilização ou não do servidor acusado.

A escolha dos integrantes da comissão é ato discricionário da autoridade competente. Neste sentido, a pesquisa pretende fazer uma análise dos princípios que regulam o procedimento no âmbito do processo administrativo disciplinar, em especial a aplicabilidade do princípio do juiz natural na constituição e na atividade da comissão processante, para garantir a imparcialidade na apuração de responsabilidade.

Cabe destacar que o trabalho não pretende detalhar o processo administrativo disciplinar. Referências a procedimentos pretendem apenas contextualizar o tema para analisar os princípios que neles incidem e permitir identificar os limites impostos ao administrador público e aos integrantes da comissão processante para que na apuração de responsabilidade de servidor prepondere o interesse público.

O procedimento também será confrontado à luz do art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição, que estabelece “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, para verificar se a nomeação da comissão processante após a ocorrência de fato não configura a instituição de juízo acidental e que gera a presunção de parcialidade.

No decorrer da explanação serão destacados julgados dos tribunais, em especial do STJ e do STF, visto que o desenvolvimento do direito administrativo também é dirigido pela interpretação jurisprudencial em relação à aplicação dos princípios quando julgado o caso concreto.

Na conclusão, serão analisadas possíveis soluções legislativas e procedimentos administrativos que implementem a garantia do juiz natural na constituição da comissão processante responsável pela apuração de responsabilidade de servidor.

2. PROCESSO ADMINISTRATIVO

A atividade administrativa, em especial quando envolve conflito de interesses específicos, é realizada através do denominado processo administrativo que é condicionado por um conjunto de princípios e normas voltados a delimitar a atuação da administração pública. No nosso sistema existe uma supremacia da ordem constitucional que estabelece as principais diretrizes a serem observadas pelo legislador infraconstitucional e os agentes públicos.

O doutrinador Marçal Justen Filho¹ entende que “a estruturação do direito administrativo é produzida pela Constituição, a qual delinea os princípios fundamentais, indica as situações em que será indispensável a existência de regras e fornece as diretivas de desenvolvimento do sistema normativo”.

A supremacia também é mencionada por Nelson Nery Junior²:

A Constituição é a ordem jurídica fundamental da coletividade: determina os princípios diretivos, segundo os quais devem formar-se a unidade política e as tarefas estatais a serem exercidas; regula ainda procedimentos de pacificação de conflitos no interior da sociedade; para isso cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica.

Assim, o direito administrativo pode ser visto “[...] como um conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”³. Estes princípios regem, portanto, a organização interna da administração pública, sua hierarquia, seu pessoal, o funcionamento dos seus serviços e suas relações com os administrados.

A doutrina estabelece uma distinção entre processo e procedimento. Para Romeu Felipe Bacellar Filho⁴, o procedimento não é uma espécie abrangida no gênero processo porque, em sua essência, o processo é uma sucessão predeterminada de atos jurídicos com uma sequência lógica a ser seguida. Em Marçal Justen Filho, o processo é uma relação jurídica destinada a compor um litígio mediante a observância necessária de um procedimento que assegure o contraditório e a ampla defesa.

1 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 61.

2 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo Civil, Penal e Administrativo**, p. 38-39.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 40.

4 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 53.

No entendimento do STF, “[...] o processo administrativo é um *continuum*, integrado por provas materiais, depoimentos pessoais, manifestações técnicas e outras informações, nos quais se lastreia a decisão final da autoridade competente para prolatá-la”⁵.

Também deve ser observada a distinção com o processo jurisdicional. Este pressupõe a existência de um juiz que exercita o poder decisório, um terceiro que não é titular dos interesses em conflito, que, neste sentido, é imparcial em uma relação trilateral que envolve as partes e o Estado-jurisdição⁶.

Já no processo administrativo, não existe a atribuição de competência decisória a terceiro. A própria administração pública, que é parte do conflito, é encarregada de julgar. No entanto, o dever da impessoalidade requer a imparcialidade do julgador e constitui requisito de validade de uma decisão em sede do processo administrativo.

Este entendimento requer que toda decisão administrativa que afeta interesse de determinada pessoa deve ser produzida com a observância de um processo administrativo pautado pelo contraditório e ampla defesa. Por imposição que decorre dos artigos 1º e 37 da Constituição, o exercício destes poderes de natureza pública deve observar formalidades que garantem a participação de todos os interessados.

O STF reconhece que “Qualquer ato da Administração Pública que tiver o condão de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deverá ser precedido de prévio procedimento em que assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa”⁷.

No Brasil, a competência para legislar em matéria de direito processal é privativa da União (art. 22, inciso I, da Constituição) e em relação a procedimentos é concorrente com os demais entes federativos. A União estabelece regras gerais e os Estados e o Distrito Federal podem suplementar ou complementar estas regras (art. 24, inciso XI e § 2º, da Constituição). Contudo, na produção de normas específicas, os entes federativos devem respeitar as normas gerais federais. É o caso da lei de processo administrativo (Lei n. 9.784/1999) que estabelece normas gerais e princípios fundamentais sobre processo e procedimentos administrativos.

A instauração de processo administrativo litigioso pode ser de ofício ou por provocação de algum interessado⁸, constituindo dever da administração pública instaurar processo

5 STF. RMS n. 25.736, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. do acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.03.2008, DJe 18.04.2008.

6 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 197.

7 _____. RE n. 250482 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffli, j. 26.06.2011, DJe 13.08.2012.

8 _____. **Curso de Direito Administrativo**, p. 203.

administrativo quando tomar conhecimento de evento que possa produzir lesão a interesse por ela titularizado ou gerido.

Se a provocação partir de particular podem ocorrer duas situações: tratar-se de direito disponível de titularidade exclusiva em que a instauração é privativa do interessado ou instauração de ofício por envolver interesse de titularidade do Estado (ou de cunho coletivo ou difuso), situação em que o pleito do particular produz efeito de comunicação formal para o Estado exercer sua competência.

Por economia processual, pode a administração, conforme o caso, realizar procedimento prévio e sumário para verificar o cabimento ou não de processo. Este procedimento tem natureza simplificada e destina-se a apurar a existência de indícios que demandem a instauração de processo.

Por isso, em sede de processo administrativo disciplinar, não há óbice em iniciar apuração de responsabilidade de servidor a partir de denúncia anônima. Cabe à autoridade competente determinar diligências para aferir a existência de elementos suficientes que justifiquem a instauração do processo. O STJ já manifestou que “Não há ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima, por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração e, por via de consequência, ao administrador público”⁹ e de que “O art. 38 do CPP não tem aplicação no âmbito administrativo, em que não há sequer o requisito de representação do ofendido para fins de instauração do processo administrativo disciplinar”¹⁰.

O STF também se posicionou no sentido de que esta precaução é cabível para subsidiar decisão quanto à abertura de processo administrativo disciplinar:

A sindicância administrativa – enquanto simples procedimento de caráter preparatório – não se reveste de finalidade punitiva, achando-se instrumentalmente vocacionada a subsidiar, com elementos idôneos, a instauração, pela Administração Pública, de procedimento disciplinar contra o servidor estatal. Nada impede, contudo, que a Administração Pública, dispondo de elementos probatórios idôneos, faça instaurar, desde logo, contra determinado servidor estatal, independentemente de prévia abertura de sindicância, processo administrativo-disciplinar destinado a viabilizar as garantias de ordem jurídica decorrentes da cláusula constitucional do *due process of law*¹¹.

Em relação ao procedimento prévio, o STJ também firmou este entendimento:

A sindicância administrativa é meio sumário de investigação de irregularidades funcionais cometidas, desprovida de procedimento formal e

9 STJ. MS n. 12.385/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 10.05.2008, DJe 05.09.2008.

10 _____. RMS n. 13.647/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.08.2008. DJe 15.09.2008.

11 STF. MS n. 22.122, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18.10.1995, DJ 19.12.2006.

do contraditório, dispensando a defesa do indiciado, a descrição pormenorizada dos fatos apurados e a publicação do procedimento. Não há que se falar em cerceamento de defesa, por não ter sido assegurado ao patrono do indiciado o direito de sustentar oralmente na sessão de instauração de processo administrativo, se na sindicância prévia foi-lhe assegurado amplo direito de defesa, inexistindo, ainda, embasamento legal que lhe dê suporte¹².

A conduta a ser adotada dependerá das circunstâncias, o que não equivale a consagrar a liberdade para a autoridade escolher. No entanto, a decisão de instauração ou não de processo administrativo sempre deverá ser motivada e com exame das circunstâncias pertinentes e relevantes.

A decisão pelo arquivamento deve ter fundamentação mais ampla e aprofundada considerando o seu cunho de definitividade. Já a abertura não pode ter aprofundamento sobre a disputa sob pena de configurar condenação antecipada de uma das partes pela autoridade competente¹³.

Segundo o STJ:

Ante a desnecessidade da descrição minuciosa dos fatos no ato da instauração do processo administrativo disciplinar e por ter sido detalhada a falta funcional praticada pelo servidor no termo de indicição, não há nulidade a ser declarada¹⁴.

Afasta-se a alegação de nulidade quando a decisão que determina a instauração do processo administrativo é bem fundamentada e quando o impetrante, através de advogado constituído, toma conhecimento de todas as fases do processo e exerce o direito de defesa em sua plenitude¹⁵.

Assim, o controle sobre a atuação da autoridade pública ocorre não só pela observância de regras como também pelos princípios que regem a matéria. Segundo Marçal Justen Filho¹⁶,

A atividade administrativa traduz o exercício de poderes-deveres, o que significa a vinculação quanto ao fim a ser atingido. Em inúmeras oportunidades, a conduta a ser adotada dependerá das circunstâncias, o que não equivalerá a consagrar a liberdade para o agente escolher como bem entender.

Os princípios exteriorizam valores fundamentais e devem influenciar a decisão, no entanto, somente em hipóteses extremas é cabível produzir decisão fundada exclusivamente em princípios¹⁷. Nesta condição, a decisão somente é válida se ponderar e aplicar na maior extensão possível os princípios envolvidos.

12 STJ. RMS n. 3.948/PB, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, j. 16.11.2000, DJ 11.12.2000.

13 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 61 e 205.

14 STJ. MS n. 14.504/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 14.08.2013, DJe 20.8.2013.

15 _____. RMS n. 11.708/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 13.12.2007, DJ 11.02.2008.

16 _____. **Curso de Direito Administrativo**, p. 61.

17 _____. **Curso de Direito Administrativo**, p. 62.

Cada princípio contém um conteúdo mínimo que, em alguns casos, já é predeterminado por regras constitucionais e limita a autonomia do legislador infraconstitucional, bem como o intérprete ou o aplicador do direito.

Passaremos a analisar o conteúdo dos princípios constitucionais que regem a atividade pública, em especial o processo administrativo.

2.1 Garantias Constitucionais no Processo Administrativo

O princípio da **legalidade** é uma determinação essencial. Está expressamente referido no *caput* do art. 37 da Constituição e no art. 2º, da Lei n. 9.784/99. Para José Afonso da Silva¹⁸, o princípio significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador.

A observância do princípio é uma diretriz básica na conduta dos agentes públicos e significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Para José dos Santos Carvalho Filho¹⁹, o postulado implica subordinação completa do administrador à lei, sendo que todos os agentes públicos, “desde o que ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas”.

Para o autor, o postulado foi consagrado após séculos de evolução política e tem por origem mais próxima a criação do Estado de Direito, ou seja, “do estado que deve respeitar as próprias leis que edita”. Ainda ressalta que havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para adequá-la ao comando legal.

Odete Medauar²⁰, em relação ao vínculo do ato administrativo, diz que:

A legalidade abrange não somente a lei formal, mas também [...] os preceitos decorrentes de um estado democrático de direito, que é o modo de ser do estado brasileiro, conforme prevê o art. 1º, *caput*, da Constituição; e, ainda, deve incluir os demais fundamentos e princípios da base constitucional.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹, entende que, segundo o princípio da legalidade, a administração somente pode fazer o que a lei permite:

[...] Em decorrência disso, a administração pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto ela depende de lei.

18 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 422.

19 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 20.

20 MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**, p. 147.

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 61.

Fica evidente que a atividade administrativa é compreendida como atuação infralegal e tradicionalmente é feita alusão à lei, ao regulamento, à sentença e ao contrato, para demonstrar que a conduta está conformada com a lei e o direito.

Também cabe destacar que há uma distinção entre legalidade e constitucionalidade. Enquanto a Constituição é um conjunto de normas fundamentais que se mostra insuficiente para disciplinar a atividade administrativa, a lei funciona como uma garantia específica e requer a existência de normas concretas e determinadas.

Segundo Marçal Justen Filho²², “[...] é indispensável não só a autorização superior da Constituição, mas também uma manifestação concreta e determinada produzida por meio de lei” para impor restrição à autonomia privada e impor obrigatoriedade de atuação administrativa.

O STJ já se manifestou no sentido de que:

Com o advento da Constituição da República de 1988 foi ampliado o conceito da legalidade, sob o prisma axiológico. Dentro desse conceito amplo de legalidade, a atividade administrativa deve ser pautada nos princípios gerais de direito e nos princípios constitucionais, sob pena de ser considerada ilegal, por não atender aos fins públicos colimados no Estado Democrático de Direito²³.

Decorrente da separação de poderes também existem funções reservadas privativamente ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário. O exercício dessas competências, por sua vez, faz-se por via diversa da lei.

O STF, observando o mandamento constitucional em relação à harmonia no exercício da competência de cada Poder, acordou que:

1. A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação. 2. Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação, na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados²⁴.

A legalidade também pode ser entendida como uma relação de não contrariedade ou não incompatibilidade. O princípio impõe que a administração pública atue em conformidade com a lei formal, o que representa uma garantia ao cidadão. Isto significa que o agente público, no cumprimento das suas funções, não tem liberdade e nem vontade pessoal, visto que

22 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 73.

23 STJ. RMS n. 16.536/PE, 6ª Turma, trecho do voto do relator Min. Celso Limongi, Des. convocado do TJ/SP, j. 02.02.2010, DJ 22.02.2010.

24 STF. ADI n. 2.733, Pleno, Rel. Min Eros Grau, j. 26.10.2005, DJ 03.02.2006.

a imperatividade da lei não obriga apenas o particular, mas a própria administração por atribuir a ela poderes-deveres que de regra são indisponíveis e irrenunciáveis.

Romeu Felipe Bacellar Filho²⁵ chama a atenção no sentido de que o irrestrito cumprimento da norma “[...] não significa aplicação fria e descompromissada porque, antes de atender a norma, preexiste a finalidade pública”. Para o autor, o conteúdo da relação de legalidade é delimitado pelo da discricionariedade. Afirma que há possibilidade de discricionariedade administrativa, o que exclui a noção de completude da relação de legalidade como modalidade de vinculação administrativa. No entanto, a atuação é restringida à competência do poder atribuído, o que refuta a comum designação da discricionariedade como liberdade administrativa.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho²⁶ diz que “[...] discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico”, o que pode ser interpretado como uma avaliação subjetiva balizada por critérios objetivos.

Em relação à matéria aplicável ao processo administrativo disciplinar, também cabe uma análise em relação à tipicidade. Para Romeu Felipe Bacellar Filho²⁷, os diversos estatutos dos servidores públicos contém rol de condutas tipificadas como ilícitas a partir de conceitos genéricos e cita exemplos da Lei n. 8.112/90, como “insubordinação grave em serviço” (art. 132, inciso VI), “incontinência pública e conduta escandalosa na repartição” (art. 132, inciso XI), entre outros, que consistem em abertura legislativa na definição de conduta ilícita, condição que também se verifica na aplicação da sanção como “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais” (art. 128).

Segundo o autor, em face da abertura legal, o processo administrativo disciplinar fornece ferramentas para o responsável exercer com coerência a competência disciplinar, constituindo instrumento de atenuação do princípio da legalidade. Esta abertura, porém, não permite punir condutas atípicas em vista do princípio da reserva legal absoluta em matéria

25 Para o autor a finalidade (que sempre é pública), ínsita à legalidade, foi reconhecida expressamente no art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/99 como princípio da administração pública. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 170-1.

26 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 86.

27 _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 179-181.

penal (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição), *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ser aplicado ao direito administrativo sancionador.

Para Marçal Justen Filho²⁸, inexistente discricionariedade para a imposição de sanções, especialmente no que diz respeito aos pressupostos de imposição da sanção, sendo insuficiente a sua mera previsão legal. “O princípio da legalidade exige a descrição da hipótese de incidência e da sanção”. Assim, a possibilidade de imposição de sanção administrativa depende da previsão da hipótese de incidência e da consequência decorrente definida em lei.

Decisão da juíza Lúcia Valle Figueiredo, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, reconhece que a garantia constitucional do devido processo legal alcança os procedimentos administrativos sancionatórios e que o ato administrativo não é instrumento adequado para tipificar infração administrativa e cominar penalidade. No julgado diz que:

O princípio da tipicidade é importantíssimo para a preservação do princípio da legalidade. Deve estar descrita na lei a infração com a devida consequência. Se determinadas formas de infrações ainda não tiverem sido tipificadas, possível é que passem a sê-lo, modificando-se a lei. Possível não é, entretanto, que uma matéria de infração utilize-se da analogia. [...] E claro está que o procedimento administrativo sancionatório deve ser a mesma trilha do processo penal²⁹.

