

A GARANTIA DE DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

MARCELLO ESPINOSA¹

WILCINETE DIAS SOARES²

RESUMO

O presente estudo trata do exercício da garantia de defesa no processo administrativo disciplinar, analisando sua evolução histórica até os dias atuais, bem como seus elementos principais e a forma de seu exercício de forma ampla, como preconizado na Constituição Federal de 1988.

Palavras chave: Direito Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Garantia de defesa. Ampla defesa.

¹ O autor é Procurador do Município de Diadema-SP. Especialista em Gestão Pública pela EAESP da Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Administrativo e Processual Civil pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Advogado militante na área do contencioso cível no Estado de São Paulo

² A autora é Procuradora do Município de Diadema. Especialista em Direito Municipal pela UNIDERP. Pós graduada em Direito Administrativo e Processual Civil pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá-FIJ. Advogada militante na área do contencioso judicial do estado de São Paulo

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1998, p. 9).

O texto constitucional foi expresso ao estabelecer, mesmo no processo administrativo disciplinar, a obrigatoriedade do respeito à chamada **garantia de defesa**, acabando com qualquer dúvida que porventura ainda poderia existir no seio da Administração de diversas unidades federativas, onde o argumento da supremacia do interesse público sobre o privado ainda era usado como uma forma de se tolher os direitos de defesa dos servidores, através de apurações sumárias e ilegais.

Neste sentido, merece destaque a lição de Costa (1987):

Num ambiente funcional em que campeia a impunidade, ou em que se pune por tudo ou por nada e de modo injusto e ilegal, não poderá haver margem para a desenvoltura regular da atividade pública. Que se enganem, ou se iludam, os chefes que, alimentando a falsa crença num terror administrativo, forjam os seus pseudoméritos numa repressão disciplinar comprometida com as estatísticas, pois que estas, em verdade, não conseguem sequer empanar o desserviço público que essa absurda ótica proporciona. (COSTA, 1987, p. 83).

Portanto, a despeito das sanções administrativas disciplinares não se confundirem com as penais, por possuírem regimes jurídicos distintos, é certo que todas as manifestações do *ius puniendi* estatal se submetem, integralmente, aos princípios constitucionais que norteiam a aplicação do poder punitivo do Estado, devendo ser reconhecida a existência, mesmo no âmbito administrativo, de um direito constitucional (supra-legal, portanto), limitador deste poder, consubstanciado na **garantia de defesa**, que engloba os princípios interdependentes do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa propriamente dita.

2 BREVE HISTÓRICO

Desde a antiguidade, tem se admitido, ainda que intuitivamente, o conceito de garantia de defesa como corolário indispensável de um julgamento justo.

A questão é tão relevante que encontramos referência à mesma inclusive no texto bíblico: “porventura condena a nossa lei um homem sem primeiro o ouvir e ter conhecimento do que fez?” (NOVO TESTAMENTO, 1978, p. 188).

O direito romano, por sua vez, consagrou o princípio segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido, consubstanciado no brocardo latino *inauditus nemo damnari potest*.

Com a evolução histórica da sociedade, a chamada garantia de defesa foi erigida à categoria de **direito natural** pelos doutrinadores, juntamente com as garantias da vida, patrimônio, honra, etc., como contraponto aos poderes absolutistas dos soberanos da época.

Nesta mesma época surgiu, na Inglaterra, o conceito de **devido processo legal**, ou *due process of law*, que tem a sua origem mais conhecida na Magna Carta inglesa de 1215, como garantia de proteção à liberdade e propriedade do cidadão contra o arbítrio estatal.

A partir de então, a garantia de defesa, incluindo o devido processo legal, passou a ser considerada indispensável para o próprio conceito de democracia, e foi consagrada principalmente através dos chamados movimentos constitucionalistas, sendo expressamente inserida nas declarações de direitos surgidas a partir de então, tais como a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, e a Constituição Americana, através da 5ª emenda, de 1797.

