

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

BÁRBARA JIMENA ACIOLI LINS FILIZOLA

**A DESNECESSIDADE DA DEFESA TÉCNICA POR ADVOGADO NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: OFENSA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
CIDADÃO**

Recife
2016

BÁRBARA JIMENA ACIOLI LINS FILIZOLA

A DESNECESSIDADE DA DEFESA TÉCNICA POR ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: OFENSA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

Monografia apresentada a Faculdade Damas de Instrução Cristã, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Recife
2016

Filizola, Bárbara Jimena Acioli Lins

A desnecessidade da defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar: ofensa aos direitos fundamentais do cidadão. / Bárbara Jimena Acioli Lins Filizola. – Recife: O Autor, 2016.

47 f.

Orientador(a): Prof. Ms. Aurélio Agostinho Bôaviagem

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito Administrativo. 2. Defesa técnica. 3. Processo administrativo disciplinar. 4. Súmula vinculante nº 5 . I. Título.

34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2016-416

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, por ser essencial em minha vida, autor de meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me conceder forças e a capacidade necessária de elaborar, compreender, sonhar e dividir este trabalho.

À minha mãe, Helena, mulher batalhadora, obrigada pelo poder infinito que existe dentro de você e que tão bem soubeste usá-lo nas horas e nos momentos certos. Obrigada pela família maravilhosa, unida e desafiadora que me deste e da qual muito me orgulho.

Ao meu filho Diogo, razão da minha existência, pelo seu amor incondicional. Filho, essa conquista é nossa! Tudo o que faço é por você e para você. Te amo muito!

Ao meu marido, companheiro de todas as horas, pelo seu amor, paciência e cooperação. Obrigada por acreditar e investir em mim. Sua força me deu a esperança para seguir em frente.

Aos meus irmãos, pelo apoio moral e afetivo, sempre presentes nas minhas horas de incertezas e aflições, dando-me forças para que eu me tornasse forte na busca dos meus ideais. Valeu, meus irmãos!

Aos amigos Roberta Catharina (Beta), Kléber (Binho), Maria Eduarda Antunes (Duda), Diego, Filipe, Taynara (Tay), pessoas com quem convivi dentro e fora da Faculdade Damas ao longo desses anos, pelas alegrias, tristezas e conhecimentos compartilhados. A experiência de uma produção compartilhada na comunhão com amigos nesses espaços foi a melhor parte da minha formação acadêmica. Com vocês, as pausas entre um parágrafo e outro tornaram meus estudos bem mais prazerosos.

Aos meus queridos colegas de trabalho da Prefeitura do Recife, especialmente Bruno Mendes, Maria Laura Marques e Andrea Patrocínio. Obrigada pela ajuda, força, paciência e compreensão nos momentos mais difíceis. Obrigada por tudo!

Ao Dr. Everardo Guerra, por seus ensinamentos, paciência, confiança e valiosas contribuições nesses meses de elaboração do TCC.

Ao meu orientador Aurélio Agostinho da Bôaviagem, pela orientação, paciência, respeito e amizade disponibilizada durante o curso e, principalmente, no decorrer da elaboração deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Ao professor Ricardo Silva por acreditar nas minhas potencialidades e mostrar que tudo é possível, basta querer. Obrigada professor pela força, incentivo e paciência durante a construção deste TCC. Sem o senhor não sei como conseguiria fazer esse trabalho.

A todos os professores do curso de Direito da Faculdade Damas, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

Enfim, a todos que contribuíram direta ou indiretamente na construção deste estudo, os meus agradecimentos!

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso trata da desnecessidade de defesa técnica por advogado no Processo Administrativo Disciplinar com a criação da Súmula Vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal. O principal objetivo é analisar a defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar, mostrando que ela é indispensável para o Estado Democrático de Direito. Procura-se abordar, primeiramente, os aspectos gerais do Direito Administrativo enquanto norteador da atividade da administração pública e de seus integrantes, fazendo um recorte para o Processo Administrativo Disciplinar. Em outro momento, busca-se analisar os Princípios Constitucionais Fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal, dando mais ênfase aos do Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório, bem como, o Princípio da Eficiência enquanto mola propulsora da atuação da Administração Pública. Por fim, foi analisada a defesa técnica por advogado e sua base jurídica, como também o posicionamento dos tribunais superiores como o Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em relação ao tema.

Palavras-chaves: defesa técnica, advogado, processo administrativo disciplinar.

ABSTRACT

This presented course conclusion report regards the unnecessary of technical defense by lawyer on the Disciplinary Administrative Process with the creation of the Binding Abridgement n° 5, of the Supreme Federal Court. The main objective is to analyze the technical defense by lawyer on the disciplinary administrative process, showing that it is indispensable for the Law Democratic State. It seeks to address, firstly, the general aspects of the Administrative Law as guidance for administrative activities and its members, and then detailing and specifying the Disciplinary Administrative Process. At another moment, is analyzed the Fundamental Constitutional Principles listed on the 5th article of the Federal Constitution, emphasizing those on Due Legal Process, Wide Defense and Contradictory, as well as the Principle of Efficiency as a mainspring of the Public Administration performance. At last, is analyzed the technical defense by lawyer and its legal basis, as well as the stances of the superior courts as such as Supreme Justice Court and the Supreme Federal Court, regarding these matters.

Key words: technical defense, lawyer, disciplinary administrative process.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

MS – Mandado de Segurança

PAD – Processo Administrativo Disciplinar

STF – Supremo Tribunal Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
2. ASPECTOS GERAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.	
2.1 O Direito Administrativo	14
2.2 O Processo Administrativo.....	18
2.3 O Processo Administrativo como garantia fundamental.....	23
3. OS PRINCÍPIOS COMO GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.	
3.1 Os Princípios Constitucionais e o Direito Administrativo.....	25
3.2 Princípios Administrativos x Princípios Fundamentais do Cidadão	26
3.3 Princípio da Eficiência: informalismo como contribuição para a celeridade do processo administrativo x fragilidade da defesa do servidor.....	29
4. A DEFESA TÉCNICA E SUA BASE JURÍDICA.	
4.1 A Defesa no Processo Administrativo Disciplinar.....	32
4.2 A Defesa Técnica por advogado e seus aspectos jurídicos. Posicionamento dos Tribunais Superiores.....	35
4.3 Defesa frágil ou inexistência de defesa?	40
CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe para o Direito normas principiológicas que protegem o indivíduo e regulam a vida em sociedade. No Direito Administrativo, estes princípios vieram dar credibilidade ao ato administrativo praticado pela administração pública, no cumprimento da lei, obedecendo à publicidade e a moralidade, sempre buscando a eficiência do bom serviço público, praticando-o de modo impessoal, objetivando prestar o serviço público em prol dos administrados.

Neste contexto, surge o processo administrativo disciplinar como meio pelo qual a administração apura e pune os servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional da Administração Pública, baseado na supremacia que o Estado mantém sobre todos aqueles que se vinculam a seus serviços ou atividades, definitiva ou transitoriamente, submetendo-se à sua disciplina.

Acontece que, além das garantias e direitos individuais, a nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LV, dilatou o direito de defesa, garantindo aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral os princípios do contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Neste diapasão, a Constituição Federal, em seu artigo 133, expõe: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (Brasil, 1988). Podemos observar que a CF determina a indispensabilidade do advogado na administração da justiça.

Entretanto, de acordo com a Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal, “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, esta, restringiu a atuação do advogado na defesa da sociedade, da composição justa da lide, contrariando de forma direta os princípios elencados na CF/88, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Como se nota, para aplicação da sanção de cunho administrativo, necessário se faz a instauração do processo disciplinar para apurar e julgar o servidor acusado de transgressão, mas sempre em consonância com os Princípios Fundamentais garantidos em nossa Constituição. Neste diapasão, os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa são essenciais, não só

em relação identificação da norma aplicável, como também para o exercício dos direitos fundamentais de qualquer cidadão, não podendo se resumir a mera formalidade, sendo exigível a sua efetividade.

Neste esteio, o problema da pesquisa é: quais as consequências, para o cidadão, da desnecessidade de defesa técnica por advogado no Processo Administrativo Disciplinar?

Quanto ao problema apresentado, trabalha-se com a hipótese de que a desnecessidade de defesa técnica no processo administrativo Disciplinar ofende aos princípios do cidadão quanto ao Devido Processo Legal, Ampla Defesa e ao Contraditório.