Como a todos é permitido o acesso à justiça, o Poder Judiciário pode examinar todos os atos administrativos, mas no exame, porém, se restringe à análise dos motivos determinantes do mérito administrativo e, em relação à legalidade do ato hostilizado, a competência da autoridade para a prática do ato, a regularidade formal, a motivação, os pressupostos de direito e de fato, todos elementos definidos em lei como vinculadores da punição administrativa imposta.

Em sede de competência disciplinar, o princípio da legalidade não pode ser mensurado sem considerar o procedimento e o processo administrativo disciplinar, porque é ele ferramenta que permite estabelecer limites e medidas para a discricionariedade.

Apesar de o regime constitucional do processo administrativo disciplinar ser incompatível com o princípio do informalismo, Hely Lopes Meireles³⁰ defende que o princípio “dispensa ritos sacramentais e formas rígidas [...] principalmente para os atos a cargo do particular” uma vez que o processo administrativo deve ser simples e sem exigências formais excessivas, visto que nem sempre o administrado tem familiaridade com o processo.

28 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: com comentários à MP n. 2026, que disciplina o pregão, p. 621-2.

29 TRF/3ª Região. Ap. em MS n. 142.666, Rel. Juíza Lúcia Valle Figueiredo, j. 22.6.1994. *Apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 183-4.

30 MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 594.

Para Odete Medauar³¹, deve ser adotada a noção de formalismo moderado por haver a “[...] previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa”. Para a autora, também exige interpretação flexível e razoável quanto a formas para garantir a finalidade do processo.

O formalismo moderado foi reconhecido pelo legislador nos incisos VIII e IX do art. 2º da Lei n. 9.784/99, estabelecendo como critério do processo administrativo a “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados” e a “adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”.

No entanto, o mesmo diploma, no art. 22, estabelece que “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente o exigir”, o que para Romeu Felipe Bacellar Filho³² é uma remanescência do direito privado. Para o autor, no direito público a forma é elemento do ato e a incidência do princípio da legalidade assume configuração distinta em se tratando de atos administrativos nos quais não se fala em autonomia da vontade.

O princípio da oficialidade é outra manifestação do princípio da legalidade em relação ao procedimento administrativo em vista do poder disciplinar constituir uma competência e não uma faculdade. Trata-se, pois, do impulso de ofício do processo uma vez que cabe à administração tomar as medidas necessárias, principalmente na instrução, para o trâmite contínuo até a decisão final³³. A Lei n. 9.784/99, no art. 2º, inciso XII, estabelece a “impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados”.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho³⁴, o princípio da oficialidade não significa que a administração tem a possibilidade de levar a cabo a instrução sem o contraditório e a ampla defesa, sendo a instrução competência administrativa que deve ser exercida nos moldes legais e constitucionais.

31 MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**, p. 122.

32 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 188.

33 Para José dos Santos Carvalho Filho o princípio significa que a iniciativa da instauração e do desenvolvimento do processo administrativo compete à própria Administração, diferente da tutela jurisdicional que somente pode ser exercida se o interessado adotar as providências para instaurar o processo judicial. Esclarece que a Administração pode instaurar e impulsionar, de ofício, o processo e não depende da vontade do interessado, possibilitando o desfecho mais rápido do processo, pois que não há dependência da iniciativa de terceiros. *In: Manual de Direito Administrativo*, p. 1039-40.

34 _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 192.

O princípio da **impessoalidade**, expressamente referido no *caput* do art. 37 da Constituição, encerra a ideia de que os agentes investidos na função administrativa do Estado devem estar voltados a satisfazer exclusivamente o interesse público, sendo vedado agir conforme conveniências e vontades pessoais. Trata-se de uma faceta do princípio da isonomia e que não afasta a exigência de tratamento igualitário para os iguais e não igualitário para os desiguais, consistindo no impedimento de um sujeito receber tratamento mais vantajoso ou prejudicial do que o reservado para o conjunto da população.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho³⁵, a impessoalidade implica para a administração pública o dever de agir segundo regras objetivas e controláveis racionalmente, vedando a personificação dos atos do administrador público na medida em que abandona o interesse público para conceder favores ou lesar pessoas ou instituições.

Para José dos Santos Carvalho Filho³⁶, “impessoal é o que não pertence a uma pessoa em especial, ou seja, aquilo que não pode ser voltado especialmente a determinadas pessoas”. Exige, assim, igualdade de tratamento dispensada pela administração pública aos administrados que se encontram em idêntica situação jurídica.

A impessoalidade reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, segundo o qual a administração deve objetivar somente o interesse público, entendendo-se que não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular. Este procedimento caracteriza o desvio de finalidade para o qual o art. 2º, alínea “e”, da Lei n. 4.717/1965, que regula a ação popular, comina a sanção de invalidade.

O princípio também admite exceções na sua aplicação. Para José dos Santos Carvalho Filho³⁷, é o caso do sistema de cotas que prevê reserva de vagas pelo critério ético-social para ingresso em instituições de nível superior, matéria que ainda gera polêmica, apesar da manifestação do STF pela constitucionalidade da ação afirmativa fundado no art. 5º, *caput*, da Constituição, em que elevou a igualdade material sobre a formal.

Marçal Justen Filho³⁸ entende que as exceções ao princípio devem estar contempladas exclusivamente em norma constitucional ou legal. Diz que “[...] onde a norma legal não discriminou, é vedado introduzir inovações diferenciadoras”.

Em sede de processo administrativo disciplinar a impessoalidade deve possibilitar o controle do objetivo exercício da competência disciplinar. Para Romeu Felipe Bacellar Filho³⁹,

35 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 195-6.

36 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 20.

37 _____. **Manual de Direito Administrativo**, p. 21.

38 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 64.

39 _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 196.

o princípio repele a personificação dos atos que se afastam do interesse público para conceder favores ou lesar pessoas ou instituições. O princípio é assegurado principalmente pelo efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa disciplinados nas fases processuais, visto que estabelece, assim, prazos compatíveis e preclusivos para o servidor e a administração e determina quando a motivação é obrigatória. Destaca que na imposição de sanção disciplinar a administração pública deve considerar a pessoa do servidor, circunstância que não caracteriza pessoalidade.

Sandro Lúcio Dezan⁴⁰ diz que a atuação da administração pública está “[...] direcionada à não pessoalidade no momento da realização do comando normativo, qual seja, o dever de o intérprete e aplicador do Direito no ambiente administrativo não ter em mira os sentimentos e especificações pessoais, mas sim, a vontade da lei”.

Outra manifestação da impessoalidade no processo administrativo disciplinar é o regime de impedimentos e suspeições, que, para Romeu Felipe Bacellar Filho⁴¹, é um desdobramento do princípio constitucional do juiz natural. Para o autor, “No processo disciplinar, a impessoalidade traduz-se, também, como imparcialidade, afastando qualquer possibilidade de ter um julgador que ostente qualquer resquício de parcialidade em relação ao acusado.

Nelson Nery Júnior⁴² acrescenta que a própria lei do processo administrativo federal, Lei n. 9.784/99, trata do tema parcialmente, prevendo nos art. 18 a 21 casos de afastamento do acusador e do julgador administrativo quando caracterizada parcialidade por impedimento ou suspeição.

Antônio Carlos Alencar Carvalho⁴³ destaca que deriva do princípio da impessoalidade o dever de o servidor ou autoridade administrativa declararem seu impedimento ou a possibilidade de terem arguida a sua suspeição uma vez que os administrados devem depositar confiança na postura equidistante dos agentes competentes para praticar atos em nome da administração. Lembra, ainda, que o agente responsável pela instrução de um processo deve estar afastado de qualquer condição que possa reduzir ou constranger a sua liberdade.

O princípio da **moralidade**, por sua vez, é exigência de compatibilidade da atividade administrativa com os valores éticos genericamente considerados. Para Marçal Justen Filho⁴⁴,

40 DEZAN, Sandro Lúcio. **Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar**, p. 119.

41 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 197.

42 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo Civil, Penal e Administrativo, p, 146.

43 CARALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**, p. 279.

44 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 20.

a moralidade reside no respeito à identidade, à autonomia e aos interesses de terceiros, interditando a obtenção de vantagens não respaldadas pela boa-fé. Para o autor, também exclui a legitimidade de condutas fundadas em subterfúgios, no aproveitamento da ausência de conhecimento ou de condições de defesa da outra parte.

José dos Santos Carvalho Filho⁴⁵ entende que:

[...] o princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto e o que é desonesto.

A moralidade administrativa como princípio da administração pública, para Romeu Felipe Bacellar Filho⁴⁶, juridiciza a ética na atividade administrativa e introduz o conceito de boa administração, uma moral administrativa especializada em face da moral comum.

O STF, ao analisar a extensão do princípio da moralidade, proclamou o postulado como valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico que condiciona a legitimidade e a validade de qualquer ato estatal. Mantém o posicionamento no sentido de que:

A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Este postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão de uma pauta de valores éticos sobre os quais se funde a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais⁴⁷.

Ao cidadão, a certeza de um direito representa uma visão antecipada de acolhimento de sua pretensão, se cumpridos os requisitos exigidos nas regras do ordenamento jurídico. Ante a administração pública, este vínculo de confiança torna inconcebível o desacolhimento de um pleito amparado em regra legal porque o Estado não pode se furtar da observância do conjunto de regras por ele mesmo estabelecido.

Esta lógica não é diferente no processo administrativo disciplinar no qual a moralidade exige regras processuais de lealdade e boa-fé por incidir justamente na esfera do anseio da certeza e da segurança jurídica. A lealdade e a boa-fé é esperada tanto da administração pública que acusa, instrui e decide, como do servidor acusado que se defende.

45 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 22.

46 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 198.

47 STF. MS n. 24458/DF. Rel. Min. Celso de Mello. j. 18.2.2003. DJU 21.2.2003.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho⁴⁸, a boa-fé e a lealdade como instrumentos processuais garantidores da moralidade administrativa no exercício da competência administrativa disciplinar trazem elementos objetivos que são capazes de definir métodos e formas de comportamento administrativo. Em sede de processo administrativo disciplinar manifestam-se no exercício de poderes e faculdades em relação ao tempo pelo estabelecimento de prazos adequados, a limitação da prova aos fatos debatidos e a convalidação de nulidades não corrigidas imediatamente. Para o autor, a boa-fé e a lealdade são desdobramentos do princípio constitucional da moralidade que humanizam a relação entre a administração e o servidor no processo administrativo disciplinar sem implicar na quebra do princípio da impessoalidade.

O princípio da **publicidade** estabelece que a gestão administrativa deve ser pública e permitir a quem interessar possa o controle da validade e eficácia dos seus atos. A Constituição, no art. 37, *caput*, consagra a publicidade como um dos princípios básicos da administração pública e estabelece um dever ao Estado de dar a maior divulgação possível aos atos que pratica. Segundo José dos Santos Carvalho Filho⁴⁹, é um dever de transparência das atividades administrativas, exigindo que a prática dos atos seja feita na presença de qualquer interessado e que o conteúdo do procedimento possa ser conhecido por qualquer um.

O princípio impõe um dever de transparência, que está relacionado com a divulgação da atividade administrativa, uma condição de eficácia do ato administrativo, que, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho⁵⁰, por sua existência e conteúdo constitui pré-requisito à obrigatoriedade do ato e, como regra geral, o ato administrativo somente adquire efeito e capacidade para influir na realidade a partir de sua publicação.

A publicização também é condição para aferir a legalidade do ato, se a sua finalidade é pública ou se atende aos princípios da moralidade e da impessoalidade. A garantia constitucional também é importante instrumento para mitigar o risco da corrupção no trato com a coisa pública.

O Ministro Celso de Mello observa que:

[...] o novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinado, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais⁵¹.

48 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 201-2.

49 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 1041.

50 _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 207.

51 STF. MI n. 284/DF. Min. Rel. Marco Aurélio. Relator do Acórdão: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. j. 22.11.1992. DJU 26.11.1992.

A exceção à regra está no próprio texto constitucional que, no art. 5º, inciso LX, estabelece “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Para Marçal Justen Filho⁵², o princípio da publicidade desempenha duas funções complementares. Por um lado assegura a todos o poder de obter informações relativamente às ações e omissões praticadas por agentes públicos, quando na gestão de recursos públicos. Por outro lado, a garantia do conhecimento por terceiros que desincentiva a prática de atos reprováveis, eis que eleva a possibilidade de revelação das mesmas. Salaria, também, que a garantia envolve a divulgação de informações de um modo impessoal e generalizado, exigindo que os atos estatais sejam levados ao conhecimento de todos, ressalvadas as hipóteses em que se justificar o sigilo.

O Ministro do STF Celso de Mello assevera que:

[...] ao dessacralizar o segredo, a Assembleia Constituinte restaurou velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade, convertido, em sua expressão concreta, em fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais [...] instrumento viabilizador do exercício da fiscalização social a que estão sujeitos os atos do poder público⁵³.

Para José dos Santos Carvalho Filho⁵⁴, o princípio da publicidade pode ser concretizado por alguns instrumentos jurídicos específicos, citando-se entre eles o direito de petição, pelo qual os indivíduos podem dirigir-se aos órgãos administrativos para formular qualquer tipo de postulação (art. 5º, inciso XXXIV, letra “a”, da Constituição); as certidões, que, expedidas por tais órgãos, registram a verdade de fatos administrativos, cuja publicidade permite aos administrados a defesa de seus direitos ou o esclarecimento de certas situações (art. 5º, inciso XXXIV, letra “b”, da Constituição); e a ação administrativa *ex officio* de divulgação de informações de interesse público.

Em sede de processo administrativo disciplinar, para Romeu Felipe Bacellar Filho⁵⁵, a publicidade dos atos processuais visa a garantir a informação através da obtenção de certidões, vista dos autos e intimação dos atos processuais. Segundo o autor, a publicidade da administração favorece a responsabilização do servidor público que não pode camuflar-se com o manto da conveniência do segredo administrativo. A fim de dar concretude ao mandamento

52 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 65.

53 _____. RTJ 139/212-713. Rel. Min. Celso de Melo. *Apud* _____. **Curso de Direito Administrativo**, p. 66.

54 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 26-7.

55 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, 212-3.

constitucional, a Lei n. 12.527/2011 regula tanto o direito à informação, quanto o direito de acesso a registros e informações nos órgãos públicos.

No entanto, a publicidade não pode ser empregada como instrumento de propaganda pessoal de agentes públicos, uma vez que a atuação destes deve ser no interesse público, não admitindo o condão de promoção pessoal no desempenho da função pública.

José dos Santos Carvalho Filho⁵⁶, em relação aos processos administrativos, salienta que o princípio está a indicar que os indivíduos têm direito de acesso aos referidos processos, sequer exigindo que sejam os titulares do direito material, mas que apontem algum interesse público a ser preservado.

Outra faceta inerente ao princípio da publicidade administrativa é a intimação a tempo, dotada de informações suficientes e adequadas a garantir o conhecimento dos atos processuais. Nesse sentido, é totalmente aplicável ao processo administrativo disciplinar o art. 26 da Lei n. 9.784/99, que dispõe:

Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou efetivação de diligências.

§ 1º A intimação deverá conter:

I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;

II - finalidade da intimação;

III - data, hora e local em que deve comparecer;

IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar;

V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;

VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

§ 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.

§ 3º A intimação pode ser 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.

§ 4º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial.

§ 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

Verificamos também que a notificação dos atos processuais é necessária mesmo se tratando de atos meramente preparatórios por sua capacidade de influência na decisão final. Assim, constata-se uma dupla finalidade da publicidade no processo administrativo disciplinar: os atos tornam-se obrigatórios depois de publicados, uma condição de eficácia, e esclarecem o público sobre os atos da administração, permitindo-se o controle do exercício da competência disciplinar pela sociedade.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho⁵⁷, a motivação dos atos processuais é o instrumento efetivador do princípio da publicidade da administração, garantindo o cumprimento dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. A motivação permite o controle externo da sujeição do julgador à lei e à imparcialidade, constituindo suporte instrumental indispensável para o adequado exercício do direito de defesa. Também expressa transparência e clareza, impondo à administração a ponderação no seu agir, obstaculizando justificações fundadas a partir de incertezas ou elucubrações interpretativas.

Em relação ao instituto da moralidade, José dos Santos Carvalho Filho⁵⁸ destaca que “[...] a lei ao exigir que os atos sejam motivados, impõe também sejam indicados os fatos e fundamentos jurídicos” e Marçal Justen Filho⁵⁹ destaca que é “[...] dever da autoridade julgadora expor, de modo explícito, os fundamentos de fato e de direito em que se alicerça a sua decisão”.

Fica evidente que a publicidade requer transparência no agir do administrador público exigindo a motivação e fundamentação dos atos por ele praticados.

Por fim, o princípio da **eficiência** comporta a ideia de presteza para a obtenção de resultados positivos no exercício dos serviços públicos de modo a satisfazer as necessidades básicas dos administrados.