Entretanto, tais princípios, de início, se viam restritos ao processo penal, face, principalmente, à importância dos bens jurídicos atingidos por eventuais condenações, tais como a liberdade física, a locomoção e a própria vida.

Somente em um momento posterior, quando tais conceitos já estavam estabelecidos e aceitos no processo penal, e mesmo no processo judicial civil, foram incorporados ao processo administrativo, sobretudo ao processo administrativo disciplinar, face ao evidente caráter punitivo do mesmo.

Um dos registros pioneiros deu-se no direito inglês, através do chamado *caso Bentley*, de 1723, onde foi decidido que um professor universitário não podia ser desprovido de seus títulos acadêmicos sem ter sido previamente informado das acusações contra si e sem ter tido oportunidade de respondê-las.

O mesmo caminho foi trilhado pelo Direito Francês, merecendo destaque lei editada em 1905, que exigia a prévia comunicação do funcionário antes da imposição de sanções disciplinares pela Administração.

No Direito Brasileiro, as Constituições Federais, historicamente, também estabeleceram o conceito de garantia de defesa intimamente ligado à instrução criminal, razão pela qual muitos autores sustentaram, por muito tempo, sua inaplicabilidade aos procedimentos administrativos.

Entretanto, as Constituições de 1934 (art. 169), 1937 (art. 156, “c”), 1946 (art. 189, II) e 1967 (art. 103, II) já continham dispositivos que previam ao servidor público estável a garantia de somente perder o cargo através de processo administrativo em que lhe fosse assegurado o direito de defesa.

A doutrina e a jurisprudência pátria, por outro lado, se inclinaram pela extensão do princípio da garantia de defesa, restrito apenas à pena de demissão e aos servidores estáveis, a todos os processos administrativos disciplinares, independentemente da penalidade prevista.

Já em 1938, Themístocles Brandão Cavalcante, no seu anteprojeto de Código de Processo Administrativo, previu ao servidor indiciado garantias de ampla defesa nos moldes atualmente adotados.

O antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei 1.711/52) estabelecia, em seu art. 217, a garantia da ampla defesa ao acusado para a aplicação das penas de suspensão por mais de trinta dias, destituição de função e cassação de aposentadoria e disponibilidade.

Desta mesma época, merece destaque decisão do Supremo Tribunal Federal, datada de 11 de maio de 1952, em que foi decidido que, mesmo nos meios sumários de apuração, é

indispensável a prévia oitiva do acusado, antes da imposição de qualquer penalidade. (STF, MS nº 1.664, Rel. Min. Luís Garroti, 1ª T., julg. 11.05.1952, v.u., RDA 102/697)

Tal orientação foi consolidada pelo Supremo Tribunal Federal com a edição da súmula nº 20, que dispunha: "É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso." (BRASIL, STF, 1963) e da súmula nº 21, que estabelecia: "Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade." (BRASIL, STF, 1963).

Atualmente, com o advento da Constituição Federal de 1988, tal discussão encontra-se superada, já que o texto constitucional em vigor (art. 5º, LV) reconheceu expressamente a garantia da ampla defesa no âmbito do processo administrativo, independente da penalidade a ser aplicada ao servidor.

3 CONCEITO

Conforme já foi explicitado, a chamada **garantia de defesa** engloba os conceitos interdependentes de devido processo legal, contraditório e ampla defesa propriamente dita, que se complementam e retiram seus fundamentos de validade um dos outros, mesclando-se no andamento processual.

O direito de defesa é uma decorrência do princípio constitucional do devido processo legal. É ele imanente a todo o sistema processual em que se adote o procedimento contraditório (...) Assim como não existe direito amplo de defesa sem procedimento contraditório, também não se compreende este sem a defesa ampla. (MARQUES, 1994, p. 376)

3.1 O devido processo legal

A garantia do devido processo legal encontra-se expressa no art. 5º, LIV da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (BRASIL, 1998, p. 9).

O devido processo legal é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite ampla defesa, incluindo-se aí o contraditório e a produção de todo tipo de prova lícita que entenda o acusado ou seu advogado produzir. (CRETELLA JÚNIOR, 1989, p. 530).