Diante do exposto, este trabalho tem como objetivo norteador analisar a defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar, para tanto, buscar-se-á: a) analisar os princípios constitucionais norteadores da atuação do advogado na Defesa Técnica; b) demonstrar a imprescindibilidade do advogado na defesa dos direitos do cidadão no Processo Administrativo Disciplinar; c) analisar a legislação que dá suporte a legalidade na atuação do advogado no processo administrativo disciplinar.

Dessa forma, no primeiro capítulo deste trabalho serão abordados os aspectos gerais do Direito Administrativo, como norteador da atividade da administração pública e de seus integrantes, fazendo um recorte quanto ao Processo Administrativo.

No segundo capítulo, versaremos sobre os princípios constitucionais e aqueles inerentes ao Direito Administrativo, fazendo uma análise da repercussão desses na atuação do advogado na defesa técnica no Processo Administrativo Disciplinar.

No terceiro capítulo, trataremos sobre a Defesa Técnica e sua base jurídica, analisando o posicionamento dos tribunais superiores (STJ e STF).

Por fim, apresentaremos as conclusões correspondentes aos objetivos propostos do trabalho.

Metodologicamente, intenciona-se lançar mão de uma pesquisa de natureza bibliográfica prescritiva. Seu método é qualitativo e hipotético-dedutivo, envolvendo levantamento bibliográfico e dados onde comprovaremos sua eficácia.

ASPECTOS GERAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

2.1 O Direito Administrativo

Considerando que o direito é comumente dividido em direito público e privado, e que este último, tem como escopo principal regular os interesses dos particulares, o direito público, ramo abordado neste estudo, tem como objetivo principal regular os interesses da sociedade como um todo, com o Estado e das entidades e órgãos estatais entre si, tutelando o interesse público sobre o interesse privado, observando sempre as desigualdades nas relações jurídicas por ele regida, considerando as condutas individuais de forma indireta.

Fazem parte do direito privado o direito civil e o comercial, e do direito público, o direito constitucional, administrativo, tributário, penal, entre outros.

O Estado, atuando como defensor do interesse público goza de prerrogativas que o coloca em uma posição privilegiada, de superioridade em relação ao particular, sempre em consonância com a Lei, respeitando as garantias individuais abarcadas pelo ordenamento jurídico. Segundo Alexandrino (2014, p.2)

Nas relações jurídicas de direito público o estado encontra-se em posição de desigualdade jurídica relativamente ao particular, subordinando os interesses deste aos interesses da coletividade, ao interesse público, representados pelo Estado na relação jurídica.

Diferente de quando está atuando regido pelo direito público, o Estado ocupando o polo de uma relação privada, terá as características inerentes dessa relação, principalmente no que tange a igualdade jurídica entre as partes, inexistindo qualquer relação de subordinação. Mas, é importante frisar que não é possível afastar totalmente as normas de Direito público na atuação do Estado, mesmo ele fazendo parte do polo de uma relação privada. Ao Estado é colocado como opção ser regido exclusivamente ou predominantemente pelo direito público - o que ocorre na maioria das relações - e pode atuar nas relações privadas regidas, predominantemente, pelo direito privado, quando, por exemplo, atua como agente regulador da economia.

Como antes afirmado, o direito administrativo é um ramo do direito público, pois rege a organização e a atuação do Estado, objetivando a satisfação do interesse público. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o Direito Administrativo é “o ramo do Direito Público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exerce”. (2009 apud ALEXANDRINO, 2014, p.3). Já para o professor Hely Lopes Meirelles (2006 apud ALEXANDRINO, 2014, p.3), seria um conjunto simétrico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes públicos e suas atividades, no que tange atuar de acordo com os fins desejados pelo Estado.

Para Di Pietro (2002), Direito Administrativo

é o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

Como vimos, é unívoca a opinião de que o Direito Administrativo é um conjunto de normas, regidas pelo direito público, que tem como objetivo regular os órgãos da administração, seus agentes e suas atividades, de acordo com os fins desejados pelo Estado.

É de ser relevado que, no que tange à situação dos agentes públicos que mantêm vínculo funcional de natureza contratual com a administração pública, sujeitos à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, as relações entre ambos são regidas pelo direito privado, e não pelo direito público, não obstante, constituem objeto do direito administrativo, pois, como agentes públicos, estão sujeitos ao princípio da indisponibilidade do interesse público e da administração em geral. Ora, o fato das atividades públicas serem executadas por particulares não os excluem dos princípios inerentes ao regime de direito público, como nos casos das delegatárias de direito público que são pessoas privadas, mas que atuam na prestação de serviços públicos, sujeitando-se as regras destes, como no caso das concessões e permissões.

Segundo Alexandrino (2014, p. 4),

o objeto do direito administrativo abrange todas as relações internas à administração pública – entre os órgãos e entidades administrativas, uns com os outros, e entre a administração e seus agentes, estatutários e celetistas (...)

Enfim, todas as relações entre a administração e seus administrados, independente se regidas pelo direito público ou privado, no exercício de atividades públicas. Oportuno se toma dizer que, quando da prática de atos administrativos pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, estes também são objeto do Direito Administrativo, apesar da atividade de administração pública ser função típica do Poder Executivo.

Neste sentido, quando há a nomeação de um servidor, a aplicação de uma penalidade através de processo administrativo disciplinar, a realização de uma licitação pública, essas atividades, independente do poder que a executar, será abrangida pelo Direito Administrativo.

Cumpre-nos assinalar que as normas administrativas não estão codificadas em um único código, como o direito penal, por exemplo. São vários textos de Lei, espalhados em normas ordinárias e complementares, decretos-lei, Medida Provisória, Constituição Federal, entre outros, que dificultam a compreensão de um todo, de uma visão sistêmica desse ramo do direito.

A fonte principal do Direito Administrativo é a Lei, sendo as mais relevantes a Lei 8.112/1990, que versa sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais estatutários; Lei 8.666/1993, que são as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos; Lei 8.987/1995, Lei geral das concessões e permissões de serviços públicos; Lei 9.784/1999, normas gerais aplicáveis aos processos administrativos federais; Lei 11.079/2004, Lei geral das parcerias público-privadas, entre outras, haja vista a importância do princípio da legalidade neste campo (ALEXANDRINO, 2014).

Todavia, não somente a Lei constitui uma fonte jurídica para o Direito Administrativo. A doutrina, as jurisprudências, os costumes, os regulamentos, as instruções normativas, as resoluções e até mesmos as portarias expedidas pela Administração Pública, também são utilizadas como fontes jurídicas.

Como falado anteriormente, o Direito Administrativo tem como seu objeto, controlar a regularidade de atuação dos servidores públicos, que foram investidos em cargo ou função pública, tanto efetivos como transitórios, como nos casos dos cargos comissionados, enquanto a lei lhes der a permissão para pronunciarem a vontade do Estado no exercício da função administrativa, direcionada a satisfazer os interesses da sociedade na promoção do bem comum.

Neste lanço, Costa (1981, p. 2) explica que

A Administração Pública depende da atuação regular dos serviços públicos, no correto cumprimento dos deveres funcionais, para concretizar os misteres de qualidade e eficiência no serviço público, haja vista que o Estado é entidade abstrata, cuja vontade emana dos agentes por ele investidos em cargo público.

Já o Direito Disciplinar, sub-ramo do direito administrativo, de acordo com Sousa (2011, p. 14), organiza um conjunto de obrigações, deveres que fazem parte da função ou dos serviços a que se destinam, sendo seu objeto a responsabilização dos trabalhadores que exercem funções públicas, quando transgridem os deveres gerais ou especiais específicos da natureza da função que exercem e na consequente ação disciplinar.

Justificando que a responsabilização do trabalhador dar-se-á decorrente de uma ação ou omissão deste, que tenha violado os seus deveres como agente público, restando para o conjunto de normas e princípios reguladores disciplinares, defender, efetivamente, os interesses do serviço público.

Enquanto o Direito Administrativo regula a atuação dos servidores, o Direito Administrativo Disciplinar se ocupa das regras relacionadas ao “modelo de conduta funcional” imposto aos funcionários públicos, aplicando-lhes às penalidades regulamentadas em leis, aos que transgredirem os deveres e proibições elencadas nos estatutos do funcionalismo público, como também, cuidando das garantias constitucionais e formalidades relativas ao que tange o caráter processual/procedimental instituída pelo ordenamento jurídico, nos casos, por exemplo, de sindicância e processos administrativos disciplinares, de forma que o Estado apure o cometimento de irregularidades pelos seus trabalhadores, aplicando-lhes sanções disciplinares correspondentes à falta praticada.