Em Marçal Justen Filho⁶⁰, o objetivo é evitar o desperdício e a falha, consistindo na vedação do excesso e do defeito. Entende o autor que, havendo incompatibilidade entre a eficiência econômica e valores fundamentais, deverá adotar-se a solução que preserve ao máximo todos os valores em conflito, mesmo que tal implique a redução da eficiência econômica. Para o autor também significa que os atos devem ter conformação segundo a qual somente comprovações indispensáveis devem ser solicitadas para facilitar o exercício da cidadania.

José dos Santos Carvalho Filho⁶¹ expõe que o núcleo do princípio é a procura da produtividade e da economicidade, exigindo do administrador reduzir os desperdícios de dinheiro público, impondo a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Para ele, vários aspectos devem ser considerados dentro do princípio, como produtividade e economicidade, qualidade, celeridade, presteza, desburocratização e flexibilização.

57 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 217-8.

58 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 1047.

59 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 192.

60 _____. **Curso de Direito Administrativo**, p. 68.

61 _____. **Manual de Direito Administrativo**, p. 31-3.

A eficiência, para o autor, também não se confunde com a eficácia e nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa, ideia que diz respeito à conduta dos agentes.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho⁶², no processo administrativo disciplinar, o princípio funciona como garantia objetiva, porque assegura a responsabilização dos agentes e servidores públicos que descumprem normas constitucionais e legais.

A Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, não só trouxe a necessidade de profissionalização do servidor público, como também a sua responsabilização por desempenho ineficiente. Para o autor, além da apuração e aplicação de sanção disciplinar relacionada aos deveres e proibições funcionais, o processo administrativo disciplinar passou a ser molde formal de atuação da administração pública na avaliação de desempenho do servidor consoante dispõe o art. 4, § 1º, inciso III, da Constituição, que prevê a possibilidade de perda do cargo pelo servidor estável mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho⁶³, o princípio constitucional da eficiência no processo administrativo disciplinar se consubstancia por comandos genéricos, tais como o fundamento de um sistema racional de distribuição de competências na administração pública e o critério orientador de sumarização do procedimento administrativo. Os comandos têm uma ideia de proporcionalidade, na qual há uma adequação dos meios aos fins e a proibição do excesso. Ao autor, a racionalização das competências consiste em “[...] um comando imprescindível para o adequado cumprimento dos princípios constitucionais da administração pública e, sobretudo, da garantia constitucional do juiz natural”.

2.2 Garantias Constitucionais Processuais no Processo Administrativo

Há divergência entre os autores sobre quais seriam os princípios constitucionais processuais aplicáveis ao processo administrativo. Neste trabalho, visando manter abordagem apropriada ao tema, serão estudados os princípios apontados por Romeu Felipe Bacellar Filho⁶⁴, a saber, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a inadmissibilidade de provas ilícitas, o direito ao silêncio ou privilégio contra a autoincriminação e a prescritibilidade da pretensão punitiva, todos voltados à ótica do processo administrativo

62 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 223-4.

63 _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 226.

64 _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 229-391.

disciplinar. O princípio do juiz natural será abordado em ponto específico, considerando o objetivo deste estudo.

O devido **processo legal** é um postulado inerente ao Estado de Direito, que, como sabemos, foi consagrado em um contexto político no qual o Estado reconheceu que, de um lado podia criar o direito e, de outro, tinha o dever de se submeter a ele, impondo a lei limite de atuação a toda a sociedade e ao próprio Estado. O princípio foi consagrado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição, constituindo a matriz dos demais princípios processuais constitucionais aplicáveis ao processo. A instrução contraditória e o direito à ampla defesa, com os recursos e meios inerentes, decorrem de sua concretização.

Originariamente, o instituto teve sua construção pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, a qual já entendia que ninguém poderia ser privado de seus interesses a não ser por procedimento que oportunizasse a apresentação de razões com a certeza de não haver predisposição do juiz contra ele.

Segundo Leonardo José Carneiro da Cunha⁶⁵, a análise de vários textos constitucionais denota que a preocupação do constituinte, ao dispor sobre o devido processo legal, tem se voltado para a instrução criminal. A interpretação desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência, porém, fez com que se conferisse alcance mais amplo à cláusula do devido processo legal.

Para Eduardo J. Couture⁶⁶, o devido processo legal compreende, por um lado, o direito material preestabelecido pela lei e, por outro, o direito processual do juiz competente. Para o autor, os elementos mínimos inseridos na garantia são a cientificação do demandado da promoção dos procedimentos agressivos aos seus direitos, a razoável oportunidade de comparecer e expor suas razões, até mesmo apresentando provas, a constituição de Tribunal julgador de molde a apresentar razoável segurança, honestidade e imparcialidade, e a competência do Tribunal.

Romeu Felipe Bacellar Filho⁶⁷ entende que a abrangência do princípio também atinge a aplicação de sanções administrativas, uma vez que elas devem ser antecedidas de

65 CUNHA, José Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e Competência**, p. 55.

66 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, 3ª Ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 59-60. *Apud* BACELLAR FILHO Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 231.

67 Na instauração de processo administrativo disciplinar, para o autor, o dever de eficiência é imposto na função administrativa e não admite desatenção em relação a requisitos de institutos relacionados com a competência, forma, motivo, finalidade e objeto. *In*: _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 187.

procedimento no qual se assegure ao interessado a oportunidade para manifestação, a requisição de produção de provas e o exercício do direito de recorrer, entre outros.

Segundo o autor, o princípio do juiz natural do art. 5º, incisos XXXVII e LII, da Constituição, deve ser incluído entre os princípios do contraditório e da ampla defesa na fixação do regime processual, que, em consonância com os princípios da presunção de inocência, da razoável duração do processo e da prescritibilidade da pretensão punitiva, constituem garantias conformadoras do devido processo legal no âmbito do processo administrativo disciplinar.

Para Leonardo José Carneiro da Cunha⁶⁸, quando a Constituição dispõe no art. 5º, inciso LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, impõe a garantia de que não haverá perdimento de bens nem da liberdade, sem que haja decisão judicial proferida em um procedimento adequado, com observância das regras processuais. Para o autor, o procedimento será válido se obedecido o devido processo legal e respeitados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV⁶⁹, da Constituição).

Marçal Justen Filho⁷⁰ acrescenta que todas as formalidades e exigências adotadas no curso do processo administrativo devem ser úteis e necessárias ao atingimento da finalidade buscada, que consiste na produção da melhor decisão possível. Lembra que o procedimento é informal apenas para o administrado, o que equivale a dizer que é o administrado unicamente quem pode invocar para si a elasticidade das normas de procedimento, na medida e enquanto elas o beneficiem. Esse informalismo, por sua vez, não pode ser empregado pela administração para deixar de cumprir as prescrições que a ordem jurídica estabelece relativamente a seu modo de atuação, nem para iludir o cumprimento das regras elementares do devido processo.

José dos Santos Carvalho Filho⁷¹ igualmente entende que “[...] em todo processo administrativo devem ser respeitadas as normas legais que o regulam” e 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”.

Outro instituto aplicável no processo administrativo é o princípio do **contraditório** que, por sua vez, determina uma pré-compreensão do julgador envolvendo a matéria em análise, pois a determinação da incidência do direito configura juízo de valor relacionado a um caso concreto. Constitui uma visão dinâmica e criativa das decisões processuais em que todos os protagonistas do processo participam.

68 BACELLAR FILHO Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 233-4.

69 “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

70 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 188-9.

71 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 1039.

A efetivação do contraditório exige dos sujeitos processuais a compreensão da estrutura lógica e prática das fases processuais, bem como os seus poderes e deveres. Do ponto de vista lógico, a verdade sobre os fatos alegados no processo pressupõem a existência de divergência de dois pensamentos contrapostos pelo diálogo e que no julgamento consiste na superação da dúvida pelo cotejar de teses opostas.

Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira⁷², o contraditório é poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz, uma vez que cada parte, pela influência, limita a atividade da outra, incluindo a do Estado.

Observa-se que a verdade decorre de procedimento colaborativo no qual as partes se submetem aos efeitos da atividade jurisdicional, nos limites das respectivas atribuições, e têm assegurada a equivalente possibilidade de influir na formação do convencimento do órgão julgador no curso do processo.

No processo administrativo disciplinar a estrutura lógica do contraditório tem instância predominantemente dialógica. A administração, na posição de contraditor, coloca-se no mesmo plano do sujeito, em posição substancialmente correspondente e equivalente à do servidor. Nesta condição, em razão do contraditório, o servidor é colocado em polo ativo no confronto com a administração quando esta estiver exercendo a competência disciplinar.

O contraditório também assegura as garantias da imparcialidade administrativa dos agentes públicos e de que ninguém será condenado sem ser ouvido, constituindo um direito de conhecer por inteiro todos os atos e elementos informativos do processo.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho⁷³, a acusação constitui juízo de opinião da administração (parcial e relativo) que deve ser confrontado com a opinião do acusado. Deste confronto da autoridade administrativa com o servidor é viabilizada a assunção de um panorama mais completo da situação fática, permitindo uma decisão mais ponderada e conforme a realidade. Isto porque o contraditório garante a efetiva possibilidade de o acusado influir no convencimento do órgão julgador.

A garantia do contraditório no processo administrativo disciplinar reflete na motivação suficiente do ato de instauração, na citação do servidor acusado imediatamente após a instauração com a informação dos fatos a ele imputados, com a devida fundamentação e a sanção cabível, e na fixação de tempo oportuno para que se manifeste sobre os elementos de pretensão da administração.

72 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Juiz e o Princípio do Contraditório**. Revista dos Advogados, São Paulo, n. 40, jul. 1993, p. 35. *Apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 239.

73 _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 245-6.

O instituto também está intimamente conectado com o direito de prova. Garante ao acusado a oportunidade de produzir e participar dos atos probatórios e de se manifestar sobre os seus resultados para auxiliar na formação da convicção do julgador, que observará a posição dos sujeitos processuais e a finalidade da atividade probatória, tudo em consonância com a lógica processual.

Os atos de comunicação no âmbito processual são a citação e a intimação, sendo elementos determinantes para a validade do procedimento. A citação dá início ao contraditório porque chama o servidor acusado ou litigante não somente para se defender, mas para integrar o processo como sujeito processual, e a intimação o cientifica acerca dos atos processuais praticados. A efetividade do contraditório importa na real participação das partes no processo e para o acusado, em especial, é uma reação necessária em vista da indisponibilidade do direito material.

Romeu Felipe Bacellar Filho⁷⁴ destaca que a mera instauração de processo administrativo disciplinar para apurar suspeita de irregularidade praticada por determinado servidor indica que a administração já o está acusando do cometimento de ilícito, devendo a citação do servidor ocorrer antes da instrução para que ele possa participar da produção da prova. Este entendimento decorre da interpretação do art. 156 e § 1º do art. 161 da Lei n. 8.112/90, que prevê:

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

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

O instituto opera também durante a fase de instrução. Na lição de Calmon de Passos⁷⁵, sobre o processo judicial que é aplicável no processo administrativo disciplinar, verificamos que o contraditório, como garantia do devido processo legal, não se cumpre com a simples citação do réu, mas reclama a ciência do interessado para que exerça ou não o direito de participar e provar os fatos a fim de esclarecer e convencer o julgador.

Tal fator é tão importante que a garantia exige providências quando o acusado não estiver presente. Nesta circunstância, José dos Santos Carvalho Filho⁷⁶ aduz que, na “garantia

74 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 260.

75 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **O devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 17, dez. De 1980, p. 127. *Apud* _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 272.

76 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 1040.

do princípio do contraditório, exige-se a presença de defensor dativo no caso de estar o acusado em lugar incerto e não sabido, ou na hipótese de revelia”.

A própria Lei n. 8.112/90, em caso de ausência do acusado, estabelece no art. 164, § 2º, a obrigatoriedade de nomeação de defensor dativo ao servidor revel acusado em processo disciplinar, a fim de possibilitar a aplicação de sanções mais graves como a suspensão por mais de trinta dias, demissão, cassação da aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão.

É devido a este princípio que o servidor acusado ou seu defensor constituído têm direito de participar de todas as reuniões da comissão processante, vez que o julgamento secreto não é compatível com o contraditório. A jurisprudência é pacífica quanto à proibição do julgamento secreto:

Sindicância contra magistrado instaurada pela Corregedoria da Justiça e remetida pelo Conselho da Magistratura ao Órgão Especial do Tribunal, que resolver colocar o juiz em disponibilidade. Os fatos apurados, com pleno conhecimento das acusações, nem sequer negadas em seu todo, garantida ampla defesa, justificam a instauração do procedimento administrativo, não importando em cerceamento de defesa. A exigência de julgamento secreto é incompatível com a nova ordem constitucional, nada proibindo que seja computado o voto do Presidente, para a obtenção da maioria qualificada, em feito de natureza administrativa regular, também, a convocação de membro efetivo do Tribunal, em razão de afastamento ou ausência do titular⁷⁷.

Outro princípio aplicável ao processo administrativo, segundo a doutrina brasileira é a verdade material. Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho⁷⁸,

[...] a verdade material funciona como fundamento para a concessão de privilégios aos órgãos responsáveis pela persecução administrativa com a iniciativa probatória em que a atividade investigatória estende-se autonomamente a toda as circunstâncias consideradas relevantes.

Para José dos Santos Carvalho Filho⁷⁹ “é o princípio da verdade material que autoriza o administrador perseguir a verdade real, ou seja, aquela que resulta efetivamente dos fatos que a constituíram”, diferentemente do processo judicial em que é aplicado o princípio da verdade formal segundo o qual compete às partes a produção das provas que respaldem suas alegações, cabendo ao juiz apenas a apreciação delas para formar seu convencimento. Pelo conteúdo do princípio da verdade material, o próprio administrador está autorizado a buscar as provas para chegar a sua conclusão e para que o processo administrativo realmente alcance a verdade incontestável, diferente da que ressaí de um procedimento meramente formal.

77 STJ. RO em MS n. 1013/PR. Rel. Min. Helio Mosimann, 2ª Turma, j. 25.3.1992. DJU 25.5.1992.

78 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 287.

79 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 1042.

José dos Santos Carvalho Filho⁸⁰ lembra que é do interesse da administração alcançar o objeto do processo e, assim, satisfazer o interesse público através de conclusão calcada na verdade real, com prevalência sobre o interesse do particular. Por isso é que esse princípio serve também como fundamento da *reformatio in pejus*.

Por essa razão, a verdade material necessita que o procedimento traduza, de modo efetivo e inafastável, a verdade sobre os fatos objetos da controvérsia. Para Marçal Justen Filho⁸¹, é neste sentido que “a autoridade administrativa dispõe de poderes para promover diligências e adotar medidas orientadas a revelar a verdade sobre os fatos controvertidos”.

Mesmo que na esfera administrativa o ritual da instrução processual não seja minuciosamente regrado como na esfera penal, a comissão processante deve observar os princípios e normas incidentes na busca da verdade material.

No âmbito do processo administrativo disciplinar, a defesa se dá principalmente no segundo momento do inquérito administrativo mas é possível em todas as fases do processo. A Lei n. 9.784/99, no art. 47⁸², dispõe expressamente acerca do direito do interessado de manifestar-se sobre a proposta de decisão do órgão de instrução antes do julgamento, oportunidade de contraditório que permite influenciar o convencimento do julgador. O relatório que encerra a instrução é constituído pelas alegações do órgão instrutor e acusador (comissão de inquérito) e segue rígidas exigências legais de motivação nos termos do art. 165 da Lei n. 8112/90. A peça serve de instrumental para as alegações finais da defesa e de orientação para o órgão julgador. Caso a comissão processante venha apurar que os fatos não ocorreram conforme relatado na acusação, ela pode reformular a acusação por ocasião do termo de instrução (art. 161 da Lei n. 8112/90).

Marçal Justen Filho⁸³ salienta que qualquer envolvido no processo tem a faculdade de indicar os temas acerca dos quais a decisão deve versar. Por isso as versões acerca dos fatos e teses jurídicas, produzidas por um dos interessados, deverão ser sujeitadas à manifestação dos demais envolvidos.

A garantia da realização da finalidade do contraditório está, portanto, na sua essência, na motivação e na comunicação da decisão final. Para Romeu Felipe Bacellar Filho⁸⁴,

80 O princípio da verdade real é “[...] aplicável no processo administrativo enquanto garantia da indisponibilidade do interesse público.” STJ. RMS 12.105/PR, 2ª Turma. Rel. Franciulli Netto, j. 03.03.2005, DJ 20.06.2005.

81 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 193.

82 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”.

83 _____, **Curso de Direito Administrativo**, p. 192.

84 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 296-300.

constituem instrumental do procedimento, porque o julgador, imparcialmente, deve levar em consideração o resultado da atividade das partes. Até porque, mesmo concordando com a comissão, o julgador necessita fundamentar a decisão.

O autor entende ainda ser possível o direito de audiência do acusado como instrumento imprescindível para a adequada formação do convencimento do julgador. Esta audiência constitui o único contato direto da autoridade julgadora com o acusado dada a sua total incompetência para a realização de qualquer ato instrutório.