O devido processo legal divide-se em uma garantia formal de **procedimento legal**, com direito ao contraditório e à ampla defesa, e uma garantia material de **procedimento razoável**, ou seja, de interdição à arbitrariedade e “julgamento justo”.

A idéia de julgamento justo está ligada intimamente aos conceitos de **razoabilidade e proporcionalidade**.

A razoabilidade aparece, em nosso direito administrativo, como um importante parâmetro para a análise da ação discricionária do administrador, já que, a despeito deste dispor de amplo espaço para escolher a forma da sua atuação, de acordo com o seu critério de conveniência e oportunidade, tal escolha não pode violentar as regras técnicas, nem os mais elementares princípios de direito.

A irrazoabilidade corresponde à falta de proporcionalidade, de correlação ou de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa [...] Também é desarrazoada a medida arbitrária, assim entendida aquela adotada por capricho, motivos pessoais, ou sem motivo preciso que possa ostentar embasamento na ordem jurídica. Até mesmo medidas contrárias ao senso comum do que seria certo, justo, adequado e consentâneo com o interesse público poderiam ser desarrazoadas. (PIETRO, 1991, p. 144).

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, impõe uma necessária correlação entre a sanção aplicada, a gravidade do ilícito cometido e os prejuízos dele advindos para a Administração Pública, vedando-se, assim, qualquer laivo de arbitrariedade.

“Uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado.” (HECK, 1995, p. 177).

3.2 O contraditório

O contraditório foi definido por Almeida (1979) como “a ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.” (ALMEIDA, 1979, p. 110).

Melo (1996), por sua vez, estabelece que “o princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta.” (MELO, 1996, p. 514).

Em suma, o princípio do contraditório impõe a **condução dialética do processo** (*par conditio*), que determina que, a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito de manifestação da defesa, promovendo-se uma igualitária divisão de forças e oportunidades processuais.

3.3 A ampla defesa propriamente dita

A ampla defesa foi conceituada por Gasparini (1995) nos seguintes termos:

Consiste em se reconhecer ao acusado o direito de saber que está e por que está sendo processado; de vista do processo administrativo disciplinar para apresentação de sua defesa preliminar; de indicar e produzir as provas que entender necessárias à sua defesa; de ter advogado quando for economicamente insuficiente; de conhecer com antecedência a realização de diligências e atos instrutórios para acompanhá-los; de perguntar e reperguntar; de oferecer a defesa final; de recorrer, para que prove sua inocência ou diminua o impacto e os efeitos da acusação (GASPARINI, 1995, p. 514).

Meirelles (1994), por sua vez, leciona que:

A ampla defesa é garantia constitucional de todo acusado, em processo judicial ou administrativo, e compreende a ciência da acusação, a vista dos autos na repartição, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas, a inquirição e reperguntas de testemunhas e a observância do devido processo legal. (MEIRELLES, 1994, p. 129)

4 A GARANTIA DE DEFESA APLICADA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O pleno exercício da garantia de defesa constitucionalmente assegurada ao servidor acusado, no curso do processo administrativo, não pode se limitar apenas à oportunidade de apresentação de uma peça escrita, em determinado momento processual; ao contrário, deve se manifestar durante todo o procedimento apuratório.

Para efeito de estudo, a garantia de defesa, que é una, pode ser didaticamente desdobrada nos seguintes elementos, que a seguir serão objeto de análise individualizada:

- a) direito à ampla informação;
- b) direito de ser ouvido;
- c) direito ao acompanhamento da prova produzida e à produção de contraprova;
- d) direito à defesa técnica;
- e) direito à motivação das decisões;
- f) direito de recurso.

4.1 Direito à ampla informação

Durante a instrução do processo, ao acusado deve ser garantido o conhecimento de todos os fatos que estão na base da apuração, bem como de todo o andamento processual, dos documentos juntados e das provas produzidas.

É vedada a existência de processos sigilosos para o próprio acusado, de contornos *kafkianos*.