Convém ponderar, ao demais, que o regular desempenho das atividades públicas interessa, não só ao Estado, mas também a toda sociedade, na qual depende diretamente da execução eficiente e adequados serviços públicos, pelos agentes, tendo por base os princípios da moralidade e supremacia do interesse público, visto que o cidadão é sempre a parte lesada, pela desídia funcional, pela improbidade do administrador público, pela omissão na defesa dos interesses nacionais e dos bens públicos.

Nesse sentido, Costa Junior (2009, p. 13) afirma que

o objeto genérico da tutela penal dos crimes contra a administração pública é o interesse público concernente ao normal funcionamento e ao prestígio da Administração pública em sentido lato naquilo que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade, ao decoro funcional e ao respeito devido à vontade do Estado em relação a determinados atos ou relações da própria Administração.

2.2O Processo Administrativo

O Direito Administrativo como ramo do Direito Público que tem por objetivo atingir as finalidades e proteger os interesses da Administração pública, em todos os seus ramos de atuação, como os bens públicos, as divisões da Administração, os atos e fatos administrativos, os servidores públicos, entre outros, impõem normas reguladoras no exercício de atos administrativos, desta forma, para que todos esses atos e ações emanadas pela União Federal, Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, se manifestem no âmbito da Administração pública, os entes públicos se utilizam de um procedimento, o qual recebe o nome de Processo Administrativo.

Neste sentido, Gasparini (2005, p. 857) conceitua Processo Administrativo como sendo

em sentido prático, amplo, é o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.

Podemos dizer, dessa forma, que o processo administrativo é o registro a publicidade do ato administrativo, respeitando os interesses do Estado e do cidadão, em meio a lides em que estes estejam inseridos, seja por um fato, seja por um ato que contra si foi cometido.

Neste âmbito, os princípios fundamentais administrativos dão norte aos atos da administração de forma a garantir que estes estejam em consonância com os direitos protegidos pela Constituição Federal de 1988, bem como de orientar a correta interpretação das normas isoladas.

Segundo art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República de 1988, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", desta forma, em todo processo administrativo devem estar presentes a garantia de defesa em parceria com o devido processo legal, com o objetivo de se evitar favoritismos, injustiças ou mesmo perseguições. O Devido Processo Legal apresenta-se como um conjunto de elementos jurídicos garantidores dos direitos fundamentais do cidadão.

Ademais, a Constituição Federal prediz a exigência de um processo formal, havendo a necessidade, por parte da Administração Pública, de, antes de tomar decisões gravosas a uma pessoa, dar-lhe a oportunidade do contraditório e da ampla defesa, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Deve ser assegurado ao cidadão o direito de peticionar ou de responder perante órgãos do poder público, respeitando e ressaltando-lhe a devida medida quanto à instauração, instrução e conclusão do processo.

Roborando o assunto, Mello (2005, p. 115) aduz que

estão aí consagrados, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas.

Como vemos a Administração Pública não poderá atuar contra um funcionário indo logo ao que acredita que seja a decisão cabível, pois terá, antes de qualquer coisa, o dever jurídico de agir de acordo com o contido nos ditames constitucionais.

Além do devido processo legal, outros princípios também atuam no processo administrativo, entretanto, este tema será abordado mais a frente em um capítulo específico.

Segundo a Lei 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, em seu artigo 143,

a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla

defesa.

Neste diapasão, no âmbito da administração pública, os instrumentos de apuração de irregularidades cometidas por servidores públicos, no exercício de suas atribuições, ou que tenham relação com as atribuições do seu cargo, são a sindicância e o processo administrativo disciplinar.

Sob tal ambufação, a Sindicância mostra-se como o meio mais rápido de se apurar irregularidades praticadas pelos servidores públicos. Dela podem resultar a) o arquivamento do processo, b) aplicação das penalidades de advertência ou de suspensão por até 30 dias, ou, c) instauração de processo administrativo disciplinar, se for verificado tratar-se de caso que enseje aplicação de penalidade mais grave.

Quando se tratar de um procedimento meramente investigatório, ao processo de Sindicância não faz jus à observação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, caso seja aplicada, ao servidor, penalidade disciplinar com base apenas no procedimento de sindicância (neste caso um procedimento de sindicância sancionatório), deverá, obrigatoriamente, assegurar ao servidor o contraditório e a ampla defesa prévios.

Mister se faz ressaltar que a Sindicância não é procedimento prévio obrigatório do Processo Administrativo Disciplinar nem faz parte dele, podendo o processo iniciar-se, diretamente, com a instauração do PAD. Cumpre obter, todavia, que as penalidades aplicáveis no caso de sindicância são limitadas a, no máximo, 30 dias de suspensão, caso que, na situação da necessidade de aplicação de pena mais grave que esta, será imprescindível a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, sendo, o processo de sindicância prévio, integrado aos autos do PAD, como peça informativa da instrução, com característica de medida preparatória.

Dá-se a instauração do Processo Administrativo Disciplinar através da publicação da portaria de instauração, designando a comissão encarregada para proceder aos trabalhos de investigação. De acordo com a Lei 8.112/1990, em seu artigo 149, a comissão será composta por três servidores estáveis designados pela autoridade competente que indicará entre estes, aquele que será o presidente da comissão, o qual deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou do mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao acusado.

O servidor que estiver respondendo a Processo Administrativo Disciplinar,

não poderá ser exonerado a pedido nem aposentado voluntariamente, sendo liberado apenas quando da conclusão do PAD, caso, obviamente, não seja aplicada penalidade de demissão.

Quanto ao prazo, a conclusão do PAD não excederá 60 (sessenta) dias contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, a critério da autoridade instauradora, quando as circunstâncias o exigirem. Nesta caso, não são considerados os vinte dias que a autoridade instauradora tem para proferir a sua decisão, ou seja, segundo o Supremo Tribunal Federal, a fase de julgamento acontece depois da conclusão do PAD.

Todavia, quando da ocorrência da extrapolação do prazo conclusivo do PAD, consoante tem se manifestado a Corte Suprema, este não enseja nulidade, aplicando-se o Princípio “Pas nullité sans grief”, exteriorizado no Mandado de Segurança nº 22.055-RS (Revista de Direito Administrativo, vol. 212, abril/julho 98, página 232).

Acrescente-se, que o princípio pas nullité sans grief (não há nulidade sem prejuízo) encontra-se consagrado pelo legislador no artigo 563 do Código de Processo Penal e pela Jurisprudência, na Súmula 523/STF, não devendo ser declarada a nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega.

Neste sentido também aduz Gasparini (2005, p. 869), quando fala que, devido à especificidade do processo administrativo, “em geral não têm prazo de conclusão, e quando isso ocorre esse lapso é facilmente ultrapassado”.

Quanto à decisão de afastar temporariamente o servidor investigado, objetivando que este não atrapalhe o andamento do processo, prejudicando-o, cabe a administração esta decisão. Caso decidido pelo afastamento do investigado deverá a autoridade instauradora, junto no momento da instauração do PAD, a determinação desse ato. Mas, impende, além disso, frisar que o afastamento não se trata de aplicação de penalidade e si de medida cautelar da administração, para garantir a integridade do processo.

Segundo Alexandrino (2014, p. 440), “o servidor, nesta fase, ainda é apenas um acusado e, como não pode estar sujeito ainda à penalidade, o afastamento é feito sem prejuízo da remuneração do servidor”. Se observado que o

processo deve ser arquivado, após as investigações iniciais, o servidor deve retornar as suas funções como se nada tivesse ocorrido.

Sob este tópico, o artigo 147, da Lei 8.112/1990 é claro quando informa que

Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

Como se vê, o período de afastamento é peremptório. O servidor poderá se afastar pelo período de até 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período, quando, finalizado o prazo, cessarão seus efeitos, ainda que não conclusivo o PAD.

A fase de inquérito é dividida em três subfases: instrução, defesa e relatório, sendo a primeira, a fase principal onde ocorre a investigação do PAD.

É na fase de instrução que são apurados os fatos, evidências, depoimentos, oitiva de testemunhas, inspeções, perícias, juntada de documentos, colhimento de informações, laudos e pareceres que irão ajudar na decisão enfim, todos os elementos necessários para confirmar ou refutar as acusações impostas ao servidor, inclusive, relatório de sindicância. Impende salientar que o relatório conclusivo do PAD poderá chegar a conclusões diferentes da Sindicância, não vinculando esta com aquela. Entretanto, caso o relatório da Sindicância tenha apurado algum ilícito penal, cópia dos seus autos deverão ser enviados ao Ministério Público, para que este instaure processo criminal contra o servidor.