Já a **ampla defesa** é consagrada no art. 5º, inciso LV, da Constituição, como garantia fundamental do processo judicial e administrativo, sendo irrelevante para o seu exercício a existência de normas infraconstitucionais. Assim, é irrelevante a categoria do servidor para a incidência da garantia no processo administrativo disciplinar.

Este também é o posicionamento do STF:

O Supremo Tribunal Federal 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 serão analisados pelo órgão julgador, bem assim o de ser ouvido também em matéria jurídica⁸⁵.

O instituto compreende no processo administrativo disciplinar o direito das partes de serem ouvidas, de apresentarem razões de convencimento, de produzir provas, de repelir provas produzidas pela administração, entre outros. Para Romeu Felipe Bacellar Filho⁸⁶, o direito também exige acusação expressa, clara e minuciosa para possibilitar a defesa do acusado, o acompanhamento do processo e a ciência prévia do desenvolvimento das fases do procedimento, o direito de indicar e ouvir testemunhas, de requerer e consultar provas efetivadas e produzir alegações.

Para José dos Santos Carvalho Filho⁸⁷, a produção de prova, o acompanhamento dos atos processuais, a vista do processo, a interposição de recursos e todo o procedimento que a parte entender necessária para provar suas alegações cabem na ampla defesa e são inderrogáveis.

85 STF. RE 527.814 AgR, 2ª Turma. Rel. Min. Eros Grau, j. 08.08.2008, DJe 29.08.2008.

86 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 308.

87 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 1040-1.

Odete Medauar⁸⁸ destaca que a defesa prévia em relação ao ato decisório é desdobramento da ampla defesa e é recepcionada nos processos punitivos, impedindo a imposição sumária de penas sem a intermediação de processo.

O alcance desse princípio pode ser aferido a medida em que analisado no contexto do contraditório em cada movimento do processo. O seu teor exige também a individualização das condutas no ato de instauração de processo administrativo disciplinar quando mais de um servidor é acusado de praticar ilícito funcional. Impõe à administração pública especificar as condutas irregulares que estão sendo imputadas a cada um como condição indispensável para a defesa adequada dos mesmos.

Não cabe no nosso sistema a imputação de responsabilidade de forma genérica, vez que acaba por impedir o adequado contraditório e ampla defesa. O STF já se manifestou sobre o tema:

Ação penal. Denúncia. Deficiência. Omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos. Sacrifício do contraditório e da ampla defesa. Ofensa a garantias constitucionais do devido processo legal (*due process of law*). Nulidade absoluta e insanável. [...] Aplicação do art. 5º, incs. LIV e LV, da CF. [...] Denúncia que, eivada de narração deficiente ou insuficiente, dificulte ou impeça o pleno exercício dos poderes de defesa, é causa de nulidade absoluta e insanável do processo de sentença condenatória e, como tal, não é coberta por preclusão [...] ⁸⁹.

A autodefesa caracteriza o *status* processual ativo do servidor que, no processo administrativo disciplinar, é sujeito ativo capaz de influenciar o convencimento do julgador. O direito de audiência permite o contato tanto com a comissão de inquérito como com a autoridade encarregada da decisão final, visando maior esclarecimento acerca dos fatos.

Embora seja proporcionada a autodefesa, José Santos Carvalho Filho⁹⁰ entende que “o acusado pode atuar por si mesmo, elaborando a sua defesa e acompanhando o processo, ou fazer-se representar por advogado devidamente munido da respectiva procuração. A representação, portanto, constitui uma faculdade outorgada ao acusado”.

Verifica-se que o servidor pode optar por defesa técnica constituindo procurador para tal. Em que pese a faculdade na constituição de procurador, o entendimento de Odete Medauar

88 MEDAUAR, Odete. *Apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 310.

89 STF. RO em HC n. 85.658. Rel. Min. Cezar Peluso. 1ª Turma, j. 21.6.2005, DJU 12.8.2005.

90 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 1040.

e Romeu Felipe Bacellar Filho⁹¹ é de que a defesa técnica constitui elemento indispensável para a ampla defesa.

Em contrariedade ao entendimento, o STF, em 2008, no julgamento do RE n. 434.059/DF, aprovou a Súmula Vinculante n. 5, em que reconhece que “a falta de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Isto porque o direito de defesa está ligado intimamente ao direito de prova por proporcionar os meios de prova cabíveis no processo administrativo disciplinar, independentemente de constituição do procurador. O STJ em acórdão reconheceu que:

A Constituição da república (art. 5º, LIV e LV) consagrou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, também, no âmbito administrativo. A interpretação do princípio da ampla defesa visa a propiciar ao servidor oportunidade de produzir conjunto probatório sensível para a defesa⁹².

Na análise das provas, por sua vez, é vedada a apreciação conjunta, não podendo o órgão julgador se limitar a manifestar que o material probatório foi valorado como um todo. Deve haver a necessária justificação racional das causas pelas quais foram validados os dados fáticos provados no processo, especificando as fontes e meios valorados positiva ou negativamente, a fim de dar efetividade aos princípios até aqui abordados.

Em Romeu Felipe Bacellar Filho⁹³, esta interpretação se confirma quando a Constituição alude à ampla defesa como os meios e recursos a ela inerentes. Portanto, veda ao legislador a imposição de presunções ilógicas que restringem a oportunidade ao acusado de apresentar fatos de sua defesa. As presunções devem, nesse sentido, manter relação entre o fato provado e o presumido.

Neste contexto também cabe a menção de que no processo administrativo disciplinar são inadmissíveis as provas ilícitas. Julgado do STF que trata do assunto na esfera penal se aplica plenamente ao exercício da competência sancionatória e disciplinar:

A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma das mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. [...] O poder de acusar supõe o dever estatal de provar licitamente, a imputação penal⁹⁴.

91 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 318.

92 STJ. RO em MS n. 8116/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp. j. 16.9.1999. Unânime. DJU 11.10.1999.

93 _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 347.

94 STF. RE n. 251.445/GO. Rel. Min. Celso de Mello. j. 21.6.2000. DJU 3.8.2000.

No STF também prevalece a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, através da qual impõe-se a contaminação de provas que derivam de provas ilícitas, como se ilícitas também fossem, teoria igualmente aplicada ao processo administrativo disciplinar, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho⁹⁵, por força do art. 5º, inciso LVI, da Constituição.

Outro ponto necessário a ser abordado, é o fato de que a administração, em sede de processo administrativo disciplinar, não pode interpretar o silêncio do acusado em seu desfavor. Trata-se do **direito ao silêncio ou privilégio contra a autoincriminação**. Este direito ao silêncio, ou de não se autoincriminar, é garantia constitucional, devendo a autoridade administrativa advertir o acusado desse direito antes do interrogatório ou da oitiva.

Por sua vez, o direito à interposição de recurso administrativo, em sede de processo administrativo disciplinar, constitui recurso próprio da ampla defesa tanto quanto o direito de petição, este em especial no sentido de pedido de reconsideração. O recurso deve ser dirigido à autoridade imediatamente superior à que tiver expedido o ato ou proferido a decisão recorrida (art. 107, § 1º, da Lei n. 8.112/90). Cumpre apontar que este direito garante a revisibilidade das decisões proferidas no curso de toda a instrução, não só da decisão final.

Na decisão final, de modo geral, não é admitida a reforma em prejuízo, ou seja, agravar a punição em grau de recurso, salvo quando facultado ao acusado a oportunidade de manifestação sobre o agravamento pretendido. O art. 64 da Lei n. 9.784/99 estabelece o regramento:

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

Parágrafo único. Se da aplicação do dispositivo neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Já Romeu Felipe Bacellar Filho⁹⁶ entende que a *reformatio in pejus* nos processos disciplinares, por trazer evidente prejuízo ao recorrente, constitui afronta ao princípio constitucional da ampla defesa, sendo amplamente vedado.

Deve operar também, no processo administrativo disciplinar, a presunção de inocência do acusado, sendo permitida apenas a imputação de fatos apurados e provados na instrução. Esta presunção, segundo parte da doutrina, já estava contida no direito romano na máxima *in dubio pro reo*. A garantia foi consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, na França, e recepcionada, no Brasil, no art. 5º, inciso LVII, da

95 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 206.

96 _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 356.

Constituição, ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho⁹⁷, a fórmula adotada pelo texto é de não culpabilidade, a qual exprime uma regra de juízo interna ao processo, que se traduz no entendimento de que enquanto não houver condenação judicial definitiva baseada em provas suficientes, não se pode afirmar a culpabilidade do acusado, diferentemente da presunção de inocência, está impondo o dever de tratar o imputado como inocente dentro e fora do processo para evitar sua estigmatização.

A adesão do Estado Brasileiro à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ampliou o entendimento a partir do contido em seu art. 5º, 4⁹⁸, impondo o dever de conferir aos acusados o tratamento como inocentes, mesmo fora da dimensão processual. Esta expressão expansiva também decorre de interpretação sistemática do ordenamento constitucional brasileiro, fundada nos princípios constitucionais e no regime democrático estabelecido.

A presunção de inocência está intimamente ligada, assim, ao princípio do devido processo legal, o qual impõe que a condenação está condicionada à comprovação de culpabilidade do acusado em justo processo no qual é salvaguardada a possibilidade de defender-se de forma plena, utilizando todos os meios de prova possíveis.

Neste sentido, o princípio está vinculado ao direito fundamental da ampla defesa e ao contraditório em que o acusado, no processo, tem assegurada a oportunidade de contestar todas as alegações contra ele dirigidas.

Após a análise dos princípios aplicáveis ao processo administrativo, temos que o exercício da atividade sancionatória pelo Estado demanda da administração pública a rigorosa aplicação do conjunto normativo que compõe o núcleo constitucional comum da processualidade, circunstância que faz incidir a plena aplicação da presunção de inocência ao acusado.

Já na fase de instauração do processo é possível verificar a incidência do princípio na medida em que, no documento instaurador, não pode haver manifestação opinativa ou dispositiva, devendo apenas estar descritos os fatos de maneira imparcial, indicada a tipificação e a sanção em tese aplicáveis, sob pena de antecipação de julgamento ou vinculação psicológica à punição por parte da autoridade administrativa. A instauração do procedimento exige, assim, a reunião de elementos que apontem minimamente um possível infrator e uma provável conduta ilícita. O desatendimento a estas condições constitui evidente nulidade.

97 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 369.

98 Decreto n. 678, de 06.11.1992 promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.1969.

A sindicância, neste sentido, revela-se um procedimento de cunho eminentemente investigatório por não esgotar a acusação e a defesa, razão pela qual não permite a aplicação de sanções. Trata-se de instrumento que se destina basicamente a responder dois questionamentos distintos, a saber: se o fato apurado é irregular ou não e, em sendo, se há presunção de autoria. Entende Romeu Felipe Bacellar Filho⁹⁹ que será nula qualquer aplicação de sanção em sindicância, vez que esta não comporta defesa e contraditório.

Existe a possibilidade de afastamento preventivo do servidor acusado na fase de instrução do processo administrativo disciplinar. É uma medida cautelar que exige a devida motivação da decisão, sendo cabível apenas para assegurar a integridade da instrução probatória e a dignidade do servidor, sob pena de constituir afronta aos princípios da presunção de inocência e da motivação.

Já no julgamento, a condenação do servidor acusado somente pode advir de um juízo de certeza, respaldado em provas produzidas em conformidade com a lei, no contexto do devido processo legal e com respeito às garantias fundamentais do imputado. A insuficiência de provas enseja, portanto, a absolvição do servidor. Caso seja possível mais de uma interpretação nas circunstâncias do processo, o julgador deve adotar a mais favorável ao acusado.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁰⁰, a acusação simultânea pelo mesmo fato de servidor em processo penal e processo administrativo disciplinar também merece análise em relação ao princípio da presunção de inocência. Os art. 125 e 126 da Lei n. 8.112/90 estabelecem que:

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Segundo o autor, em relação ao afastamento da responsabilidade criminal por negativa de ocorrência do fato ou de sua autoria, a doutrina e a jurisprudência entendem estar excluída a possibilidade de condenação do servidor no processo administrativo disciplinar.

De acordo com o autor, em relação a presunção de inocência, o texto constitucional é cristalino ao determinar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isto significa dizer que o contrário também é verdadeiro: uma vez absolvido por sentença penal absolutória, o servidor acusado deverá necessariamente ser considerado inocente na seara disciplinar por não haver comprovação de prática ilícita que

99 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 377.

100 _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 384.

pudesse conduzir à sua condenação. Este entendimento é no sentido de proibição de qualquer interpretação que conduza a um resultado direto ou indiretamente contraditório aos valores constitucionais. Assim, seja por negativa do fato ou da autoria, como também por falta de provas, independente do fundamento, deve se presumir que o acusado é indubitavelmente inocente por força do princípio da presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência também reflete no cuidado do administrador em relação à imprescindibilidade do sigilo quanto à condição de acusado do servidor público, a fim de evitar a sua condenação antecipada, em especial nos casos em que os fatos são divulgados na mídia.

Neste ponto, o princípio da presunção de inocência deve ser conjugado com o princípio da publicidade administrativa no processo administrativo disciplinar. Em relação à publicidade, o próprio texto constitucional estabeleceu exceção para compatibilizar o dever de transparência com o dever de tratar o acusado como inocente, resguardando o direito fundamental à inviolabilidade da honra, da imagem, da intimidade e da vida privada. Isto porque permitir a divulgação de mera imputação ainda não decidida pode significar, em casos específicos, violação à integridade moral do acusado e condenação social antecipada. Enquanto não houver decisão, é legítimo manter o sigilo do procedimento. Nesta senda, o relatório conclusivo de comissão sindicante, segundo o autor, também não pode sofrer divulgações por inexistir acusação.

O instituto da **prescritibilidade da pretensão punitiva** visa, por sua vez, tutelar a segurança jurídica e está intimamente ligado ao estado democrático de direito. A prescrição administrativa, neste contexto, é causa extintiva do poder punitivo da administração pública que se funda no princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, afastando a possibilidade de se poder eternamente aplicar uma sanção ao administrado.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁰¹, a opção da dogmática jurídica brasileira é de que, no caso da prescrição, a confluência decorrente da fluência do tempo e da inação do titular de uma pretensão. Diferencia-se da decadência, decorrente esta da fluência do tempo pelo qual um direito potestativo pode se sustentar, caso em que, ao passar o tempo, o próprio direito cai, caduca. Neste sentido, a prescrição pode ter a contagem do tempo suspensa ou interrompida, havendo previsão de imprescritibilidade unicamente na Constituição, não sendo passível de extensão.

Na seara administrativa, o art. 37, § 5º, da Constituição, estabelece que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou

101 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 455.

não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Ada Pellegrine Grinover¹⁰² manifesta que esta regra constitucional não estabelece uma taxativa imprescritibilidade em relação à pretensão de ressarcimento do erário, estando tal pretensão sujeita aos prazos prescricionais estatuídos no plano infraconstitucional, regulado pela Lei n. 9.784/1999 que rege os processos administrativos no âmbito da administração pública federal. Esta norma com caráter genérico e subsidiário deve ser aplicada apenas nos casos em que não haja lei específica regulando o respectivo processo administrativo ou, quando haja, é aplicável para complementar as regras específicas incidentes.

Para José dos Santos Carvalho Filho¹⁰³, a lei específica continuará sendo *lex specialis* e prevalecerá sobre a lei geral. Lembra o autor ser o caso, por exemplo, dos processos disciplinares, previstos nas leis estatutárias, em relação à prescrição.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁰⁴, no direito administrativo, a prescrição tem três sentidos: a perda do prazo para recorrer da decisão administrativa, a perda do prazo para a administração rever seus próprios atos e a perda do prazo para a aplicação de penalidade administrativa. A prescrição extingue, pois, a ação repressiva, tornando nula a aplicação da pena, sendo que o seu prazo depende da natureza da infração e da medida da pena.

No processo administrativo disciplinar, a Lei n. 8.112/90 estabelece os prazos prescricionais que limitam a prerrogativa da administração pública federal aplicar sanções administrativas disciplinares aos servidores, estipulando claramente os prazos de prescrição da pretensão punitiva na esfera administrativa e afasta a incidência da lei geral:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I – em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação da aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II – em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III – em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

[...]

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares também capitulada como crime.

O início do prazo prescricional também foi disciplinado nesta norma, dispondo no § 1º do art. 142 que “o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”. Por óbvio, trata-se da data de conhecimento pela administração pública. Em regra,

102 GRINOVER, Ada Pellegrine. **Ação de Improbidade Administrativa**. Decadência e prescrição. Interesse Público, Porto Alegre: Notadez, n. 33, set./out. 2005, p. 65. *Apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 457.

103 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 1044.

104 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 596. *Apud* _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 457.

o prazo da pretensão punitiva da administração no terreno disciplinar não sofre suspensão ou interrupção, salvo previsão legal expressa. Neste sentido, o entendimento do STJ é de que:

Não prevendo a legislação em análise qualquer hipótese de interrupção ou suspensão do lapso prescricional, a aplicada a penalidade de suspensão quando já transcorrido o prazo de doze meses do marco inicial, deve-se reconhecer a ocorrência da prescrição arguida¹⁰⁵.