O direito à informação concretiza-se, num primeiro momento, através da citação válida, para que o servidor seja informado da existência do processo, bem como do inteiro teor da acusação, e nos momentos posteriores, através das intimações e notificações para acompanhamento de todos os atos processuais.

O direito de informação abrange, ainda, a possibilidade de vistas dos autos e de acesso a todos os documentos em posse da Administração que sejam relevantes para a defesa, bem como a possibilidade de obtenção de cópias destes documentos, no pleno exercício do direito de petição constitucionalmente assegurado.

Deve ser destacado, por fim, que a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), estabelece como prerrogativa profissional do advogado, em seu artigo 7º, inciso XV, “ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais”. (BRASIL, 1998, p. 23).

Diante de tal disposição, é irregular a prática de algumas Comissões Processantes, que negam a retirada dos autos, mesmo aos advogados legalmente constituídos, em razão dos respectivos estatutos preverem a vista dos autos exclusivamente na repartição.

Contra tal realidade, já se manifestou a jurisprudência:

O advogado constituído tem o direito de ter vista dos autos arts. 7º, XV, da Lei 8.906/94 e 40 e 155 do CPC), uma prerrogativa funcional indispensável à formação do processo justo (arts. 5º, LV e 133 da CF) e que não cede diante da necessidade de manuseio dos autos pelos cartorários encarregados de ultimar preparativos para audiência próxima. Mandado de Segurança acolhido. (TJSP, MS nº 137.075.4/0-SP, Rel. Dês. Ênio Santarelli Zuliani, 3ª Câm. de Direito Privado, julg. 14.12.1999, v.u., BAASP 2226/1941).

Mandado de Segurança impetrado por advogado em causa própria, com o escopo de ter vista dos autos fora da repartição. Segurança concedida com supedâneo no artigo 89, inciso XVII da Lei nº 4215/63, pois trata-se de direito público, subjetivo e amparado no princípio da liberdade da profissão, não podendo ser arredada por decreto estadual. Apelação improvida. (TJSP, Ap. Cível nº 224930-2/5, Rel. Dês. Marrey Neto, 3ª Câm. Civil, julg. 22.03.1994, v.u., BAASP 11851/187).

4.2 Direito de ser ouvido

Ao acusado deve ser dada a oportunidade de manifestar o próprio ponto de vista sobre fatos, documentos e argumentos apresentados pela Administração, através do legítimo exercício de sua **autodefesa**, assim entendida como a possibilidade de realizar as condutas e providências para preservar-se de eventuais sanções.

Esta garantia manifesta-se sobretudo por intermédio do interrogatório do servidor, além do chamado **direito de presença**, ou seja, a faculdade do acusado assistir pessoalmente à realização das provas em audiência.

Deve ser destacado, também, que não basta a oitiva pura e simples do servidor. As suas alegações devem ser obrigatoriamente analisadas, mesmo que venham a ser rejeitadas, ou seja, devem ter efetiva ressonância perante as autoridades administrativas na tomada da decisão final, condenatória ou absolutória.

4.3 Direito à prova

Também chamado de **direito à prova legalmente constituída**, nada mais é do que a faculdade do acusado de apresentação de todos os elementos de convicção de que dispõe, com a finalidade de demonstrar a verdade dos fatos que embasam suas alegações.

Inclui a possibilidade dada ao acusado de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados.

É inerente no sistema de ampla defesa a constituição de provas, com o direito, reconhecido ao imputado, não só de contribuir para promovê-las, como de debatê-las e contestá-las. [...] Ao acusado deve-se propiciar a indicação de provas, a apresentação e inquirição de testemunhas, o oferecimento de quaisquer documentos e o requerimento de diligências de qualquer espécie. (MENEGALE, 1990, p. 646).

Deve ser destacado, porém, que o direito à produção da prova não é absoluto, existindo a possibilidade de indeferimento pela Comissão Processante de provas que sejam ilícitas ou irrelevantes.

Prova ilícita é aquela obtida clandestinamente, com a violação do ordenamento jurídico, e prova irrelevante é aquela inapta a influir no julgamento da causa.