Nesta etapa, é assegurado ao servidor o direito de acompanhar todo o processo pessoalmente ou através de procurador, não sendo obrigatório o acompanhamento do processo por advogado, tratando-se de mera faculdade do servidor. O Supremo Tribunal Federal explicitou este entendimento através da Súmula Vinculante nº 5, que diz “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Este ponto será abordado em Capítulo específico mais a frente.

Após todo este procedimento, colhidas todas as provas, a comissão decidirá se o servidor deverá ou não ser indiciado. Ao contrário, se a comissão não

encontrar provas de que houve a infração, o processo será arquivado.

Quanto à fase de relatório, este será feito pela comissão processante e conterá a síntese de todos os fatos apurados durante a instrução processual. Este relatório não vincula a decisão do processo, cabendo à autoridade instauradora acatar ou não, o relatório conclusivo, fundamentando as razões da decisão.

2.3 O Processo Administrativo como garantia fundamental

Em um Estado Democrático de Direito, a aplicação de sanções aos servidores públicos deve ser baseada por limites fixados na Constituição Federal. Desta forma, o processo disciplinar, configura-se, também, como uma garantia ao acusado de que ele exercerá o seu amplo direito de defesa assegurado pelo artigo 5º, LV da CF/88, oportunizando-o a oferecer a sua versão dos fatos imputados, além de lhe proporcionar a chance do oferecimento de provas, observando-se as formalidades e prazos nas intimações, tudo previamente regrado em Lei como preceitua o Princípio do devido processo legal.

Não se admite, pois, a mera admissão da irregularidade ou o conhecimento direto do ato ilícito para imediata punição do agente público, considerando a existência de repercussões gravíssimas de algumas ilicitudes, como por exemplo, a extinção do vínculo público através da demissão. Posta assim a questão, é de se dizer que é de importância fundamental conferir ao acusado a garantia de sua participação em todas as fases do processo administrativo cujo o desenlace poderá ser a punibilidade do acusado. Neste sentido, aduz Ferraz (2000, p. 285) que

somente se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático quando (e onde) possa o administrado participar da feitura do querer administrativo [...] a participação democrática no processo administrativo representa verdadeira contraface do autoritarismo.

Neste sentido deve-se dizer que, aos acusados em processo administrativos são asseguradas a garantia do contraditório e da ampla defesa e que os servidores não serão punidos senão através do devido processo legal, sendo o processo administrativo disciplinar, meio do qual o Estado deve se utilizar para punir

seus funcionários, obedecendo ao rito e princípios jurídicos. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça sentencia que “é nula a sanção que não foi precedida de regular procedimento administrativo-disciplinar”¹.

Neste diapasão, é imprescindível a apuração disciplinar para a legalidade da punição da administração em relação ao seu funcionário. O poder discricionário da administração é limitado não permitindo que um superior hierárquico use da arbitrariedade para punir o seu subordinado. Antes de aplicar a penalidade, a Administração Pública deverá apurar a falta cometida pelo servidor, oportunizando a este fazer a sua defesa. Sem seguir estes requisitos, a punição será arbitrária, ilegítima e invalidável pelo judiciário devido a este ato vir de encontro ao devido processo legal acolhido por nossa Constituição em seu artigo 5º, LIV e LV.

O acusado deverá ter conhecimento prévio do processo administrativo na qual seja indiciado, não podendo ser surpreendido por artimanhas, arbítrio e/ou prazos reduzidos que o impeçam de participar de todo o procedimento administrativo, bem como de exercer a sua defesa, garantindo-lhe os prazos e o cumprimento das formalidade constantes nos dispositivos legais.

Cumpramos, neste passo, que independente de quem seja o servidor que praticou fato que possa gerar uma punição, este está salvaguardado pela proteção do processo administrativo.

Em que pese às razões expendidas, para o senso comum, este trâmite cheio de regras e formalidades pode ser um retardador da punição dos servidores efetivamente culpados, aos quais deveriam ser imediatamente punidos logo do conhecimento das suas faltas pelo superior hierárquico. Entretanto, segundo Carvalho (2012, p. 126),

a concessão de garantias aos inequivocadamente culpados, assim comprovados após a conclusão do devido processo legal, é um preço módico que se deve pagar para que os inocentes tenham também a chance de comprovar o erro na pretensão punitiva estatal, na esfera administrativa.

À luz das informações contidas, a observância das formalidades e do rito do processo administrativo disciplinar baseado na Lei, proporciona ao servidor público a garantia Constitucional de isonomia e de igualdade processual com a Adminis-

¹ ROMS n.º 7449/MA; Dj, p.141, 30 mar. 1998, Rel. Min. Anselmo Santiago, 6ª Turma

tração, no que tange seu poder de influenciar na formação do ato administrativo decisório.

OS PRINCÍPIOS COMO GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

3.1 Os Princípios Constitucionais e o Direito Administrativo

O ordenamento jurídico constitucional é formado por regras e princípios, onde os primeiros se caracterizam por normas jurídicas mais densas, fechadas, aplicadas em relações jurídicas específicas e concretas; e os segundos, mais abertos, flexíveis e genéricos, não existindo diferenças hierárquicas formais entre eles, sob pena da existência de normas inconstitucionais, podendo haver, apenas, uma hierarquização axiológica com o objetivo de conferir aos princípios funcionalidade e operatividade.

Assim, os princípios do direito, de um modo geral, são imprescindíveis em qualquer sociedade, principalmente aquelas sob a égide do Estado Democrático de Direito, pois são estes que norteiam e trazem a segurança da sociedade, propiciando o bem comum, seja para quem for aplicar a lei, seja a quem se destina a sua aplicação. Segundo Poletti (1996, p. 285)

É preciso ter a chave da lógica jurídica que se resume nos princípios gerais do direito. Deles tudo decorre. Quem os conhece, melhor penetrará no universo jurídico e estará apto a resolver os problemas teóricos e práticos.

Destarte, estes princípios não fornecem uma única alternativa ao legislador, conferindo-lhe certa liberdade para agir, traçando um limite entre o constitucionalmente impossível e o constitucionalmente necessário. Quando se materializam através dos atos da administração, especificamente nos processos administrativos disciplinares, objeto deste trabalho, dá um parâmetro coerente, lógico, harmonioso e racional para atuação da Administração pública.

O aplicador do direito deve conformar sua interpretação da norma com os princípios constitucionais e as demais regras jurídicas de modo a guardar coerência

entre todos e a solução final proposta em concreto pra cada caso. Com efeito, esta solução final, ou seja, as penas disciplinares, por exemplo, só poderão ser aquelas elencadas taxativamente na Lei, devido ao princípio da legalidade.

Na doutrina, sobreleva a lição de Carvalho (2012. p. 218), que escreve “além da qualidade inegável de parâmetros hermenêuticos do direito administrativo, os princípios assumem aplicabilidade concreta na praxe da Administração Pública, e elucidam temas difíceis em vários casos”.

Em seu artigo 37, a Constituição Federal de 1988, estabelece cinco princípios básicos na qual submetem a administração pública direta e indireta, quais sejam

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Roborando o assunto, a Lei nº 9784/99, que regula, de modo geral, o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, proclama, que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Juntos, estes princípios dão direção aos atos da administração e de seus administrados em meio à instância pública administrativa.

A guisa de exemplo, podemos citar como aplicação dos princípios e garantias constitucionais sobre o processo administrativo disciplinar, que as formas previstas em lei deverão ser respeitadas pela comissão processante de acordo com o princípio do devido processo legal; as decisões e atos, o relatório final e parecer do órgão jurídico deverão estar baseados no conjunto de provas acostadas aos autos de acordo com o princípio da motivação; a pena aplicada deverá ser proporcional em conformidade com a gravidade do ato, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, etc.

3.2 Princípios Administrativos x Princípios Fundamentais do Cidadão

Como dito anteriormente, os princípios administrativos (incluindo os do processo administrativo elencados na Lei nº 9784/99), dão credibilidade ao ato administrativo praticado pela administração pública, no cumprimento da lei, obedecendo à publicidade e à moralidade, buscando a eficiência do bom serviço público, praticando-o de modo impessoal, buscando prestar o serviço público em prol dos administrados.

Por outro lado, a esses administrados são asseguradas garantias constitucionais que tem a função de tutelar seus direitos, prevenindo e remediando suas violações, prezando pela legalidade.