A Lei n. 8.112/90 privilegiou, assim, os princípios da celeridade do processo administrativo e da oficialidade, estabelecendo poucas hipóteses de interrupção da prescrição, como no art. 142, § 3º, segundo o qual “A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida pela autoridade competente”, bem como a previsão do § 4º do mesmo artigo, no sentido de que “Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção”.

Ademais, conforme decisões dos tribunais superiores, expirado o prazo legal para a conclusão do processo administrativo disciplinar, independentemente do estado em que se encontrar o processo, a contagem prescricional é reiniciada. Neste sentido o STF acordou:

A interrupção no § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivos à conclusão do processo disciplinar e à imposição de pena – art. 152 e 167 da referida Lei – voltando a ter curso, na integralidade, o prazo prescricional¹⁰⁶.

A incidência da prescrição no processo administrativo disciplinar atinge, assim, o *ius puniende* do Estado, antes da condenação, obstando o processo, ou depois da condenação, impedindo a execução da pena, ocorrendo em ambos os casos a extinção da punibilidade do fato¹⁰⁷. Portanto, para Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁰⁸, a aplicação de sanção administrativa, uma vez prescrita a pretensão punitiva da administração pública, importa a nulidade do ato administrativo, motivo pelo qual deve se ter cautela quanto aos prazos para investigar e punir irregularidades praticadas por servidores. A prescrição pode ser suscitada a qualquer tempo pela parte prejudicada, inclusive como motivo para a revisão do processo administrativo disciplinar.

105 STJ. RO em MS n. 11.159/RS. Rel. Min. Vicente Leal. 6ª Turma, j. 4.10.2001. DJU, 22.10.2001.

106 STF. RO em MS n. 23.436/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. 2ª Turma, j. 24.8.1999. Unânime. DJU, 15.10.1999.

107 CRETELLA JUNIOR, José. **Prática do Processo Administrativo**. 3ª Ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1999. p. 92. *Apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 469-70.

108 _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 470-1.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A administração, para a execução das atividades que lhe são incumbidas, necessita de meios para organizar, controlar e corrigir suas ações. O processo administrativo disciplinar é um instrumento formal através do qual a administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, sendo o caso, aplica as sanções pertinentes.

Ao tomar conhecimento que uma infração foi praticada no âmbito da administração, é absolutamente necessário apurá-la, pois cabe à administração zelar pela correção e legitimidade da atuação de seus agentes, de modo que, quando se noticia conduta incorreta ou ilegítima, tem a administração não só o poder como o dever de restaurar a legalidade e de punir os infratores¹⁰⁹.

Considerando que a averiguação de faltas funcionais constitui um poder-dever da administração, não se pode conceber qualquer discricionariedade nessa atuação. Este entendimento decorre do princípio da legalidade, sendo de observância obrigatória para todos os órgãos administrativos. Segundo Cláudio Roza¹¹⁰, a infringência das normas estatutárias e regulamentares sujeita o servidor à responsabilização nas esferas civil, penal e administrativa, e deve ser apurada mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, em um ritual jurisdicionalizado e com observância das garantias constitucionais expressamente insculpidas no art. 5º da Constituição, a exemplificação do contraditório e da ampla defesa.

O direito administrativo disciplinar também possui relações com outros ramos do direito, em especial o direito constitucional, o penal, o processual civil e penal e o do trabalho, mas não pode ser confundido com eles pois possui disciplina própria. Mesmo existindo relação com estes ramos, a apuração de uma infração disciplinar não se vincula à responsabilidade civil e penal decorrente de um mesmo fato, visto que o conjunto de normas e princípios incidentes em cada esfera de apuração são independentes¹¹¹. Devido a estas relações, merece ser abordada brevemente a incidência subsidiária das normas de direito penal na apuração de responsabilidade funcional do agente público.

O direito penal deriva do poder punitivo geral atribuído ao Estado na sua relação com os indivíduos em geral, ainda que no exercício da função pública. Mesmo quando cometem um dos crimes contra a própria administração (arts. 312 a 326 do CP), os servidores públicos

109 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 1049.

110 ROZA, Cláudio. **Processo Administrativo Disciplinar e Comissões sob Encomenda**, p. 18.

111 Para Marçal Justen Filho, “a infração de deveres inerentes à função pública acarreta inúmeros efeitos jurídicos, segundo os princípios jurídicos comuns e usuais. A infração pode conduzir à responsabilização exclusivamente da dimensão administrativa, mas também pode importar efeitos no âmbito político, civil e penal”. *In: Curso de Direito Administrativo*, p. 896.

são tidos como indivíduos comuns que infringem a norma penal. Para José dos Santos Carvalho¹¹², no direito penal o juiz aplica ao infrator a pena atribuída à conduta tipificada na lei, permitindo-se somente quantificá-la e proceder a dosimetria da pena. No direito disciplinar isso não ocorre, porque, de acordo com a gravidade da conduta, a “autoridade escolherá, entre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais reprima a falta cometida”, o que lhe confere certo poder de avaliação dos elementos que provocaram a infração para aplicar a sanção apropriada ao fato. A análise exige também a verificação de um elemento subjetivo na conduta, de configuração peculiar, porque, para Marçal Justen Filho¹¹³, “[...] toda ilicitude pressupõe a presença de um elemento subjetivo, relacionado à formação da vontade, de cunho reprovável”. Não cabe ao Judiciário, assim, interferir no mérito da apreciação, nem alterar ou majorar penas aplicadas pelo administrador, somente averiguar se há ilegalidade que enseja anulação do processo.

De acordo com Marçal Justen Filho¹¹⁴, o regime jurídico de direito administrativo punitivo se vincula ao direito penal e, por isso, todos os princípios fundamentais penalísticos são albergados pelo direito administrativo punitivo. Igualmente ao que ocorre no processo penal, incide no direito administrativo também o princípio da legalidade, pois somente a lei pode estabelecer os deveres, as infrações e as sanções imponíveis aos agentes estatais.

Na instauração de processo administrativo disciplinar, é imposto ao administrador o dever de eficiência, não admitindo desatenção em relação a requisitos de institutos relacionados com a competência, forma, motivo, finalidade e objeto, uma vez que todo procedimento administrativo deve estar voltado ao atingimento do interesse público.

Consoante já exposto de forma simplificada, a presunção de inocência também é assegurada ao agente público acusado em sede de processo administrativo disciplinar até a decisão final do processo pela autoridade competente. Nesse sentido, o STF manifesta que:

O status de inocência deixa de ser presumido somente após a decisão definitiva na seara administrativa, ou seja, não é possível que qualquer consequência desabonadora da conduta do servidor decorra tão só da instauração de procedimento apuratório ou de decisão que reconheça a incidência de prescrição antes da deliberação definitiva da culpabilidade¹¹⁵.

112 Em virtude dessa competência, não cabe ao Judiciário alterar ou majorar sanções aplicadas pelo administrador, porque decisão desse tipo ofenderia o princípio da separação de Poderes consagrado na Carta vigente. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 75.

113 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 899.

114 “[...] à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana [...]”. STJ. RMS n. 24.559/PR, 5ª Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 03.12.2009, DJe 01.02.2010.

115 STF. MS n. 23.262, Pleno. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.04.2014, DJe 29.10.2014.

Dessa forma, o sistema punitivo na Administração deve atender a princípios específicos para regular aplicação de sanções. Um deles é o princípio da adequação punitiva (ou proporcionalidade), pela qual é incumbido ao administrador certa margem de discricionariedade para compatibilizar a conduta e a sanção a ser imposta. Fora desse princípio, a punição é arbitrária e ilegal, e passível de invalidação pela própria Administração ou pelo Judiciário.

Como já visto antes, o conhecimento de fato que possa constituir infração disciplinar exige a devida apuração de responsabilidades por parte da administração. Existem basicamente dois procedimentos a serem adotados pela administração e cuja opção depende de dois fatores: um diz respeito à suficiência de elementos para caracterizar o fato e identificar o servidor que o teria cometido e o outro está relacionado diretamente com a pena aplicável à infração.

A primeira possibilidade é a instauração de sindicância, sendo este o meio sumário pelo qual a administração pública, de forma sigilosa ou pública, procede a apuração preliminar de ocorrências anômalas no serviço público, e caso confirmadas, fornecerá elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável. Trata-se de procedimento preparatório que se reveste de caráter inquisitório, pois é processo não litigioso, não incidindo, nesta etapa, o princípio da ampla defesa e do contraditório. A administração, no entanto, deve garantir ao defensor do investigado, mesmo neste processo inquisitório, o acesso amplo aos elementos de prova pertinentes ao direito de defesa por força da Súmula Vinculante n. 14¹¹⁶ do STF.

Cumprido apontar que o estatuto federal consigna que da sindicância poderá resultar aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias (art. 145, inciso II). De acordo com José dos Santos Carvalho Filho¹¹⁷, neste caso, o procedimento embora denominado de sindicância, tem, na verdade, a natureza de processo administrativo disciplinar principal, uma vez que pode resultar aplicação de penalidades. Conclui que neste caso, de caráter acusatório, deve ser respeitada a ampla defesa e o contraditório, sendo inconstitucionais quaisquer dispositivos estatutários que dispensem essa exigência. Caso conclua a Administração que não ter ocorrido ilícito funcional, a decisão de arquivamento deve refletir a pacífica e incontroversa ausência de pressupostos para a instauração do processo de apuração.

116 “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. STF. Súmula vinculante n. 14. j. 02.9.2009. DJe 09.2.2009.

117 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 1052.

Cumpra apontar que o processo disciplinar principal é autônomo e tem inteira legitimidade, desde que observadas as regras que o regem. O STJ já firmou entendimento de que, havendo elementos concretos suficientes para a instauração do processo administrativo, dispensável é a utilização da sindicância¹¹⁸.

A segunda possibilidade é a aplicação do processo administrativo disciplinar, o qual se desenvolve em três fases, a saber: instauração, inquérito administrativo (compreende instrução, defesa e relatório) e julgamento. Este processo administrativo possui caráter litigioso, acusatório e definitivo, fazendo incidir os princípios da ampla defesa e do contraditório e observância ao devido processo legal.

Impende salientar que, uma vez instaurado o processo administrativo disciplinar, não há que se alegar mácula na fase de sindicância, porque esta tem o fito de apurar preliminarmente as irregularidades funcionais para depois fundamentar a instauração de processo punitivo, dispensando-se a defesa do investigado nessa fase de mero expediente investigatório, consoante o acima exposto.

A deflagração do processo de apuração de responsabilidade funcional se dá com a instauração, ato que deve conter todos os elementos relativos à infração funcional, tais como o servidor acusado, a época em que ocorreu a infração e tudo o que possa permitir o direito de ampla defesa por parte do acusado. Para tanto, os fatos devem ser relatados com a maior fidelidade possível, à semelhança do que ocorre com a denúncia oferecida pelo Ministério Público no processo penal. É possível, no entanto, após a instrução, a complementação da situação fática que dá suporte à acusação.

Ao instaurar o processo disciplinar, a autoridade competente designará comissão composta por três servidores estáveis, com a indicação do presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou do mesmo nível ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. Cumpra referir que a competência para a instauração do processo disciplinar recai, em princípio, sobre a autoridade titular da competência para impor a sanção administrativa. Para Marçal Justen Filho¹¹⁹ também é possível que a lei ou o regulamento dissociem as duas competências, desde que respeitada a regra do art. 141 da Lei n. 8.112/1990, que dispõe genericamente sobre o assunto.

Segundo o autor, é inquestionável o dever da administração pública de promover a apuração quanto a quaisquer irregularidades cuja ocorrência seja a ela comunicada ou que

118 Entendimento do STJ que em julgado expressa no sentido de que “[...] cotando com os elementos mais que suficientes para a instauração do processo administrativo, dispensável era a utilização de sindicância”. STJ. RMS n. 8280, 1ª Turma. Rel. Min. Garcia Vieira, j. 01.4.1992.

119 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 920.

venha a tomar ciência de ofício. Lembra também que “nenhum servidor público pode ser constrangido a responder por um processo instaurado sem a indicação determinada de fatos reprováveis ou sem a indicação mínima de autoria”.

Impende referir que o processo disciplinar pode ser instaurado e não precisa ser suspenso mesmo diante da ação penal já proposta em decorrência do mesmo fato, incidindo o princípio da independência de instâncias.

Cabe destacar novamente que a Lei n. 8.112/90 estabelece regras gerais em relação à apuração de responsabilidade de servidor, mas também devem ser considerados outros normativos aplicáveis ao processo administrativo disciplinar. Em nível federal, a Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão que regulamenta e apura a responsabilidade funcional de servidores no âmbito do poder executivo. Este órgão publicou o Manual de Processo Administrativo Disciplinar que disciplina detalhadamente os procedimentos na apuração de responsabilidade de servidor com a observância dos normativos incidentes, podendo servir como fonte de consulta aos integrantes de comissão de inquérito.

A atuação das comissões de sindicância e de processo administrativo disciplinar, por constituírem um dos focos do presente estudo, serão analisadas no próximo tópico para estabelecer o contexto no qual será analisada a incidência do princípio o juiz natural.

3.1 Comissão de Sindicância e de Processo Administrativo Disciplinar

Os servidores públicos, titulares de cargo efetivo ou comissionados, possuem a garantia constitucional do processo administrativo disciplinar, com a possibilidade da ampla defesa e do contraditório, para no caso de julgamento por infração funcional, terem cotejada a responsabilidade objetiva em provas e fatos constantes nos autos.

Segundo Antônio Carlos Alencar Carvalho¹²⁰, para garantir a impessoalidade no procedimento, as provas devem ser colhidas por um trio de agentes públicos independentes e imparciais, não sujeitos à interferência de qualquer autoridade administrativa nas atividades probatórias e na apreciação conclusiva acerca da existência de responsabilidade do servidor acusado. Para o autor, os servidores integrantes da comissão:

[...] serão competentes para formalizar a acusação (indicação), em artigos. Com a descrição das provas e fatos que respaldam, e para receber e analisar, motivada e criticamente, a defesa apresentada pelo processado, propondo, por fim, num relatório final, os termos reputados como corretos para o julgamento.

120 CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**, p. 413.

A comissão processante não deve, portanto, atuar para punir nem para proteger o acusado, mas apenas apurar a verdade, colhendo provas em regime contraditório, ouvindo e analisando os argumentos da defesa, a fim de aferir se houve ocorrência de fato que enseja responsabilização do servidor acusado¹²¹.

Em relação a estas comissões, Carlos S. Barros Júnior¹²² diz tratarem-se de “órgãos incumbidos de auxiliar as autoridades administrativas, a fim de que possam reprimir com acerto as faltas disciplinares, por meio da aplicação de penas justas e adequadas”.

Romeu Felipe Bacellar Filho¹²³ alerta que:

Não é função da Comissão encontrar justificativa e oferecer respaldo à acusação formulada. Ela tem o dever de opinar conclusivamente quanto à inocência ou a responsabilidade do servidor, após apreciação imparcial e independente (em relação aos desígnios da autoridade que a escolheu) da matéria debatida no processo.

A competência para a designação dos membros da comissão de processo disciplinar está prevista no *caput* do art. 149 da Lei n. 8.112/90. O artigo faz menção à autoridade competente com ascendência hierárquica sobre o acusado, competência que pode, inclusive, pertencer a autoridade de outro órgão, por delegação específica. O STF consolidou o entendimento de que a autoridade instauradora tem a competência para designar os integrantes da comissão, podendo incluir servidor de outro órgão: “[...] ainda que um deles integre o quadro de um outro órgão da administração federal, desde que esta indicação tenha tido a anuência do órgão de origem do servidor”¹²⁴.

A comissão processante, assim, é o órgão natural para a apuração e o processamento das infrações funcionais cometidas. A sua atuação deve ser isenta e independente para não comprometer a moralidade administrativa e a imparcialidade na instância disciplinar. A supremacia do interesse público e a impessoalidade na atuação da administração pública não podem ser afetadas pela ingerência de terceiros.

121 Para Antônio Carlos Alencar Carvalho, o propósito da constituição das comissões é o correto manejo do poder disciplinar da administração pública, absolvendo ou punindo os desvios de conduta dos servidores na forma legal, observando os princípios constitucionais e infraconstitucionais do processo administrativo e as regras estatutárias disciplinares. *In: Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*, p. 414.

122 BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. **Do Poder Disciplinar na Administração Pública**. *Apud* CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**, p. 415.

123 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**, p. 318.

124 STF. RMS n. 25.205/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma. j. 23.5.2006. DJ 20.10.2006.

José Cretela Júnior¹²⁵ afirma que “a comissão processante deve ser imparcial, objetiva, sem ânimo preconcebido, porque é designada para apurar os fatos e acusações e não para, a priori, condenar o funcionário indiciado”. Em função da independência e isenção é repugnada a ideia da comissão ter em sua composição detentores de cargos em comissão, por serem cargos de confiança da autoridade instauradora. Neste sentido, Antônio Carlos Alencar Carvalho¹²⁶ refere que:

[...] não raramente se percebe que os servidores, para se manterem no posto de confiança, atuam no ofício sindicante e processante visando satisfazer a vontade do hierarca maior que os nomeou, seja para prejudicar ou favorecer o acusado, de maneira que o teor da indicição e do relatório final já estão definidos antes mesmo da citação do servidor processado e do exame das provas, o que é uma imoralidade.