É muito difícil, entretanto, se perquirir sobre a relevância da prova requerida pela defesa antes de sua produção, razão pela qual o julgador, na dúvida, deve deferir a sua realização, evitando eventual alegação de cerceamento de defesa, a menos que seja evidente o seu caráter meramente protelatório ou tumultuário.

Neste sentido, já se manifestou a jurisprudência:

Sem quebra do direito de ampla defesa, assegurado pelo art. 105, II, da Constituição, não é possível admitir-se que nas aplicações das penalidades graves de demissão ou cassação de aposentadoria, a Comissão de Inquérito deixe de ouvir testemunha arrolada pelo indiciado somente por julgar que já possui provas bastantes da acusação, ou que a testemunha não teria o que declarar em contrário. (TFR, Ap. Cív. nº 89.912-RJ, rel. Min. Costa Lima, 2ª T., julg. 14.12.1984, v.u., BAASP 1370/71).

4.4 Direito à defesa técnica

Como argumentos a favor da essencialidade da defesa técnica em contraposição à autodefesa, podemos citar o conhecimento especializado dos defensores, e a isenção profissional dos mesmos, que, ao contrário da parte, não estão tomados pelas fortes emoções decorrentes da acusação, razão pela qual podem agir com uma maior racionalidade.

Os estatutos funcionais das unidades federativas, em regra, não exigem que o defensor seja advogado, mas apenas que tenha grau hierárquico ou escolaridade igual ou superior ao acusado.

Alguns autores, como Medauar (1993) sustentavam que apenas haveria obrigatoriedade de defesa técnica, por advogado legalmente habilitado, nos processos que possam resultar em penas graves, tais como demissão e cassação de aposentadoria, sendo desnecessária no caso de infrações leves.

Tal entendimento, entretanto, encontrava óbice na Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelecia: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Posteriormente, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE)434059, os Ministros do Supremo Tribunal Federal manifestaram o entendimento que, no Processo Administrativo Disciplinar, a presença do advogado é uma faculdade de que o servidor público dispõe, dada pelo artigo 156 da Lei 8.112/90, **mas não uma obrigatoriedade**, e que a sua ausência não implica em nulidade do processo.

Tal posicionamento levou à edição, pelo Supremo Tribunal Federal, da Súmula Vinculante nº 05, dispondo, em sentido diametralmente oposto ao entendimento manifestado pela Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça: **“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”**.

Entretanto, parcela considerável da doutrina pátria entende que a Súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal contrariou frontalmente dispositivos da Constituição Federal, sobretudo o próprio artigo 5º, LV, da Constituição da República, que assegura o contraditório e a ampla defesa a todos os acusados, em processo judicial ou administrativo, e o artigo 133 da Constituição Federal, que estabelece a essencialidade do advogado à administração da justiça.

De fato, somente o advogado legalmente habilitado, ou seja, aquele regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, é que pode e deve funcionar no processo administrativo disciplinar, porque somente este profissional pode oferecer a garantia do exercício, perfeito e compatível, da amplitude de defesa assegurada pelo texto constitucional.

4.5 Direito à motivação das decisões

O princípio da obrigatoriedade de motivação das decisões administrativas está intimamente ligado ao princípio da razoabilidade, que estabelece a necessária correlação entre a gravidade da infração e a penalidade aplicada, bem como ao controle da legalidade e legitimidade dos atos administrativos.

Motivar é demonstrar as razões do ato, as suas bases, as circunstâncias que o justificam, explicitando o raciocínio lógico por trás do julgado.

Os motivos que levaram a autoridade administrativa a decidir num determinado sentido devem ser necessariamente revelados, de tal sorte que se torne possível a sua apreciação, inclusive para que se verifique eventual desvio de finalidade ou abuso de poder, ou mesmo violação da moralidade administrativa.

Não há dúvida de que à motivação do ato Administrativo cabe um papel de realce, como coadjuvante do controle da legalidade do ato administrativo, seja explicitando os motivos que impeliram a ação do administrador, seja revelando os sintomas de um eventual desvio de poder. (CINTRA, 1979, p. 196).