Previstos na Constituição Federal de 1988 como cláusulas pétreas, as garantias e direitos individuais estão relacionadas no artigo 5º, apesar de também poderem estar localizados em outras partes da Constituição. Sob tal ambulação, merecem proteção especial, sendo considerados verdadeiras bases do Estado Democrático de Direito.

Apresentados de forma expressa na Constituição Federal, especificamente no Artigo 5º, inciso LV, *in litteris*: “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”, os princípios do contraditório e da ampla defesa conferem aos titulares dos direitos fundamentais, quando inseridos em um processo, meios, técnicas, instrumentos e procedimentos para exercerem seus direitos e impor respeito, chegando à conclusão de que as garantias não são um fim em si mesmas, mas servem de instrumento para tutelar outros direitos. Outrossim, conferem ao processo administrativo uma regra geral de seu conteúdo quanto ao contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes, como também, da à previsão de exigibilidade entre os litigantes.

Segundo Carvalho (2012, p. 270)

O contraditório emana do direito à defesa, inerente a concretização da justiça, pois não se pode conceber que alguém seja punido sem sequer seja ouvido, sem dispor da oportunidade de trazer as suas razões para os fatos ou de produzir as provas de sua inocência.

Neste sentido deve-se dizer que o princípio do contraditório decorre de uma dialética processual, no caso do processo administrativo disciplinar, de um procedimento conduzido sob uma ótica dualista, onde o administrado participa na

integralidade de todos os atos praticados pelo administrador público, no exercício de influenciar na decisão a ser proferida, tomando conhecimento de tudo, principalmente das provas a ele desfavoráveis, para reagir e colocar seu ponto de vista acerca dos fatos debatidos nos autos.

Com efeito, podemos dizer que, na prática, este princípio se materializa quando do pronunciamento do acusado em todas as fases do processo administrativo, na sua tomada de ciência dos atos processuais, na impugnação de documentos, na formulação de perguntas, de contradita, reinquirição e acareação de testemunhas, entre outros. Como bem denota Bacelar Filho (1998, p. 192)

o princípio do contraditório implica a produção de provas na presença das partes e com igual direito a tomar parte nos debates, a ciência oportuna e leal dos atos processuais, inclusive diligências e documentos juntados pela autoridade, além do dever de exibição de documentos e coisas aos acusados e litigantes.

Já o princípio da ampla defesa, é a cláusula pétrea que garante constitucionalmente que qualquer pessoa ofendida, pode utilizar-se dos meios e recursos peculiares para se defender. É o direito do acusado de produzir provas e contraprovas, de oferecer razões defensórias, de participação ativa e passiva na atividade instrutória. A ampla defesa se refere ao direito do acusado de ser ouvido. De dar a sua versão dos fatos, de justificar a sua atitude e seu comportamento em determinada situação.

Neste sentido, esta defesa deve ser vasta, dando a oportunidade ao servidor comprovar a sua inocência, expor os motivos que o levaram a praticar (ou não) tal conduta, bem como rebater quanto a pretensão punitiva da Administração, ou até solicitar a nulidade do ato para que a administração não possa puni-lo, enfim, tomar qualquer atitude em prol de si mesmo pois, segundo Rezende (2002, p. 35): “o ato de defesa é um direito constitucional e natural de qualquer ser humano que se vê envolvido em um processo. O primado da defesa, se violado, configura o injusto e o ilegal”.

O inciso LIV, do artigo 5º, por sua vez, aduz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, conferindo a este princípio constitucional um campo de abrangência mais amplo, assegurando ao indivíduo e

ao administrador público a regularidade e racionalidade do exercício do poder estatal como um todo.

Neste diapasão, este princípio colima pela aplicação da Lei, ainda que em processos mais simplificados como nas sindicâncias. Cabe a Administração Pública observar as formalidades e os trâmites essenciais ao respeito das garantias e princípios que adornam o processo administrativo, pois deve ser assegurado ao cidadão um mínimo de previsão da conduta estatal, da forma e dos procedimentos que o Estado deve seguir para punir seus administrados.

Afirma Bacellar Filho (1998, p. 130), que a fixação de regras de conduta para atuação da Administração Pública na solução de conflitos “é pressuposto da concretização da democracia, dada a necessidade de prévio conhecimento dos poderes e limites da Administração em face dos cidadãos”. É a garantia do acusado contra os arbítrios da Administração Pública.

Desta forma, o inciso LIV do artigo 5º conjugado com o inciso LV do mesmo artigo, inserem no processo administrativo disciplinar os direitos e garantias fundamentais ao indivíduo.

Cumpra obtemperar que ao atribuir status constitucional ao processo administrativo, colocando-o entre as garantias fundamentais da Constituição, o legislador constituinte empenhou-se em dar-lhe um tratamento particularizado, condicionando a ação do legislador infraconstitucional e do administrador público. Como se observa, o legislador não é independente ao esculpir a disciplina legal do processo administrativo, ficando a sua discricionariedade conservada em relação às áreas não cobertas pelas garantias constitucionais. Desta forma, o legislador deve observar a aplicação das garantias constitucionais processuais no estabelecimento de formas de resolução de conflitos.

Destarte, não se pode olvidar que a Constituição não pretende esgotar o tratamento do processo administrativo, mas prever apenas o mínimo de condições a que o legislador está necessariamente laçado, de forma a considerar inconstitucional aquilo que for de encontro ao básico garantido ao indivíduo através dos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade das leis.

3.3 Princípio da Eficiência: informalismo como contribuição para a celeridade do processo administrativo x fragilidade da defesa do servidor

Introduzida pela reforma administrativa advinda da Emenda Constitucional nº 19 e 20, de 1998, o princípio da eficiência, objetivou a modificação da forma de atuação do Estado, que passaria da gestão burocrática para o modelo gerencial da máquina administrativa, utilizando-se de aparelhagens típicas do Direito Privado para a melhoria das atividades administrativas, impregnadas pela morosidade, lentidão, incompetência e descaso, tradicionais do exercício da atividade pública.

Conforme conceitua Moraes (1999, p. 30)

Assim, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

A eficiência, portanto, coloca ao administrador público o dever de agir com presteza, atuando de forma a atingir a finalidade intencionada pela lei, o atendimento do interesse público, constituído como o real e pleno interesse dos cidadãos.

Sobre a eficiência também aduziu Meirelles (1996, p. 90-91) citando que

o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos, para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Complementando o conceito, Di Pietro (2002, p. 83) confirma que a eficiência da administração está pautada pela qualidade, presteza e resultados positivos, estabelecendo uma obrigação, pela Administração Pública, de mostrar funcionalidade, qualidade e celeridade nos assuntos de interesses coletivos.

O cerne deste princípio é de privilegiar a aferição dos resultados, ampliando a autonomia dos entes administrativos e redução do controle das atividades-meio. Ainda segundo Di Pietro, este princípio apresenta dois aspectos: a forma de atuação do ente público, esperando um melhor desempenho das suas atribuições na obtenção dos melhores resultados; e em relação à organização,

estrutura e disciplina da Administração Pública, exigindo que esta seja o mais racional possível, objetivando alcançar os melhores resultados na prestação dos serviços públicos.

Desta forma, o administrador público ao se deparar com várias soluções viáveis, deve escolher aquela que mais diminua e dê resposta à demanda pública da forma mais eficiente possível.

Neste diapasão, para a efetivação do processo administrativo disciplinar, entendendo este não como um fim em si mesmo, mas o instrumento para a resolução dos conflitos de interesses e pacificação social, os atos processuais não seguidos pelos regramentos determinados por Lei serão válidos, desde que tenha alcançado o resultado para o qual foi previsto.

Não obstante ao acima aduzido, é de ser relevado que o órgão responsável pelo PAD seja tempestivo na solução do conflito, para que o servidor/cidadão tenha solucionada sua demanda em momento oportuno, satisfazendo suas necessidades. Assim, como aduz Voltaire “a justiça fora do tempo é injustiça”.

Na busca por uma solução eficiente e da celeridade do processo administrativo, a desnecessidade de um advogado para a defesa do servidor torna este frágil em suas alegações, levando-o a perecer diante de uma conclusão negativa. Vejamos a Jurisprudência do STF quanto ao tema

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. JUIZADO ESPECIAL. PRESENÇA DO ADVOGADO. IMPRESCINDIBILIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. LEI 9099/95. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE DA NORMA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. FACULDADE DA PARTE. CAUSA DE PEQUENO VALOR. DISPENSA DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE.1. Juizado Especial. Lei 9099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes.ADI 1539 UF Relator(a):MAURÍCIO CORRÊA, 24/04/2003, Tribunal Pleno, Publicação: DJ 05-12-2003 PP-00017 EMENT VOL-02135-03 PP-00398

Como se observa, a busca da celeridade relatada na ementa transcrita acima mostra que o sistema, por vezes, viola os princípios Constitucionais de justiça que dão sustentação ao Estado de Direito Democrático. Impõe-se dissecar, o ponto, para melhor evidenciar tal afirmação, os dizeres de Streck (2009, p. 114/115), quando diz

Nesse sentido, a pretensão efetiva é de que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição.