Léo da Silva Alves¹²⁷ ressalta que os membros da comissão não estão atrelados à acusação, tendo o compromisso com a busca da verdade real que deve ser alcançada pelos meios legítimos que o direito reconhece.

Até porque a afetação da imparcialidade instrutória implica ofensa ao art. 153 da Lei n. 8.112/90 e ao princípio do devido processo legal que, pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição, se consubstancia em atuação conforme a lei. No estatuto dos servidores estes dispositivos reclamam isenção nos trabalhos da comissão processante.

A coleta de provas deve se dar, assim, com imparcialidade e isenção pelo órgão processante. Para tal, a comissão processante deve agir com boa-fé na coleta de provas e nas comunicações necessárias para possibilitar a defesa do servidor, respeitando os prazos mínimos nos atos de notificação, considerando os argumentos trazidos em defesa para a decisão do feito e possibilitando a produção de provas pelo acusado.

José dos Santos Carvalho Filho¹²⁸ ensina que a boa-fé caracteriza o agir com lealdade, que “significa franqueza, honestidade, sinceridade, procedimento conforme as leis da honra e do dever. Quem se comporta com lealdade perante outrem está agindo de boa-fé, ou seja, de forma honrada e verdadeira”. A atuação, neste sentido, exige da administração um comportamento coerente e previsível, sem ofender o princípio da confiança do administrado,

125 CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo: Perguntas e Respostas**. Apud CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**, p. 419.

126 _____. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**, p. 420.

127 ALVES, Léo da Silva. **Processo Disciplinar em 50 Questões**. Apud _____. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**, p. 413.

128 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei 9.784 de 29.01.1999**. Apud _____. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**, p. 422.

impondo a observação do dever de informação para com o acusado para que este conheça os fatos que pesam contra ele, oportunizando sua defesa. Não são toleradas, portanto, omissões com fito de prejudicar o acusado.

Na apuração de responsabilidade funcional, a Lei n. 8.112/90 optou por comissões processantes especiais nos termos do art. 149. A criação ocorre por ato específico (art. 151, inciso I), o que significa dizer que a comissão passa a existir no mundo jurídico a partir da publicação do ato administrativo que a indicou para apurar um fato específico. Reforça o entendimento o fato de a atuação da comissão ser temporária e necessitar, inclusive, prorrogação de prazo em caso de não encerrar as atividades em sessenta dias no processo administrativo disciplinar e trinta dias no caso de sindicância.

Existe também a possibilidade de instituição de comissão permanente para a apuração de responsabilidade de servidor. Neste caso, Antônio Carlos Alencar Carvalho reconhece que a previsão deve estar expressamente capitulada em lei como é o caso do Estatuto da Polícia Civil do Distrito Federal (Lei n. 4.878/1965), que assim dispõe:

Art. 53. [...]

§ 1º Promoverá o processamento disciplinar uma Comissão Permanente de Disciplina, composta por três membros de preferência bacharéis em Direito, designada pelo Diretor-Geral do Departamento Federal de Segurança Pública ou pelo Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, conforme a caso.

Destaca-se que o processamento por órgão incompetente acarreta a nulidade dos trabalhos processuais. O STJ, em relação à lei mencionada, entende que é incompetente comissão especial quando a lei exige comissão permanente para apuração dos fatos:

A designação de comissão temporária para promover processo administrativo disciplinar contra servidor policial federal viola os princípios do juiz natural e da legalidade, a teor do art. 53, § 1º, da Lei n. 4.878/65, lei especial que exige a condução do procedimento por Comissão Permanente de Disciplina¹²⁹.

Para Antônio Carlos Alencar Carvalho¹³⁰, em relação ao regime da Lei n. 8.112/90, a única forma legítima e legal de funcionamento de comissões quase que permanentes, observando a economia e a racionalidade administrativa, seria no caso a caso, em ato específico, indicar os mesmos servidores para processar os processos administrativos disciplinares no mesmo órgão, respeitando a substituição em caso de impedimento ou suspeição.

129 STJ. MS n. 13.520/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Félix Fischer. j. 05.12.2008. DJe 02.02.2019.

130 CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**, p. 427.

Entende, no entanto, que a melhor condição é a comissão disciplinar permanente, com prazo certo de investidura, procedimento que permite a preexistência do órgão instrutor e acusador à ocorrência das irregularidades. Assim ficaria afastada a designação e escolha casuística de integrantes do conselho pela autoridade instauradora após o fato a ser apurado e com o intuito de favorecer ou prejudicar o funcionário investigado ou processado.

Assim, ante as garantias do juiz natural e da vedação do juízo ou tribunal de exceção aplicadas ao processo administrativo disciplinar, seria mais isento o feito punitivo na administração pública com um colegiado formado antes da ocorrência dos fatos de modo a não haver possibilidade, depois de conhecidas as circunstâncias da ocorrência, constituir-se conselho processante de servidores para obter determinado resultado final, desejado pela autoridade superior, contra ou a favor do acusado.

O autor acrescenta que o caráter permanente das comissões renderia mais eficiência aos trabalhos dos seus membros, evitando erros de procedimento e defeitos formais no processo administrativo disciplinar ou sindicância, afastando a anulação dos feitos e a ineficiência dos trabalhos disciplinares, circunstância indesejável e lesiva ao interesse público.

É este o entendimento de Nelson Nery Júnior¹³¹, ao sustentar que:

[...] o correto é nomear-se comissão sindicante ou processante previamente, por exemplo, para atuar no decorrer do ano seguinte ao da nomeação. Aí sim, haverá respeito ao princípio constitucional do acusador e do julgador natural, pois foram pré-constituídos. O réu desse processo administrativo já saberá quem são seu acusador e seu juiz natural.

Outra imposição do estatuto dos servidores é que a composição de comissão processante ser integrada por servidores estáveis com nível de escolaridade igual ou superior à do acusado. A estabilidade dos servidores também é requisito inafastável, segundo já apontado.

Romeu Felipe Bacellar Filho¹³² afirma que:

O máximo grau de imparcialidade obtém-se quando as autoridades processuais estão protegidas pelo impedimento da exoneração *ad nutum*. Que garantias de objetividade, no desempenho da competência disciplinar, se pode esperar de um agente público passível de ser ameaçado, a qualquer momento, com a perda do cargo, emprego ou função?

Não deve, igualmente, atuar na comissão processante servidor que já tenha efetivado contato anterior com a apuração em questão. Segundo o TRF da 2ª Região:

A imparcialidade é fundamental à atuação da comissão encarregada do processo disciplinar e esta não existe quando um dos membros funcionou

131 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo Civil, Penal e Administrativo, p. 145-6.

132 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**, p. 321.

como testemunha do fato que está sendo apurado, tendo anteriormente declarado que o servidor praticou atos de desacato à autoridade constituída. Não poderá funcionar com imparcialidade o membro de comissão de sindicância que tenha servido anteriormente como testemunha do fato objeto da apuração¹³³.

Cumprido salientar que a Lei n. 8.112/90 não traçou a estabilidade como requisito legal para os membros da comissão de sindicância investigativa ou inquisitorial. Esta comissão é composta por três servidores que atuarão com independência e imparcialidade, sendo que o secretário será designado pelo presidente da comissão. Em relação às demais circunstâncias é aconselhável, no que couber, que seja observada a disciplina dada à comissão processante do processo administrativo disciplinar. No entanto, sindicância punitiva da qual pode resultar pena de advertência ou suspensão de até trinta dias (art. 145, inciso II, da Lei n. 8.112/90) tem natureza jurídica de processo administrativo disciplinar, devendo observar o regramento deste. Romeu Felipe Bacellar Filho¹³⁴ sustenta que “A interpretação plausível, inspirada pelo princípio do juiz natural, é de que a Comissão de Sindicância detém as mesmas prerrogativas da Comissão de Processo Disciplinar”.

Outro aspecto relevante diz respeito a hierarquia dos membros da comissão, devendo ser escolhidos entre servidores de igual ou maior categoria em relação ao acusado. A importância está na independência e imparcialidade exigidos na instrução do feito. É a exegese do STJ:

É nulo processo administrativo disciplinar cuja comissão seja constituída por servidores que, apesar de estáveis, não sejam de grau hierárquico superior ou igual ao indiciado. Preserva-se, com isso, o princípio da hierarquia que rege a Administração Pública, bem como a independência e a imparcialidade do conselho processante, resguardando-se, ainda, a boa técnica processual¹³⁵.

Já a isenção e a imparcialidade exigem que os integrantes da comissão processante atuem de forma a não externarem amores, ódio, preconceito, inimizades ou antipatias pessoais. Por essa razão foram criadas as hipóteses de impedimento e suspeição que enquadrem agentes públicos em situações pessoais de caráter subjetivo ou objetivo, capazes de retirar a isenção de ânimo para cumprir o ofício processual tão relevante. Neste sentido, a Lei n. 8.112/90, no art. 149, § 2º, estabelece que “não poderá participar de sindicância ou inquérito, o cônjuge, o

133 TRF/2ª Região. REO. Processo n. 9602006226/RJ. 2ª Turma. Rel. Des. Federal Castro Aguiar. j. 27.8.1996. DJ 12.11.1996.

134 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. p. 312.

135 STJ. RESP n. 152224/PB. 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Scartezini. DJ 07.8.2000.

companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau”.

Já a lei do processo administrativo (Lei n. 9.784/99) dispõe que “é impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que tenha interesse direto ou indireto na matéria” (art. 18, inciso I). O STJ entendeu, nesse sentido, que “envolvida pessoalmente na suposta infração a ser apurada, encontra-se a autoridade sindicante impedida de presidir e decidir a sindicância”. Assim, a ocorrência de impedimento ou suspeição gera nulidade do processo e enseja a nomeação de nova comissão para estabelecer equidistância e imparcialidade em relação ao acusado.

A etapa subsequente à instauração da comissão consiste no inquérito administrativo, destinado à produção de provas sobre os fatos indicados no ato da instauração do processo. Nesta fase instrutória a comissão processante colige todos os elementos probatórios que podem respaldar a indicação de que a infração foi cometida pelo servidor. Assim, nesta etapa, se promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos (art. 155).

A comissão responsável pela condução do processo deve imediatamente providenciar a citação do servidor para acompanhar a prova, porque somente assim se estará observando o princípio do contraditório e da ampla¹³⁶ defesa. Marçal Justen Filho¹³⁷ reforça que a citação é condição para a comissão produzir “[...] as provas que reputar necessárias, sendo assegurado ao acusado o direito de acompanhar todas as provas e produzir as que tiver”¹³⁸. Uma vez ultimada a instrução, é oportunizada a defesa do servidor acusado, fase em ele pode apresentar razões escritas e requerer a produção de novas provas.

A última atividade da comissão processante consiste na elaboração do relatório, peça formal que descreve tudo o que ocorreu na instrução, tal como ocorre na sentença judicial. Descritos todos os elementos do processo, a comissão os analisará e indicará aqueles que levam à conclusão opinativa. Esses fundamentos são de suma importância, porque a

136 O STJ mantém este entendimento com manifestação no sentido de que “[...] a imparcialidade, o sigilo e a independência devem nortear os trabalhos da comissão que dirige o procedimento administrativo, assegurando ao investigado a materialização dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa”. STJ. MS n. 15.107/DF, 3ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 26.09.2012, DJe 09.10.2012.

137 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 922.

138 Para Marçal Justen Filho, “[...] qualquer punição funcional, mesmo de natureza leve, pressupõe a instauração de processo administrativo disciplinar, no qual se assegure a garantia do contraditório e ampla defesa ao servidor acusado da prática de fato considerado pela lei como passível de punição”. *In: Curso de Direito Administrativo*, p. 922.

autoridade julgadora limita-se a acolher os fundamentos do relatório, utilizando-os como motivo de sua decisão, seja para aplicar a sanção ao servidor, seja para concluir que a hipótese não é a de apenação.

A última fase do processo é a da decisão, momento em que a autoridade competente julgará o processo à luz do relatório e dos elementos contidos na instrução processual. A autoridade julgadora fica adstrita ao conteúdo contido no processo uma vez que não possui poder instrutório, isto porque a instrução do processo disciplinar é conduzida exclusivamente pela comissão de inquérito. Havendo discordância na condução da instrução pela autoridade competente para julgamento, torna-se necessária designação de nova comissão ou julgamento de forma contrária ao relatório, neste caso motivando a decisão nos elementos presentes na instrução.

Ademais, José dos Santos Carvalho Filho¹³⁹ considera que a responsabilidade se origina de uma conduta ilícita ou da ocorrência de determinada situação fática prevista em lei e se caracteriza pela natureza do campo jurídico em que se consuma. Para o autor “[...] se as responsabilidades se acumulam, a consequência natural será a da acumulabilidade das sanções, visto que cada tipo de responsabilidade é atribuída a uma espécie de sanção”. Pode, portanto, do mesmo fato resultar responsabilidade penal, civil e administrativa, cada uma apurada em seu respectivo campo. Marçal Justen Filho¹⁴⁰, em relação às sanções administrativas, entende que elas não se destinam a promover o ressarcimento de prejuízos ou danos, tendo, sim, cunho retributivo orientado a infligir um mal àquele que exteriorizou conduta reprovável.

3.2 Aplicabilidade do Princípio do Juiz Natural na Composição da Comissão Processante

O princípio do juiz natural tem sua origem na experiência inglesa, desde a Magna Carta de 1215 até a *Petition of Rigghs* de 1628, e na Constituição dos Estados Unidos de 1776. O estabelecimento da garantia do juiz natural ocorreu com a Lei da Organização judiciária de 1790, na França. Em um primeiro momento, representou liberdade civil, sendo mais tarde aplicado como garantia processual. A previsão era de que ninguém poderia ser subtraído de seu juiz natural. A partir de então, a garantia passou a ser incorporada em outras legislações, de sorte a tornar-se comum a todas as jurisdições.

139 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 825.

140 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 896.

No Brasil, o princípio do juiz natural está afirmado no art. 5º, incisos XXXVII e LIII da Constituição, com as garantias de que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e de que “ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente”.

Entende-se por tribunal de exceção aquele designado ou criado, por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, sendo irrelevante a existência prévia de tribunal. Diz-se que o tribunal é de exceção quando criado sob encomenda, isto é, criado *ex post facto* (ou *a posteriori*), para julgar num ou noutro sentido, com parcialidade, a fim de prejudicar ou beneficiar alguém, onde tudo é acertado previamente. Para Nelson Nery Júnior¹⁴¹, “[...] enquanto o juiz natural é aquele previsto abstratamente, o juízo de exceção é aquele designado para atuar no caso concreto ou individual”. Segundo o autor, o

[...] juízo especial, permitido pela Constituição e não violador do princípio do juiz natural, é aquele previsto antecedentemente (*ex ante facto* ou *a priori*) – isto é, antes de ocorrer o fato a ser julgado -, abstrato e geral, para julgar matéria específica prevista na lei.

O objetivo da garantia constitucional é coibir a criação de órgãos judicantes para julgar questões *ex post facto* ou *ad personam*, salvo as exceções da própria Constituição. O que se exige é juízo pré-constituído por lei. Entenda-se pré-constituído como constituído antes do fato a ser julgado. Segundo Nelson Nery Júnior¹⁴², a decorrência natural da proibição é a impossibilidade de se subtrair o jurisdicionado de seu juiz e promotor naturais. O juiz natural é definido por competência material ou territorial previamente investido pelas leis processuais e de organização judiciária.

A imposição de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (Art. 5º, inciso LIII, da Constituição) não distingue o tipo de processo que é abrangido pela garantia, o que leva a entender que deve ser aplicado a qualquer processo, seja penal, civil ou administrativo. Ada Pellegrine Grinover¹⁴³ destaca que, na tradição do direito brasileiro:

[...] o princípio do juiz natural inseriu-se, desde o início, em sua dupla garantia nas Constituições, equivalendo à proibição de comissões, entendidas como tribunais extraordinários, *ex post facto*, e à proibição de evocação, como transferência de uma causa para outro tribunal.

141 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo Civil, Penal e Administrativo, p. 146-7.

142 _____. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo Civil, Penal e Administrativo, p. 147.

143 GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia**. Revista de Processo, São Paulo, ano 8, n. 29, jan./mar. 1983, p. 17.

Já Nelson Nery Júnior¹⁴⁴ salienta que o princípio do juiz natural traduz a exigência de determinabilidade, consistente na prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais; garantia de justiça material (independência e imparcialidade dos juízes); fixação da competência do juízo por critérios objetivos e observância das determinações de procedimento referentes à divisão funcional interna do órgão. Esta garantia da justiça material mencionada pelo autor nos leva a realizar uma análise mais apurada em relação à independência e à imparcialidade dos julgadores.