A motivação da decisão dirige-se ao próprio servidor, para que o mesmo compreenda a razão da punição que lhe é atribuída, e para embasar os argumentos de um eventual recurso; ao Poder Judiciário, que pode ser instado a analisar, a qualquer momento, a eventual legalidade da decisão; e, finalmente, a todos os administrados, a quem também compete fiscalizar, de maneira difusa, a atividade administrativa.

Isto posto, é certo que qualquer decisão que carecer de motivação será nula de pleno direito, não podendo gerar qualquer conseqüência para o servidor punido.

4.6 Direito de recurso

O recurso normalmente é definido como o meio empregado pela parte vencida, objetivando conseguir o reexame e a reforma da decisão de primeiro grau pelo órgão de segundo grau de jurisdição.

Na esfera disciplinar, o direito de recorrer é a faculdade atribuída ao servidor de provocar, ainda na via administrativa, o reexame do ato punitivo constituído contra ele, decorrendo diretamente do poder de autotutela da Administração, que lhe permite rever os próprios atos quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos.

Entretanto, em muitas unidades federativas a decisão disciplinar é de atribuição exclusiva da mais alta autoridade administrativa, como no caso de Diadema, onde a punição é definida diretamente pelo Prefeito Municipal, inexistindo qualquer instância superior.

Diante disto, muitos autores sustentam que tal remédio jurídico não constituiria propriamente um recurso, mas mero **pedido de reconsideração**.

Esta situação tem gerado, não raro, questionamentos por parte dos patronos dos servidores, que alegam que a inexistência de **pluralidade de instâncias** violaria a garantia da ampla defesa, por infração ao princípio processual do **duplo grau de jurisdição**, que seria inerente ao conceito de devido processo legal.

Entretanto, a despeito de tais ponderações, é certo que inexiste o cerceamento de defesa alegado.

Em primeiro lugar, porque o próprio Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, mais de uma vez, no sentido de que o duplo grau de jurisdição não consubstancia garantia constitucional, sendo certo que até mesmo nas ações judiciais pode não ocorrer pluralidade de instâncias, como nas hipóteses de ações de competência originária dos Tribunais Superiores.

Em segundo lugar, porque sempre existe a possibilidade do servidor apenado socorrer-se do Poder Judiciário, no caso de lesão aos seus direitos, através da chamada **garantia de jurisdição**, estabelecida no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1998, p. 7).

5 CONSEQÜÊNCIAS DA VIOLAÇÃO À GARANTIA DE DEFESA

Qualquer violação ao direito de defesa do servidor acusado acarreta, como consequência inevitável, **a nulidade da decisão, e do próprio processo administrativo.**

Mesmo porque, no processo disciplinar vigora o princípio da verdade material, ou “verdade real”, ou seja, a Administração, face principalmente à indisponibilidade dos direitos envolvidos, e ao caráter restritivo das decisões punitivas, deve agir com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a mera verdade processual, ou seja, a versão trazida aos autos pelas partes.

Portanto é dever da Administração carrear aos autos todos os fatos, informações, provas e documentos necessários ao seu livre convencimento, independentemente de serem contrários ou favoráveis à defesa do servidor.

Os Tribunais tem se mostrado bastante rigorosos neste sentido, conforme demonstra pacífico entendimento jurisprudencial:

Com base em processo administrativo disciplinar, não se pode punir por infração, embora leve, de que o acusado não se tenha defendido” (Formulação 47 do DASP). O *due process of law*, assegurado no art. 5^a, LV, da CF impunha que ao servidor, antes de punido, fosse assegurada oportunidade de defesa, sob pena de nulidade. (TRF 5^a R., AC 3.356-CE, Rel. Juiz Castro Meira, julg. 25.06.1990, DJU 06/90).

6 CONCLUSÃO

O poder disciplinar exercido pela Administração sobre o seu quadro de servidores constitui um elemento essencial para uma adequada gestão de recursos humanos na esfera pública, com vistas à profissionalização do serviço prestado à sociedade, em cumprimento ao **princípio da eficiência**, inserido expressamente no texto constitucional, através da Emenda nº 19/98, como um dos princípios a serem seguidos pela Administração.