Como bem denota o autor, a Constituição não é uma simples ferramenta ou algo que está colocada entre o Estado e a Sociedade. A nossa Carta Magna dirige a sociedade e o Estado, as constitui, não significando uma faculdade para aplicação de um ou outro dispositivo/princípio, seja ele menos ou mais significativo. Ela possui força normativa de aplicação efetiva e não discricionária.

A DEFESA TÉCNICA E SUA BASE JURÍDICA

4.1 A Defesa no Processo Administrativo Disciplinar

O direito a defesa no ordenamento jurídico brasileiro, teve seu início a partir da Constituição de 1891, mas apenas na instância penal. Na Constituição de 1967, ainda que o direito à defesa estivesse garantido unicamente aos processos onde houvessem acusados, a mesma já dava sinais da importância desta garantia aos processos administrativos contenciosos. Neste sentido, ao comentar sobre a referida Constituição, em seu artigo 150, § 15, Miranda (1971, p.233), aduziu que

A defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo ou policial. O princípio nada tem com o processo civil, onde há réus sem direito à defesa antes da condenação.

Nota-se que, apesar de o direito à defesa não estar constitucionalizado, nos processos administrativos já poderíamos inferir a incidência da garantia constitucional nos casos de processos contenciosos, como acima aludido.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o direito de defesa (contraditório e ampla defesa), passou a incidir em qualquer processo onde houvesse litigantes e acusados em geral, ampliando a aplicação deste princípio a qualquer cidadão. Neste seguimento, afirmou Bastos (1989, p. 122)

É certo que já havia, debaixo da constituição anterior, um labor extremamente meritório, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, no sentido de estender as garantias em questão além do processo penal. A nova redação do texto, contudo, tem o condão de constitucionalizar esta tendência, positivando-a, a nível do direito expresso

Sob tal ambulação, com a Constituição de 1988, a defesa passou a ser imprescindível a democracia, garantindo ao réu, a possibilidade de trazer aos autos todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade, surgindo como um instrumento limitador das arbitrariedades do Estado nos processos administrativos disciplinares, assegurando as condições para que a defesa seja ampla e justa.

Em linhas gerais, a defesa impede que o processo acabe em uma luta desigual, em que é dada apenas a uma das partes o direito de argumentar e produzir provas. Neste sentido é que a defesa é um instituto que caracteriza o aspecto dialético do direito na Constituição de 1988, buscando revelar a verdade analisando o argumento das partes culminando com a decisão do julgador.

Este Estado Democrático de Direito advindo com a constituição vigente, que deu origem aos princípios do contraditório e a ampla defesa, não permite a imposição ou diminuição de direitos sem que seja proporcionado o devido processo legal, sujeitando-se à invalidação pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração Pública, com fulcro no princípio da autotutela.

Neste diapasão, Ferraz e Dallari (2007) aduzem, que a efetiva realização do princípio democrático só se efetiva com a participação do administrado da feitura do querer administrativo, sendo imprescindível assegurar a este o postular na administração, com as mesmas garantias dadas no processo jurisdicional, particularmente, as garantias do contraditório, da prova, do recurso e da publicidade.

Como se depreende, este querer administrativo só pode surgir em sintonia com as garantias asseguradas pela Constituição Federal. Neste sentido aduz Bandeira de Mello (2004, p. 476)

(...) o procedimento administrativo complementa a garantia da defesa em sede jurisdicional por dois ângulos: de um lado porque – uma vez disciplinada a conduta administrativa desde o 1º ato propulsivo até o ato final – impede que os interesses do administrador sejam considerados 'ex post facto', vale dizer, depois de atingidos, pois oferece oportunidades ao interessado de exhibir suas razões antes de ser afetado.

Em consonância com estas garantias, surge no âmbito do processo disciplinar, a importância da efetividade da ampla defesa do acusado. Neste diapasão, e diante do que preceitua a nossa Constituição Federal em seu artigo Art. 133, que aduz a indispensabilidade do advogado na administração da justiça, apenas com a participação efetiva deste profissional habilitado, é que poderemos garantir a defesa ampla do servidor processado, resguardando-se, com isso, o devido processo legal.

Ademais, a inserção dos incisos LIV e LV, no artigo 5º da Constituição Federal, sob o Título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", demonstra que o Estado tem sua limitação de atuação, não podendo cercear a liberdade e propriedade individuais, antes de um processo, de acordo com o devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Aduzem os dispositivos, *in litteris*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Art. 5º, LIV) e “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” (art. 5º, LV).

Analisando os dispositivos Constitucionais, podemos aferir que os mesmos não fazem distinção entre processo judicial ou processo administrativo disciplinar, garantindo, expressamente, as garantias dos princípios fundamentais ao âmbito administrativo.

Insta afirmar que a doutrina administrativa adota a terminologia "processo administrativo" decorrente da generalidade da Ciência Processual, lógico, sem esquecer a aplicação de princípios e regras pertinentes ao Direito Administrativo.

Cai a lançar notar que a Administração Pública dois papéis: a de interessada e também a de responsável pela instrução e julgamento, a mesma traz a tona a dúvida quanto a sua imparcialidade no julgamento. Desta forma, objetivando efetivar a imparcialidade, faz-se necessário, mais ainda, a exigência da

aplicação dos princípios constitucionais do devido processo legal, no âmbito do Processo administrativo.

4.2 A Defesa Técnica por advogado e seus aspectos jurídicos. Posicionamento dos Tribunais Superiores

O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição de 1988, tem a obrigação de garantir e proteger os princípios fundamentais, sejam eles individuais, coletivos ou difusos, com o objetivo de combater as possíveis máculas a estes princípios advindas do poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Para que sua atuação seja efetiva, utiliza-se de instrumentos para garantir as suas decisões, como o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade de lei e atos normativos, seja de âmbito federal ou estadual; ações declaratórias de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais; arguições de descumprimento de preceitos fundamentais decorrente da própria Constituição, entre outros.

Com a Emenda 45/2004, o Supremo Tribunal Federal, obteve mais um instrumento de proteção da Constituição: a Súmula Vinculante, tendo esta por objetivo, validar, interpretar e tornar eficazes normas determinadas, sobre as quais haja discordância entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que leve a uma profunda insegurança jurídica e grande aumento de processos sobre questões similares.

Neste sentido, o STF criou a Súmula Vinculante n. 5, que traz uma restrição à ampla defesa, assegurada no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição de 1988.

Aduz a seguinte Súmula que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

É sobretudo importante assinalar que, a referida súmula vinculante surgiu em face do Recurso Extraordinário 434.059, de relatoria do ministro Gilmar Mendes.

Justificou o Ministro acima que

Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em

questão. Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. (...) Nesses pronunciamentos, o Tribunal reafirmou que a disposição do art. 133 da CF não é absoluta, tendo em vista que a própria Carta Maior confere o direito de postular em juízo a outras pessoas. (RE 434059, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 7.5.2008, DJe de 12.9.2008)

Cumpre-nos observar que o ministro do STF deu a norma Constitucional uma interpretação restritiva, afastando a intervenção da advocacia no cumprimento do seu papel de defender a ordem jurídica.

Além disso, complementando sua justificativa, ressaltou o Ministro que, mesmo em processos judiciais de âmbito penal, como na revisão criminal e habeas corpus, bem como na Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais, é admitida a dispensa do advogado, reafirmando, ainda que o dispositivo do art. 133 da CF, não é absoluto, conferindo a Constituição, o direito ao cidadão de postular em juízo.