A dupla vertente consiste em relação à independência que, por um lado pressupõe, o Poder Judiciário estar livre de interferências institucionais do Poderes Executivo e Legislativo (Art. 2º da Constituição) e, por outro, o órgão judicial e o juiz pessoa física estarem submetidos exclusivamente à lei, sem se sujeitarem a critérios particulares ou discriminadores. Entende-se que é independente o juiz que julga de acordo com a livre convicção, mas fundado no direito, na lei e na prova dos autos, conforme determinado no art. 93, inciso IX, da Constituição.

Por sua vez, considera-se imparcial o juiz que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo no processo uma distância equivalente das partes, evitando todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito. A imparcialidade é uma qualidade que é exigida também do julgador administrativo por força do *caput* do art. 37 da Constituição e dos art. 2º, 18 e 21 da Lei. n. 9.784/99. A regra no processo administrativo é a imparcialidade do agente público encarregado pelo julgamento, consoante já abordado.

Nelson Nery Junior¹⁴⁵ afirma que a noção de juiz natural se aplica tanto no processo civil como no processo administrativo, “[...] visto que se projeta sobre o processo administrativo sancionador, pois o servidor somente poderá ser punido por ato de autoridade competente a quem o servidor está hierárquica e funcionalmente subordinado”.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁴⁶, o princípio do juiz natural não tem conteúdo organizatório mas sim limitador do poder estatal para resguardar as situações individuais, constituindo-se como princípio-garantia¹⁴⁷. Portanto, o desrespeito à imparcialidade é

144 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo Civil, Penal e Administrativo, p. 148.

145 _____. **Princípios do Processo civil na Constituição Federal**: Processo Civil, Penal e Administrativo. *Apud* ROZA, Cláudio. **Processo Administrativo Disciplinar e Comissões sob Encomenda**, p. 18.

146 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 396.

147 “O postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita de modo subordinante, os poderes do Estado – que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos *ad hoc* ou de criar tribunais de exceção – ao mesmo tempo em que assegura, ao acusado, o

considerado fato grave a ponto de, no *caput* do art. 11¹⁴⁸ da Lei n. 8.429/92 (lei da improbidade administrativa), estar tipificada a conduta como ato de improbidade administrativa, pois atenta contra os princípios da administração pública.

Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁴⁹ analisa a operação do instituto do juiz natural em planos que para ele encerram os seguintes significados:

(a) Quanto ao **plano da fonte**, a Constituição institui a reserva absoluta da lei para a fixação da competência do juízo e a lei deve concretizar a competência estabelecida na Constituição. Assim, a expressão “juízo ou tribunal de exceção” encerra noção de legitimidade dos órgãos, sendo ilegítimos os órgãos criados por legislação infraconstitucional que não estejam previstos direta ou indiretamente na constituição.

(b) No **plano da referência temporal**, o instituto assegura que ninguém pode ser julgado ou processado por órgão instituído após a ocorrência do fato. Significa dizer que o juiz natural é a autoridade que tem a competência abstratamente predeterminada pela lei, uma competência não somente do órgão, mas do agente público a quem é cometida a função. Ressalta o autor que “a anterioridade da previsão da competência tem por fim evitar a escolha de uma autoridade por motivos subjetivos ou relacionados ao fato em concreto”.

(c) No **plano da imparcialidade**, o juiz natural é o juiz imparcial. Imparcialidade é requisito subjetivo da pessoa do julgador e que garante julgamento “sem paixão, reto, justo e não sacrifica a verdade ou a justiça a conveniências particulares”. As garantias representam, dessa forma, imparcialidade e objetividade no julgamento. Para o autor, a imparcialidade está conectada com a independência, que se relaciona ao princípio do juiz natural no que diz respeito à função precípua da autoridade de não submeter-se a ordens ou instruções por força da obediência hierárquica, em relação à decisão de casos sujeitos a sua apreciação.

Em relação aos juízes, o princípio da independência é extraído indiretamente do sistema constitucional e, para os membros do Ministério Público, a Constituição, especificamente em seu art. 127, § 1º, afirma o princípio da independência funcional.

direito ao processo perante a autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados, em consequência, os juízos *ex post facto*”. STF. Agravo Regimental em Agravo de Instância Criminal n. 177313/MG. Rel. Min. Celso de Mello. 1ª Turma. 23.4.1996. DJU 17.5.1996.

148 Art. 11. “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições [...]”.

149 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. p. 397-405.

Neste ponto converge o entendimento de Ada Pelegrini Grinover¹⁵⁰, no sentido de que o juiz natural deve ser imparcial e previamente constituído, o que evita o juiz parcial, interessado pessoalmente na causa, bem como o juiz accidental, da circunstância, que é designado especialmente para a resolução de determinado caso, caracterizando a subtração do direito a uma jurisdição permanente.

(d) Em relação ao **plano da abrangência funcional**, o princípio envolve questões de ordem subjetiva e objetiva. No aspecto subjetivo, a autoridade está submetida à regra da imparcialidade, e, no aspecto objetivo, os órgãos e agentes devem ter sua competência predeterminada pela lei.

O autor indica que o *nomen iuris* do princípio, no vocabulário do art. 5º, inciso LIII, da Constituição, é mais abrangente e não alude apenas a juiz competente, mas sim autoridade competente. Isto porque o inciso XXXVII, do mesmo artigo, refere-se a juízo, termo de sentido gramatical, não unívoco, que pode significar ato de julgar, julgamento, mas também foro ou tribunal onde se processam e julgam feitos e entidade jurídica constituída pelo juiz singular ou órgão colegiado, inclusive órgão do poder executivo, quando investidos de função judicante em assuntos de sua competência. Ressalta o autor que a expressão processamento não faria sentido se apenas o juiz fosse o responsável pelo procedimento, caso em que bastaria a referência sentenciado. Por isso, o termo processamento estende objetivamente a garantia a todas as fases do procedimento e abrange, subjetivamente, todas as autoridades com funções no processamento e na participação do contraditório.

Conclui, assim, que a referência constitucional a processamento vai além do juiz, porque o ofício de julgar é diferente do ofício de decidir. As expressões constitucionais que delimitam a abrangência funcional do princípio veiculam conceito aberto, em que a garantia não está adstrita ao território da função jurisdicional.

Este também é o posicionamento de Sandro Lúcio Dezan¹⁵¹, quando diz que somente a autoridade competente, que tenha atribuição legal, pode dar início, desenvolvimento, conclusão e julgamento aos procedimentos disciplinares. O autor salienta que é

[...] a lei quem delimita a atribuição orgânica de apurar os atos ilícitos administrativos, devendo a avocação de procedimento ser exceção, pois, quanto mais próximo do fato for o órgão instrutor, maior a consonância com a verdade real, regente do processo administrativo disciplinar.

150 GRINOVER, Ada Pelegrini. **O contencioso administrativo na Emenda n. 7/1977**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 17, dez. 1980. *Apud* _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 399.

151 DEZAN, Sandro Lúcio. **Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar**, p. 157-9.

(e) Quanto ao **plano da ordem taxativa da competência**, é garantida a exclusão de qualquer alternativa de discricionariedade em relação aos órgão e agentes pré-constituídos, devendo a eventual modificação de competência estar contida em lei anterior ao fato. Isto não impede que a autoridade pré-constituída por lei seja afastada por ser suspeita ou impedida. O princípio impõe que lei anterior preveja e indique o procedimento legal pelo qual a competência deve ser deferida a juízo diferente do originário. A ordem taxativa de competência impede, portanto, a possibilidade de avocações e delegações que não estejam expressamente previstas na constituição, a fim de não frustrar o princípio da anterioridade do juízo competente¹⁵².

Especificamente em relação ao processo administrativo disciplinar, deve ser considerada a compreensão finalística do instituto, a fim de aferir se o mesmo subsiste sem o atingimento do fim garantido pelo princípio do juiz natural. Para Bacellar Filho¹⁵³, se ocorrer a possibilidade de concretização do contraditório e da ampla defesa sem a garantia do juiz natural, resta não aplicável o instituto no processo administrativo disciplinar. Caso contrário, quando o contraditório e a ampla defesa restam desconfigurados, ele deve ser aplicado. O raciocínio do autor está baseado no art. 5º, inciso LV, da Constituição, em que é adicionada à ampla defesa a expressão “com os meios e recursos a ela inerentes”, o que garante a incidência dos demais princípios já analisados, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa.

Embora o princípio do juiz natural não esteja literalmente posto na Constituição, é consectário de interpretação orientada pelo sentido do sistema constitucional. A aplicabilidade do princípio também é cabível porque as garantias dos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição não são incompatíveis com o processo administrativo disciplinar, uma vez que a expressão “juízo” comporta sentido de juízo administrativo em sede de processo disciplinar. A incidência do princípio, assim, garante a imparcialidade e a objetividade do julgamento administrativo.

152 Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela vedação de avocação: “Envolvidos em crime doloso contra a vida conselheiro do tribunal de contas de município e cidadão comum, biparte-se a competência, processando e julgando o primeiro o Superior Tribunal de Justiça o a segundo o tribunal do Júri. Conflito aparente entre as normas dos art. 5º, inc. XXXVIII, alínea “d”, 105, inc. I, alínea “a” da Lei Básica Federal e 76, 77 e 78 do Código de Processo Penal. A avocação do processo relativo ao corréu despojado de prerrogativa de foro, elidindo o crivo do juiz natural que lhe é assegurado, implica constrangimento ilegal, corrigível na via do *Habeas Corpus*”. STF. *Habeas Corpus* n. 69601/GO. *Apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 404.

153 _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 405.

Para Angélica Arruda Alvim¹⁵⁴, o princípio alcança o processo administrativo devido ao fato da Constituição não impor distinções entre processo judicial e administrativo, sendo legítimo concluir que abrange também as autoridades quando do procedimento administrativo. Para Lúcia Valle Figueiredo¹⁵⁵, o instituto é pertinente ao devido processo legal e, na seara administrativa, reflete o princípio do administrador competente. Este também é o posicionamento de Cláudio Roza¹⁵⁶ ao defender que “o princípio do juiz natural, como face do devido processo legal, quando provida na esfera administrativa, reflete-se no princípio do administrador competente”.

O Supremo Tribunal Federal também se posiciona neste sentido:

[...] a cláusula do juiz natural, projetando-se para além da sua dimensão estritamente judicial, também compõe a garantia do *due process*, no âmbito da Administração Pública, de tal modo que a observância do princípio da naturalidade do juízo representa, no plano da atividade disciplinar do Estado, condição inafastável para a legítima imposição, a qualquer agente público, notadamente dos magistrados, de sanções de caráter administrativo.

[...] a incidência do postulado do juiz natural, portanto, mesmo tratando-se de procedimento administrativo-disciplinar, guarda íntima vinculação com a exigência de atuação impessoal, imparcial e independente do órgão julgador, que não pode, por isso mesmo, ser instituído *ad hoc* ou *ad personam*, eis que designações casuísticas dos membros que o integram conflitam, de modo ostensivo, com essa expressiva garantia de ordem constitucional¹⁵⁷.

O Superior Tribunal de Justiça também reconhece a plena aplicabilidade do princípio do juiz natural nos processos administrativos disciplinares:

[...] Instauração de comissão provisória, nas hipóteses que a legislação de regência prevê expressamente que as transgressões disciplinares serão apuradas por comissão permanente, inquina de nulidade o respectivo processo administrativo por inobservância dos princípios da legalidade e do juiz natural¹⁵⁸.

[...] A aplicação do princípio do juiz natural mostra-se viável em sede de processo administrativo, como corolário dos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal e da ampla defesa¹⁵⁹.

[...] A garantia do juiz natural está normalmente ligada aos processos judiciais. Todavia, no caso específico dos magistrados, a Constituição previu um juízo natural para a aplicação das penas disciplinares, se é que assim pode

154 ALVIM, Angélica Arruda. **Princípios Constitucionais do Processo**. Revista de Processo, São Paulo, n. 74, abr./jun. 1994. *Apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 408.

155 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1995. *Apud* _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 408.

156 ROZA, Cláudio. **Processo Administrativo Disciplinar e Comissões sob Encomenda**, p. 82.

157 STF. Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 28712. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática em 10.5.2010. DJ-e 11.5.2010.

158 STJ. Mandado de Segurança 13148/DF. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. 3ª Seção. j. 23.5.2012, DJe 01.6.2012.

159 _____. RMS n. 24.258/RN, 1ª Turma. Rel. Min Denise Arruda, j. 13.11.2007, DJ 12.12.2007.

ser chamado, tendo em vista que a atuação dos Tribunais, neste caso, é administrativa, o qual, se não for observado, gera nulidade absoluta¹⁶⁰.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa visam a munir o litigante ou acusado de efetivos meios para influir na decisão final com a síntese de um diálogo no procedimento, sendo que o prejulgamento faz o julgador abstrair as alegações do litigante ou do acusado, justamente o que o princípio do juiz natural mitiga. Neste sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁶¹ aponta que o cumprimento do contraditório e da ampla defesa, sem a garantia do juiz natural, permite escolher julgador predeterminado a condenar ou absolver, que poderá conduzir o procedimento como um “faz de conta” e aplicar a decisão já pronta.

Segundo o autor, o contraditório e a ampla defesa viabilizam a presença ativa e crítica do servidor na instrução do processo, estando o juiz natural impedido de qualquer obstrução a essa participação. Também cabe o registro de que as decisões no processo administrativo disciplinar são autoexecutáveis, uma vez que atingem a esfera jurídica do servidor com a mesma força das decisões judiciais¹⁶² por força dos art. 125 e 126 da Lei n. 8.112/90.

Outra análise pertinente diz respeito às consequências da aplicação do princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar. Por uma questão lógica, a abordagem será conforme os cinco planos propostos por Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁶³, a saber: abrangência funcional, fonte, referência temporal, imparcialidade e ordem taxativa de competência.

A consequência no **plano da abrangência funcional** importa no alcance do princípio do juiz natural aos agentes responsáveis pelo processamento e decisão no âmbito do processo administrativo disciplinar. O princípio estende-se obrigatoriamente à autoridade que desempenha o ofício de acusação, que conduz o processo, que detém a competência instrutória, que decide e define e aplica a sanção. Para Romeu Felipe Bacellar Filho, o grande valor do princípio do administrador competente está em não ser apenas aplicado à autoridade que julga e instaura o processo, mas aos órgãos coletores da prova e do processamento da

160 STJ. RMS n. 24.5885/SP, 6ª Turma. Rel. Min. Jane Silva, j. 02.12.2008, DJe 19.12.2008.

161 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 412.

162 Este entendimento é confirmado pelo STF: “Decreto presidencial pelo qual foi cassada a aposentadoria da impetrante, como servidora do INSS. Alegada ilegalidade, que consistiria em não haver sido garantido a essa o direito de defesa m haver o ato sido executado independentemente de prévia apreciação judicial. Baldas inexistentes, já que o direito de defender-se foi exercido pela impetrante, em toda a sua plenitude, no curso do processo administrativo disciplinar, cuja conclusão, de outra parte, se reveste de eficácia executória própria, não estando condicionada à ulatimação de eventual processo civil ou criminal. Mandado de segurança indeferido”. STF. MS n. 22100/RJ. Rel. Min Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. j. 27.4.1995. DJU 16.6.1995.

163 _____. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 412-446.

sindicância, dado o caráter decisivo da atividade probatória para o desfecho do procedimento punitivo, porquanto nela deverá basear-se o julgamento.

A elucidação deste campo decorre da análise do sistema de distribuição de competências da Lei n. 8.112/90 em que a autoridade que instaura o processo disciplinar deve desempenhar o ofício da acusação, pois está atestando a existência de responsabilidade administrativa a ser apurada¹⁶⁴.

Impende apontar que na sindicância em que são procedidas apurações que ensejam punição de até trinta dias de suspensão, a análise da acusação, instrução e decisão em relação ao princípio do juiz natural fica prejudicada, porque a lei não distingue a sindicância-procedimento da sindicância-processo e nem dispõe sobre o procedimento de cada uma delas. Em relação às autoridades, a lei menciona apenas o limite de pena aplicável e a vedação quanto a integrantes da comissão apuradora.

Se nos trabalhos da comissão sindicante for averiguada a possibilidade de incidência de sanção superior às previstas no art. 145, inciso II, da Lei n. 8.112/90, deve ser imediatamente oportunizado o contraditório e ampla defesa do servidor em relação à infração tipificada e o processo encaminhado à autoridade julgadora para instauração de processo administrativo disciplinar, de acordo com o princípio do juiz natural.

A consequência da aplicação do princípio do juiz natural no **plano da fonte**, em sede de processo administrativo disciplinar, é no sentido de reserva legal absoluta, em que a competência para acusação, instrução e decisão final deve necessariamente vir estabelecida em lei. No Brasil, o processo administrativo disciplinar é movido pelo princípio da hierarquia, uma vez que os órgãos da administração pública são estruturados por uma relação de coordenação e subordinação, cada qual com suas atribuições definidas em lei, conforme art. 61, § 1º, inciso II, letra “e”, da Constituição.