Para tal finalidade, a Administração dispõe de um importante instrumento jurídico, o **processo administrativo disciplinar**, disciplinado por regras próprias editadas por cada um dos entes federativos.

Os autores mais tradicionais sustentam vigorar no processo administrativo disciplinar o chamado **princípio do formalismo moderado**, que justificaria uma maior liberdade de ação por parte da Administração, e um menor rigor com relação a procedimentos pré-estabelecidos e prazos.

Segundo tal concepção, a própria “dinamicidade” da atividade administrativa exigiria que ao menos as punições mais brandas fossem aplicadas de modo sumário, por deliberação do próprio detentor do poder hierárquico.

Entretanto, o que seria uma punição “branda”. Para quem é punido injustamente, não existe punição branda. Somente quem passou por tal experiência tem noção do sentimento de indignação e revolta que acomete o servidor cumpridor de seus deveres e obrigações funcionais, quando o mesmo torna-se vítima do arbítrio de um superior mal intencionado. Tal situação constitui um importante fator de desestímulo no exercício da função pública, acarretando, por efeito reflexo, a queda da eficiência interna dos órgãos da Administração.

No processo administrativo disciplinar existe uma evidente desproporção de forças entre a Administração e o acusado, desproporção esta que justifica plenamente as garantias constitucionais previstas ao servidor, sobretudo a **garantia de defesa, exercida de forma ampla**, evitando-se, assim, que o mesmo seja literalmente “esmagado” pela força do aparelho estatal.

Portanto, é certo que **a maior liberdade na condução processual, na esfera administrativa, em nenhum momento pode ser usada como justificativa para a supressão dos direitos e garantias constitucionalmente conferidas aos servidores.**

De fato, argumentos acerca da necessidade de eficiência e celeridade na repressão disciplinar, com vistas ao bom funcionamento da máquina administrativa, jamais podem servir de pretexto para a não observância da garantia de defesa assegurada constitucionalmente aos servidores acusados, sob pena da nulidade de qualquer sanção porventura aplicada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A Contrariedade na Instrução Criminal*. São Paulo: Saraiva, 1979.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BRASIL. Lei federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. São Paulo: Editora da OAB SP, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado nº 20, de 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/legislacao>>. Acesso em: 22/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado nº 21, de 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/legislacao>>. Acesso em: 22/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 1.664. Relator: Ministro Luís Garroti, 1ª Turma, Brasília, 11.05.1952, Revista de Direito Administrativo, n. 102, p. 697, dez. 1960.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Cível nº 89.912-RJ. Relator: Ministro Costa Lima, 2ª Turma. Brasília, 14 de dezembro de 1984. BAASP n. 1370, p. 71, março de 1985.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). AC 3.356-CE, Rel. Juiz Castro Meira. Brasília, 25 de junho de 1990. DJU n. 06, p. 90, junho de 1990.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 1987.

CRETELLA JÚNIOR, José. *A Constituição Brasileira de 1988*. 2ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 1989.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição federal alemã*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

MEDAUAR, Odete. *Processualidades no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Malheiros, 1996

MENEGALE, J. Guimarães. *O estatuto dos funcionários*. São Paulo: Saraiva, 1990.

NOVO testamento. Tradução: João Ferreira de Almeida. São Paulo: Gideon Internacional, 1977.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

SÃO PAULO. Primeira Vara Cível da Comarca de Diadema. Mandado de Segurança nº 506/03. Juíza: Érica Diniz. Diadema, 11 de agosto de 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 224930-2/5. Relator: Desembargador Marrey Neto, 3ª Câmara de Direito Civil. São Paulo, 22 de março de 1994. BAASP n. 11851, p. 187, junho de 1994.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 137.075.4. Relator: Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, 3ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 14 de dezembro de 1999. BAASP n. 2226, p. 1941, agosto de 2001.