Outro não é o escólio da Ministra Carmem Lúcia, que tece considerações no mesmo sentido, complementando que:

Se analisarmos as obras e as monografias, veremos que este é um capítulo muito especificado hoje. A doutrina tem entendido que só em dois casos o servidor poderia falar: quando alega e comprova que a questão é complexa, exige certo conhecimento que escapa ao que lhe foi imputado, vindo a manifestar-se como inapto para exercer a autodefesa; e nos casos especificados, em que essa facultatividade não seria bastante para não se ter mais do que um simulacro de defesa. (RE 434059, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 7.5.2008, DJe de 12.9.2008)

Acontece que o servidor, sem orientação de um advogado, deixa para fazer as alegações de que a questão é complexa ou que sua defesa restou prejudicada na instância judiciária quando estará amplamente acompanhada pelo seu patrono, e não no próprio procedimento administrativo, pois estará exercendo a autotutela, sem a competência quanto ao conhecimento das Leis e dos direitos para tal. Não estamos nos referindo a incompetência do servidor quanto a matéria própria do seu trabalho, mas sim, quanto ao desconhecimento da matéria administrativa, do processo como um todo, da identificação de nulidades, dos direitos e deveres

constitucionais. Ademais, ao ser aprovada a Súmula nº 5, foi tirada da Administração Pública o ônus de fornecer um advogado para a defesa técnica do trabalhador no processo administrativo disciplinar.

Ora, não obstante a questão discutida no PAD ser simples ou complexa, qualquer das duas, se mal defendida, pode resultar em demissão, cassação de aposentaria, consequências graves na vida do funcionário.

Um servidor/cidadão, que não seja advogado, não teria condições de, em qualquer situação, seja complexa ou não, se defender em um processo administrativo disciplinar, sem o acompanhamento deste profissional.

Além disso, difícil conceber que um trabalhador, envolvido emocionalmente com o fato pelo qual a Administração está lhe acusando, obtenha discernimento para realizar sua própria defesa. Ademais, a Administração Pública goza da situação de ter toda uma estrutura técnica preparada para julgar aquele servidor situado na parte mais fraca do contencioso.

Impende ressaltar que na instância administrativa é desnecessária a defesa técnica por advogado em que este, por exemplo, possa vir a receber a pena de demissão, contudo, se este mesmo tema ocorre em uma instância judicial, a falta de defesa técnica por advogado é passível de nulidade absoluta por contrariar o artigo 133 da CF/88.

Cumprido o dever, que o indiciado no PAD, quando assistido por um advogado, terá mais certeza de que seus direitos estão sendo respeitados e que, caso haja alguma afronta às garantias asseguradas pela Constituição, este estará á postos para defendê-lo.

Como vemos, o STF, ao criar a Súmula nº 5, dispensou o direito de defesa aos litigantes, expressamente, retirando da Advocacia o papel da administração da justiça, infringindo os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

À guisa de exemplo, faz-se necessário analisarmos alguns dispositivos da Lei nº 14.728/85, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município do Recife, que dificultam a independência de o servidor defender-se, pessoalmente

Art. 188 Ao funcionário é proibido:
'omissis'

II - referir-se, à autoridade ou a atos da Administração Pública de modo depreciativo, em informação, parecer ou despacho, podendo, porém, em trabalho assinado, criticá-los do ponto de vista doutrinário ou da organização do serviço;

'omissis'

IV - promover manifestação de apreço ou desapreço e fazer circular ou subscrever listas de donativos no recinto do trabalho.

Como se observa, os dispositivos acima nos remetem a algo subjetivo, deixando margens para interpretações discricionárias a favor da administração, trazendo para o acusado maior dificuldade e insegurança na hora de sua defesa durante todo o processo.

Alegou ainda, o Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 434.059, que garantindo o direito à informação, manifestação e consideração dos argumentos manifestados, assegurada estava à ampla defesa, sendo exercida plenamente de acordo com o que preceitua o Art. 5º, LV da CF/88.

Como dito anteriormente, a ampla defesa é a cláusula pétrea que garante constitucionalmente que qualquer pessoa ofendida, pode utilizar-se dos meios e recursos peculiares para se defender. É o direito do acusado de produzir provas e contraprovas, de oferecer razões defensórias, de participação ativa e passiva na atividade instrutória, mas essa participação tem que ser plena, técnica e não por um leigo, caso dos acusados em processo administrativo.

É inegável que as justificativas apresentadas pela Colenda Cortepara a criação da Súmula Vinculante nº 5 revelam que os Princípios Constitucionais estão sendo colocados como responsáveis pelo aperfeiçoamento de normas que se encaixem dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, como se observa, nos casos de determinados processos judiciais, como no Habeas Corpus, na revisão criminal, em causas da Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais, onde foi possibilitada a dispensa da presença de advogado, com o objetivo de "tornar mais célere e menos oneroso o acesso a justiça", buscando tornar este acesso mais simples, rápido e efetivo, sem maiores despesas e entraves burocráticos. Ora, oneroso para quem?

É bem verdade que o Estado, ao não garantir um defensor dativo ao indiciado em processo administrativo disciplinar, onde o ônus de constituir um procurador será do acusado e não da Administração Pública, torna a dispensa da presença do advogado um "ganho" para o funcionário. Acontece que este, sem ter

condições financeiras de arcar com este ônus, ficando responsável pela sua própria defesa, estará em total desequilíbrio em relação ao inquisidor.

Neste sentido, percebemos que as interpretações dadas aos dispositivos Constitucionais beneficiam não o cidadão, mas sim o Estado que não consegue suportar o ônus de disponibilizar defensores suficientes para atender as demandas (que são muitas!) nas instancias administrativas.

Como se observa, podemos nos remeter a Teoria da Reserva do Possível, onde, segundo Sarlet (2003, p. 286) para a efetivação dos direitos fundamentais estes “ficam na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor”.

Complementa a autora, que é obrigação do legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação dos recursos públicos

inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente ompetencial.

Como se depreende, a teoria da “Reserva do Possível” passou a ser utilizada como argumento do Estado para não exercer o seu papel de provedor das necessidades da sociedade como a efetivação dos direitos fundamentais, posição conferida a este pela própria Constituição. Era o Estado que tinha que se adequar aos Princípios/Leis e não o funcionário.

Impende frisar que antes da Súmula Vinculante ora em apreço, estava vigente a Súmula nº 343, do Superior Tribunal de Justiça que reiterava a importância de se garantir a ampla defesa e o contraditório nos processos administrativos disciplinares. Aduz a Súmula que “é obrigatória à presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. Como vemos, ao criar a Súmula Vinculante nº 5, o STF editou súmula sobre questão que não possui lei versando a seu respeito, desrespeitando de forma direta um dos objetivos da súmula vinculante, qual seja: “A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas” (Art. 103-A, § 1º, CF/88)

Além disso, o Estatuto da Advocacia, Lei n. 8.906/94, também explicita a essencialidade do advogado em seu art. 2º, caput, e § 1º, “Art. 2º. O advogado é

indispensável à administração da justiça. § 1º. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”. Neste passo, não existe Lei dispensando a defesa técnica por advogado, por isso a Súmula Vinculante não analisou a validade ou eficácia de norma nesse ponto, nem mesmo lhe deu uma interpretação em sintonia com a Constituição. Essa súmula nasceu de um procedimento similar ao do processo legislativo, ou seja, o Pretório Excelso legislou neste caso.

Com a Súmula Vinculante nº 5, a Lei passou a estar a favor do Estado hipersuficiente e não ao cidadão hipossuficiente.

Por tais razões, não podemos admitir a desnecessidade da defesa técnica por advogado, bem jurídico essencial para frear arbitrariedades da Administração Pública. Desta forma, cumpre-nos observar o teor da Súmula nº5, pois ela atinge diretamente, além dos princípios registrados no tema desse trabalho, como também o de que todos são iguais perante a lei, princípio fundamental de um Estado Democrático de Direito.

4.3 Defesa frágil ou inexistência de defesa?

Como dito no item anterior, a justificativa dada para a aplicação da Súmula nº 5, pelo Ministro do STF Gilmar Mendes, foi que garantindo o direito à informação, manifestação e consideração dos argumentos manifestados, assegurada estava à ampla defesa, sendo exercida plenamente de acordo com o que preceitua o Art. 5º, LV da CF/88.

A ampla defesa garante a qualquer pessoa a utilização dos meios e recursos peculiares para se defender. É o direito do acusado de produzir provas e contraprovas, de oferecer razões defensórias, de participação ativa e passiva na atividade instrutória.

Acontece que esta defesa tem que ser plena, técnica e não por um leigo, caso dos acusados em processo administrativo disciplinar.

A defesa apresentada por leigo perante a Administração durante um PAD pode ser considerada ausência de defesa, no sentido de que não se pode garantir que o servidor tenha conhecimento técnico suficiente para assegurar a aplicação dos princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, Ampla Defesa e do contraditório.