A Lei n. 8.112/90, por sua vez, não especifica qual é o agente competente para a instauração do processo disciplinar. Menciona apenas que a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a proceder a sua apuração imediata, assegurada ao acusado a ampla defesa. A norma menciona uma comissão de inquérito para a instrução e circunscrição da acusação no processo disciplinar, mas se omite em relação às funções exercidas pela comissão de sindicância. Também define a autoridade julgadora como responsável pela instauração do processo disciplinar, no entanto, não diz quem é a autoridade competente para a decisão final.

164 Art. 148. “O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”.

Em sede de sindicância, quem decide é o chefe da repartição ou autoridade determinada no regimento interno ou regulamento, uma clara distensão ao princípio do juiz natural. Assim, por força do princípio do juiz natural, uma autoridade somente poderá instaurar ou decidir processo quando sua posição hierárquica for respaldada pela lei, podendo a atribuição de competência estar no plano de carreiras ou estruturação dos órgãos administrativos. O princípio, no entanto, fica prejudicado nas hipóteses em que a competência é difusa e dificilmente identificável.

As consequências do princípio do juiz natural quanto ao plano de **referência temporal** exige a pré-constituição do juízo, proibindo juízos criados após o fato para a resolução de um caso específico. Neste sentido, é duvidosa a constitucionalidade da previsão de comissões provisórias previstas na Lei n. 8.112/90, porque a investidura dos componentes seria posterior ao fato tido como irregular, configurando um verdadeiro tribunal de exceção.

A lei prevê a possibilidade de criação de juízo posterior ao fato e especificamente designado para apurar um caso em concreto mas não estabelece regra objetiva para a escolha dos membros da comissão, constituindo nesta um encargo de puro arbítrio. O dispositivo prejudica o contraditório e a ampla defesa porque a comissão é responsável pela fase do inquérito administrativo, abrindo a possibilidade de a designação de membros direcionar-se para a condenação ou a absolvição. Há risco evidente de prejulgamento, o que torna ilusórios os efeitos da participação do servidor acusado e pode ser visto como juízo acidental que gera a presunção de parcialidade.

Como já visto, uma das soluções para este problema é a designação de comissões em caráter permanente, em que a investidura dos componentes antecede o acontecimento (ou conhecimento) do fato tido como irregular. Esta já é uma prática no Estado de São Paulo desde a Lei n. 10.261/68 – Estatuto dos Servidores de São Paulo – que estabelece comissões processantes permanentes.

No entanto, no estatuto federal, a constituição da comissão apuradora é posterior ao fato, condição que infringe a garantia. A agressão é ainda mais grave se a autoridade acusadora também é a autoridade julgadora, matéria que será analisada no plano da imparcialidade.

As consequências da aplicação do princípio quanto ao **plano da imparcialidade** abrange as autoridades que acusam, instruem e proferem decisão no processo administrativo disciplinar. A imparcialidade é condição de capacidade subjetiva da autoridade que decide e, no plano disciplinar, a Constituição não disciplinou garantias para o exercício da competência disciplinar. Genericamente dispõe sobre as garantias dos detentores de cargos públicos como a neutralidade e a impessoalidade da administração. A necessidade de garantias como a

impessoalidade fica evidente no exercício da competência disciplinar pela fragilidade do vínculo do servidor com a administração pública e a ausência de segurança em face de possíveis pressões dos superiores hierárquicos sobre membros de comissões processantes.

Ademais, a instauração de comissão apuradora estabelece uma confiança em relação à administração pública e não pode ser livremente desfeita pela autoridade instauradora, salvo vício insanável passível de anulação do procedimento. Existe uma relação de autonomia entre a autoridade instauradora e a comissão, tendo esta a função de encontrar justificativa e oferecer respaldo à acusação formulada, devendo opinar conclusivamente quanto à inocência ou responsabilidade do servidor, após apreciação imparcial e independente da matéria debatida no processo.

Neste sentido, a designação de detentores de cargos em comissão, cuja nomeação e exoneração resultem exclusivamente da vontade da autoridade instauradora, deve ser vedada. O mesmo se aplica para os detentores de função de confiança que na designação e dispensa seguem a mesma regra. Claro que restrições em relação à nomeação ou investidura devem estar em lei com previsão de requisitos específicos.

Para a preservação do juiz natural, a Lei n. 8.112/90, atribui, inclusive, a competência das sanções mais graves para autoridades que não são exoneráveis *ad nutum e são* protegidos por garantias funcionais, como o presidente da República, os presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais federais e o Procurador-Geral da República.

Com relação aos impedimentos e suspeições, o princípio exige norma legal para a alteração de competência em caso de impedimentos (presunção absoluta de parcialidade) e suspeições (presunção relativa). A Lei n. 8.112/90 estabelece restrições no art. 149, § 2º, em relação aos integrantes da comissão, mas deixa a descoberto outras autoridades com funções relevantes no processo que podem ensejar dúvida em relação à parcialidade. Tem-se que a ofensa ao princípio do juiz natural se caracteriza quando a comissão processante reformula a acusação e, em decorrência do princípio do contraditório, reabre a fase de instrução diante da adição de fatos ou argumentos novos que não foram objeto de instrução anterior.

Outra incongruência neste plano decorre do aforisma “ninguém pode ser juiz da própria causa”. Os agentes da administração, por atuarem como acusador e julgador, rompem a estrutura dialógica do processo. A possibilidade de a autoridade instauradora decidir ao final do processo infringe o princípio do juiz natural uma vez que objetivamente o ofício de tese não pode ser confundido com o ofício de síntese e, subjetivamente, quem acusa não poderia decidir.

Em outro sentido, a comissão é a autoridade mais capacitada para o julgamento, pois administrou e conduziu a instrução. Esta estrutura, no entanto, fere frontalmente o princípio do juiz natural por convergir em um mesmo órgão as qualidades de acusador, instrutor e julgador. Semelhante a estrutura inquisitória em que se verifica o comprometimento da imparcialidade.

Apesar de a lei não definir claramente as competências das autoridades, o princípio do juiz natural pretende articular as funções no processo disciplinar de modo que não seja comprometida a imparcialidade da autoridade. A circunstância de a autoridade instauradora decidir o feito não foge, à primeira vista, da incidência do regime de impedimentos.

Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁶⁵, para minorar a afronta, entende que o ofício da decisão final, na estrutura vigente, deve pertencer exclusivamente à autoridade julgadora e o relatório ser entendido como peça opinativa.

Consoante ao exposto, o legislador disciplinou de modo incompleto o processo administrativo disciplinar se comparado ao procedimento jurisdicional no qual atende os ditames da imparcialidade do juiz natural. Entende Romeu Felipe Bacellar Filho que a correção da desigualdade pode ser resolvida pela integração analógica com outros mandamentos, em especial quando tratam de garantias constitucionais como a do juiz natural. Um exemplo é a Lei n. 9.784/99 que trata de impedimentos e suspeição de autoridades administrativas e que, por força de seu art. 69, aplica-se subsidiariamente a processos administrativos especiais como o processo administrativo disciplinar. Assim, parece evidente que o regime de impedimentos e suspeições traduz a exigência de que o princípio do juiz natural é aplicável no processo administrativo disciplinar.

As consequências quanto ao plano da **ordem taxativa de competência** no regime do processo administrativo disciplinar exige que toda alteração de competência esteja contida em lei anterior ao fato. Entretanto, a Lei n. 8.112/90, ao tratar da matéria, silencia sobre a forma como se operacionaliza a providência, pois sua estrutura constrói um sistema despreocupado em garantir a imparcialidade dos agentes públicos processantes. A possibilidade da alteração da competência foge do campo da discricionariedade da administração, motivo pelo qual tanto a avocação como a delegação de competências prevista nesta legislação ofendem o princípio do juiz natural, pois modificam uma situação preestabelecida pela lei, sem existência de previsão anterior ao fato. Isto porque institui julgador inesperado e suprime instância julgadora. O princípio da hierarquia deve encontrar limites na competência disciplinar, não podendo, no caso, ser aplicado em toda a sua extensão por incompatibilidade com princípios constitucionais.

165 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo Disciplinar**, p. 439.

Em decorrência desta situação, a fim de amenizar a afronta, pode-se indicar que a Lei n. 9.784/99 estabelece a irrenunciabilidade de competência como regra e a avocação e delegação como exceção. No art. 12¹⁶⁶ é estabelecido critério de conveniência para o caso de delegação. Assim, a competência da decisão e aplicação de penalidades disciplinares não é delegável, por força do art. 14 da Lei n. 8.112/90, ocorrendo apenas duas hipóteses de delegação no art. 143 em relação à instauração do processo administrativo disciplinar.

Quanto à competência da comissão, apenas os atos instrutórios são passíveis de delegação, desde que, no caso concreto, exista conveniência justificadora motivada. Trata de delegação expressamente delimitada e que não atinge o indiciamento e a elaboração do relatório final, que são de competência exclusiva da comissão e que não permitem delegação.

A avocação, por sua vez, importa a supressão de instância, e as competências, no processo administrativo disciplinar, relativas à instauração, instrução e decisão não coadunam com ela. O art. 169 da Lei n. 8.112/90 é evidência de vedação à autoridade para assunção de atribuições estranhas à sua competência.

Assim, tem-se que o princípio do juiz natural, no processo administrativo disciplinar, é compatível com a garantia de imparcialidade da administração no exercício da competência disciplinar. A imparcialidade remete à exigência de cumprimento objetivo da sua função e se aplica tanto aos órgãos da administração quanto aos da jurisdição. Isto indica que à administração é lícito escolher entre uma multiplicidade de soluções igualmente válidas a que se repute mais adequada ao interesse público. Representa margem de atuação em que exerce o poder de escolha e está ligado diretamente ao princípio constitucional da eficiência.

O princípio do juiz natural tem aplicação no campo processual judicial e administrativo. Enquanto a impessoalidade projeta dois feixes de abrangência, um em relação ao sujeito (agente administrativo) e outro, à administração, a imparcialidade atinge somente o feixe subjetivo, repelindo atos discriminatórios que importem favorecimento ou despreço a membros da sociedade em detrimento da finalidade objetiva da norma de direito a ser aplicada.

No entanto, o princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar não decorre dos princípios da imparcialidade e da impessoalidade, embora tangenciem e devam ser ponderados no caso concreto. É possível a aplicação do princípio do juiz natural com o princípio da impessoalidade na colmatação de lacunas legais para garantir a imparcialidade dos agentes processuais.

166 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”.

Assim, o direito ao juiz natural vem assumindo a forma própria de uma garantia subjetiva, complementando a garantia objetiva e institucional, que resguarda a imparcialidade, a objetividade e a certeza do juiz.

A vedação de criação de tribunais de exceção é considerada como o “aspecto negativo” da garantia do juiz natural, na medida em que, sob o ponto de vista do cidadão, impede o julgamento por um órgão extraordinário. Por outro lado, do ponto de vista dos detentores do poder, que pretendem obter um julgamento parcial, com juízes específica e concretamente escolhidos, a vedação dos tribunais de exceção é um “instrumento positivo” para a contenção do arbítrio. Afinal, impede que se atribua diretamente o julgamento de um fato específico ou de um conjunto de fatos, para um órgão escolhido e moldado para decidir num sentido previamente determinado.

De certo modo, ainda que com divergências quanto ao seu conteúdo, a expressão “juiz natural” é tranquilamente utilizada pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, justamente para se referir ao duplo aspecto da garantia, um previsto no inciso XXXVII, e outro, no inciso LII, ambos do art. 5º, da Constituição.

Para Gustavo Henrique Badaró¹⁶⁷ “[...] o juiz natural, no aspecto do juiz competente, deve ser o juiz que, segundo todos os critérios de competência, seja legitimado para julgar um determinado caso concreto”. A garantia do juiz natural deve ser considerada como “norma substancial”, que confere um caráter reforçado do princípio da legalidade e prescreve para o legislador o dever de regular a competência do juiz”.

Para o autor, a nulidade da sentença, ou apenas dos atos decisórios, somente seria razoável se a garantia do juiz natural incidisse só quanto ao momento culminante do processo, isto é, a sentença. Porém, como já visto, “o direito ao juiz natural inclui não só o direito de ser sentenciado pelo juiz natural, mas também o direito de ser processado perante o juiz natural”.

167 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz Natural no Processo Penal**, p. 157.

4. CONCLUSÃO

Neste estudo foram abordados os princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar que regem a apuração de faltas funcionais praticadas por agentes públicos submetidos ao regime estatutário regrado pela Lei n. 8.112/90, com foco voltado para a verificação da aplicabilidade do princípio do juiz natural na composição e atuação das comissões processantes. A análise dos princípios que regem a atuação da administração pública no processo administrativo disciplinar também permitiu aferir os valores pelos quais deve ser pautada a conduta dos agentes públicos, em especial quando da aplicação do regime disciplinar. Demonstrou-se, assim, que as garantias inafastáveis do processo judicial, tais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, são estendidas ao processo administrativo disciplinar, não tolerando mecanismos apuratórios com características inquisitoriais.

Podemos verificar, através deste estudo, que o processo administrativo disciplinar deve respeitar as garantias constitucionais que regem os processos. A investigação de fatos reprováveis, por sua vez, não deve se dar por conveniência, constituindo obrigação e competência da administração pública exercer o seu mister em um processo pautado por um feixe de princípios que o blindam de arbitrariedades. Portanto, toda a atividade estatal deve necessariamente estar balizada pelos mandamentos da Constituição, sendo vedadas práticas que permitam violação de seus princípios estruturantes, importando, em decorrência, nulidade dos atos que não respeitarem as garantias nela asseguradas.

O princípio do juiz natural é um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal e deve ser observado em uma compreensão finalística para garantir o contraditório e a ampla defesa nos procedimentos. Verificou-se que este princípio também não está adstrito exclusivamente à atividade jurisdicional, emprestando os seus efeitos também à seara administrativa. Considerando que a Constituição não impõe diferenciação entre processos judiciais e administrativos, incidem igualmente no processo administrativo disciplinar as garantias dos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição, exigindo-se imparcialidade e objetividade nos julgamentos, não admitindo, também, juízo de exceção. Verifica-se que, para respeitar os ditames da Constituição, é fundamental que os envolvidos no processo de apuração de responsabilidade funcional pautem as suas ações no sentido de proteção aos direitos fundamentais.

Desse modo, fica evidente que a aplicação do princípio do juiz natural não se estende somente à autoridade julgadora, mas também à comissão processante competente para

conduzir o processo, que pode, inclusive, reformular a acusação ao final da instrução. Assim, não é recomendável que continue sendo postergada a exteriorização do princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar, porque a indicação dos membros da comissão processante, quando realizada após a ocorrência dos fatos a serem apurados, possibilita o desvirtuamento do processo, prejudicando a ampla defesa do servidor acusado e, praticamente, instituindo um tribunal de exceção.

Tal possibilidade, amparada na atual legislação, quebra a confiança do administrado em relação à administração pois não respeita a imparcialidade decorrente da garantia do juiz natural. O problema é acentuado ao se admitir que a autoridade competente acumule, ainda, as funções de acusação, instrução e julgamento. A própria Lei n. 8.112/90 permite que a autoridade competente escolha os membros da comissão processante após tomar conhecimento do fato a ser apurado e, ao final, julgue o processo, procedimentos que, nestas condições, vão de encontro às exigências do princípio do juiz natural, o qual impõe competências predeterminadas em lei, assim como julgadores pré-constituídos.

No estágio de desenvolvimento em que se encontra o nosso ordenamento jurídico, não se pode permitir desprezo a qualquer circunstância que possa contribuir com a efetivação das garantias constitucionais. Desse modo, os agentes públicos envolvidos em apuração de responsabilidades funcionais estão compelidos a densificar o princípio do juiz natural, que é plenamente aplicável no processo disciplinar, em especial na constituição e atuação das comissões processantes, ainda que a lei não aborde tal princípio.

Em consonância com todo o feixe principiológico explanado na presente pesquisa e, visando a efetivação do princípio do juiz natural, que defende a impossibilidade de haver julgamento por autoridades parciais ou constituídas após a ciência do fato, em sede de processo administrativo disciplinar, poderiam ser instituídas comissões processantes permanentes nas quais os membros tenham mandato certo e predeterminado, medida que, aliada a regramentos específicos e a treinamento qualificado dos servidores integrantes de comissão processante, garantiria a imparcialidade e a independência na apuração de responsabilidades funcionais, em consonância com as disposições constitucionais.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. 358 p.

_____. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 492 p.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz Natural no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2014.

BRASIL. Presidência da República. CGU. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad-maio-2017.pdf>>. Acesso em: 15.01.2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017. 1344 p.

CRETELLA, José Júnior. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, v.6.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e Competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 384 p.

DEZAN, Sandro Lúcio. **Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar**. Curitiba: Juruá, 2010. 552 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia**. Revista de Processo, São Paulo, ano 8, n. 29, jan./mar. 1983.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: de acordo com a Lei Federal n. 8666, de 21/06/93**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016. 1322 p.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Direito Administrativo Moderno**, 13ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo Civil, Penal e Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Juiz e o Princípio do Contraditório**. Revista dos Advogados, São Paulo, n. 40, jul. 1993.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **O devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 17, dez. de 1980.

ROZA, Claudio. **Processo Administrativo Disciplinar e Comissões sob Encomenda**. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 20 Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.