Outra questão relevante consiste que a Administração Pública terá sempre maiores condições técnicas, munido-se de pareceres emitidos por órgãos especializados, Assessores Jurídicos, Procuradores, servidores altamente capacitados, demonstrando total desigualdade perante o acusado, o que afronta as garantias constitucionais do processo, dificultando, também, o entendimento do servidor quanto ao caso.

Não podemos confundir defesa frágil com ausência de defesa. Entende-se por defesa frágil quando o defensor não tem elementos fáticos suficientes para uma melhor defesa, bem como, quando o acusado não possui a totalidade das informações para que possa fazer uma defesa plena. Compete ao acusado esclarecer ao seu defensor sobre os fatos para que ele possa, sobre eles, estruturar a defesa técnica.

Impõe-se dissecar, o ponto, para melhor evidenciar que no caso dos acusados em PAD, ocorre a ausência dessa defesa técnica. Faltam no indiciado, atributos do profissional que se preparou através de uma graduação de cinco anos e confirmou suas habilidades e competência através do Exame Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

O próprio Judiciário já é unânime que defesa frágil, quando prejudicial, é igual à inexistência de defesa. Neste sentido podemos citar a súmula 523 do STF, que aduz “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Neste sentido Gasparini (2005), com base no princípio da ampla defesa afirma quanto à necessidade de defensor no PAD, aduzindo que todo o indiciado deveria ter o seu defensor. Acrescentou, ainda, que o mesmo tem que ter “pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam e possam ser livremente debatidas essas provas ao mesmo tempo em que se ofereçam as outras”.

Ao Estado está posta a obrigação de dispor ao acusado, que não tenha recursos, advogado e não permitir que se pratique ato processual sem a assistência deste defensor.

Insta, ainda, observar que ao servidor é disponibilizada a faculdade de requerer um Defensor Público para atuar em sua defesa, basta que o mesmo solicite este profissional. Para tal, precisa comprovar a sua hipossuficiência econômica, conforme se verifica no disposto nos artigos 1º; 4º, inc. IX; e 18, inc. VII, da Lei

Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas para sua organização nos Estados, estabelecendo *in litteris*

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei.

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

'omissis'

IX – assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os recursos e meios a ela inerentes.

Art. 18. Aos Defensores Públicos da União incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes, especialmente:

'omissis'

VII – defender os acusados em processo disciplinar.

Acontece que esta instituição é assoberbada de processos e poucos profissionais disponíveis para as causas administrativas. Do mesmo modo acontece com os advogados dos Sindicatos que se encontram na mesma situação, suportando um ônus que constitucionalmente seria do Estado.

Ora, é através da efetivação dos princípios da ampla defesa e do contraditório que o acusado poderá apresentar plenamente todos os argumentos necessários para oferecer uma versão diferente da que está sendo acusado, onde o seu advogado, profissional capacitado, interpretará as leis, normas e princípios dispostos no ordenamento jurídico, e os aplicará de acordo com o caso concreto.

Apenas quando o processo administrativo percorre todos os seus trâmites, respeitando os direitos dos envolvidos, principalmente do indiciado, é que a penalidade poderá ser aplicada legítima e validamente.

Admitir a autodefesa aos agentes públicos, principalmente, daqueles que não possuem formação técnica em direito, nos processos disciplinares em que estejam sujeitos a sanções graves, é o mesmo que deixá-los sem defesa.

CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho de conclusão de curso, foram analisados os aspectos gerais do Direito Administrativo enquanto norteador da atividade da administração pública e de seus integrantes, fazendo um recorte para o Processo Administrativo, visto que este é o instrumento formal garantido pela Constituição Federal de 1988 nas lides entre o servidor e a Administração Pública, protegendo o primeiro das arbitrariedades e desmandes do segundo.

Em outro momento foram analisados os Princípios Constitucionais Fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal, dando mais ênfase aos do Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório, colocando-os como imprescindíveis para um Estado Democrático de Direito, garantindo a regularidade da conduta estatal, ao mesmo tempo dando um limite a este no exercício do seu poder, proporcionando ao cidadão o direito a uma defesa justa com todos os meios e recursos firmados na Lei.

Em seguida, foi analisado o Princípio da Eficiência enquanto mola propulsora da atuação da administração, em que esta prioriza a aferição dos resultados, buscando uma solução eficiente e célere para aos atos da administração,consequentemente, aos processos administrativos, onde a desnecessidade de um advogado para a defesa do servidor, na busca por esta “eficiência”, torna este frágil em suas alegações, levando-o a perecer diante de uma conclusão negativa.

Por seu turno, foi analisada a defesa técnica e sua base jurídica, confirmando que a defesa impede que o processo acabe em uma luta desigual, evitando que só uma parte da lide exponha sua verdade dos fatos,evidenciando, assim que o direito na CF/88 é um processo dialético, que busca revelar à verdade analisando os argumentos de ambas as partes, culminando, ao final, com a decisão do julgador.

Ademais, foi demonstrada a imprescindibilidade do advogado na defesa dos direitos do cidadão no Processo Administrativo Disciplinar, bem como a legislação que dá suporte a legalidade da sua atuação, analisado os posicionamentos dos tribunais superiores como o STJ e do STF, em relação ao tema.

Ainda, foram demonstradas as consequências negativas para os servidores com a aplicação da Súmula Vinculante nº 5, no sentido de que ao dar uma interpretação de baixa efetividade aos direitos individuais, com a desnecessidade de defesa técnica por advogado, o STF afrontou a normativa Constitucional, com implicações contrárias ao que preceitua o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, negando, também, o Estado Democrático de Direito.

O objetivo geral deste trabalho aprofundou o conhecimento e o debate sobre a defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar, demonstrando que este é imprescindível à administração da justiça, conforme preceitua o artigo 133 da CF/88, garantindo a defesa plena dos servidores, com independência e autonomia, nas lides com a Administração Pública.

O estudo trabalhou com a hipótese de que a desnecessidade de defesa técnica no processo administrativo Disciplinar ofende aos princípios do cidadão quanto ao Devido Processo Legal, Ampla Defesa e ao Contraditório.

A hipótese foi confirmada, uma vez que restou demonstrado, ao analisar o que preceituam os princípios fundamentais constitucionais, a doutrina, a legislação como um todo e os posicionamentos dos tribunais superiores, que a Súmula nº 5, ao dispensar a presença do advogado durante o PAD, feriu, diretamente, os princípios do cidadão quanto ao Devido Processo Legal, Ampla Defesa e ao Contraditório.

Por fim, ao retirar a defesa técnica obrigatória no PAD, que faz parte da ampla defesa preceituada constitucionalmente, o ônus de dispor de um advogado, passou a ser do servidor e não do Estado, dando subsídios para que o executivo das instâncias federal, estadual, distrital e municipal, flexibilize efetivamente a estabilidade do servidor público, pois nem sempre o acusado em PAD tem condições financeiras para arcar com este custo, bem como as Defensorias Públicas estão assoberbadas de processos, dificultando, assim, a defesa plena do servidor no decorrer da instrução processual administrativa.

A sociedade organizada através dos operadores do direito ou dos organismos de proteção dos trabalhadores em geral, deve buscar junto ao STF para que este reveja sua posição, com o objetivo de dar uma nova interpretação aos dispositivos legais que assegurem a ampla defesa técnica por advogado, garantido, assim, ao servidor público, a força normativa da Constituição.

Finalizando, é importante que cada cidadão exija do Estado o estrito cumprimento de seus deveres com cada qual, individualmente e com todos, buscando a proteção e garantias das normas e princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 22ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 192.

_____. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **SÚMULA VINCULANTE Nº 5**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mai. 2008.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública**. 3ª. ed. rev. Atual, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do direito disciplinar**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, Nelson Nery. *Processo Administrativo e suas espécies*. 4º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ, Sergio. **Processo administrativo: prazos e preclusões**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo (Coord.) **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. Res. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. Res. e atual. Até a EC 57/2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1971.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JR. Paulo José da. **Dos crimes contra a Administração Pública**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito**. 3. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996.

RECIFE, **Estatuto dos Funcionários Públicos do Município do Recife**; Lei nº 14.728/85, que dispõe sobre o regime jurídico-administrativo dos funcionários públicos do Município do Recife.

REZENDE, Adriana Menezes de. **Do processo administrativo disciplinar e da sindicância**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOUSA, Rui Correia de. **Estatuto disciplinar dos trabalhadores que exercem funções públicas: anotado e comentado**. 2. Ed. Atual. E aum. Lisboa: Quid Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.