

TRATADO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

COORDENAÇÃO



**ATO ADMINISTRATIVO
E PROCEDIMENTO
ADMINISTRATIVO**



ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO
RICARDO MARCONDES MARTINS

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
Coordenação

ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO
RICARDO MARCONDES MARTINS
Autores

VOLUME 5

ATO ADMINISTRATIVO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO



© desta edição [2015]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite o nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [11 – 2014]

Profissional

Fechamento desta Edição [15.10.2014]



ISBN 978-85-203-5597-8

ISBN Coleção 978-85-203-5550-3

A efetividade do contraditório pode ser traduzida como reação necessária. Onde o contraditório é efetivo, a defesa é obrigatória. O diálogo é imposto, mesmo na omissão da parte acusada, em face da indisponibilidade do direito material.

Foi essa a orientação da Lei 8.112/1990 ao estabelecer, no art. 164, § 2.º, a obrigatoriedade da nomeação de defensor dativo ao servidor revel, acusado no processo disciplinar, já que este é o instrumento para aplicação de sanções consideradas graves (suspensão por mais de trinta dias, demissão, cassação de aposentadoria ou de disponibilidade e destituição de cargo em comissão). Omitiu-se, todavia, em relação à sindicância, procedimento para apuração de sanções mais leves (advertência e suspensão até trinta dias). Tem-se contraditório efetivo somente no primeiro caso.

Ao comentar o art. 24 da Constituição italiana, Eduardo Grasso afirma que o contraditório pode ser visto como mecanismo destinado a assegurar equilíbrio entre as partes na competição. Funcionará como subterfúgio para descobrir o plano do adversário, neutralizar sua ação, trazer à tona os seus erros. Ao fim, o juiz dá razão (o prêmio) a quem lhe convence melhor. Todavia, apesar da competição, o processo não deve governar-se como um combate ou como um jogo ligado somente a interesses egoísticos. É mais bem traduzido como diálogo, em que as partes, a partir de suas posições contrapostas e mantendo liberdade de ação, submetem-se a regras apropriadas para oferecer ao julgador elementos de juízo elaborado (e não somente oportunidade para indicar a fraqueza do adversário).²⁸⁰

Impondo regras de lealdade entre as partes no intuito de coibir o desvirtuamento das alegações, a dispersão dos elementos relevantes, tentativas de impedir o adversário de fazer valer suas razões e o juiz de exercer seus poderes,²⁸¹ o contraditório desempenha relevante papel social, mormente no cumprimento da competência sancionatória. Por isso, o contraditório deve ser efetivo tanto no “processo disciplinar” quanto na “sindicância” (sindicância-processo). Diante da ausência de dispositivo legal acerca da nomeação de defensor dativo na sindicância, propugna-se pela aplicação do art. 164, § 2.º, da Lei 8.112/1990 nessa seara, com base na analogia (ambos os processos – processo disciplinar e sindicância – envolvem o exercício de competência sancionatória).

2.4 Incidência do contraditório nas fases do processo administrativo disciplinar

Tudo que foi dito converte o contraditório em garantia de *efetiva possibilidade*, conferida a todos os sujeitos processuais, de influir na formação do convencimento do órgão julgador. Desde logo, imperioso afirmar como insuficiente a simples oportunidade de participação no debate antes da decisão final, impondo-se tal oportunidade com antecedência de qualquer decisão processual apta a afetar a esfera jurídica e

280. Op. cit., p. 593-594.

281. GRASSO, Eduardo. Op. cit., p. 600.

individual do sujeito. O contraditório incide, assim, sobre todas as fases do processo, sob pena de ser um simulacro de contraditório.

É essa visão geral do contraditório – incidente em todos os momentos processuais – a nota característica do pensamento de Giuseppe Martinetto: “o princípio em questão assume, além da fundamental exigência de que a parte seja avisada e ouvida sobre a demanda ou sobre a acusação, também que ela tenha plena liberdade de defesa e constante possibilidade de participar ativamente no desenvolvimento do processo, cooperando seja com a pesquisa dos fatos e a colheita das provas, seja com a elaboração e formação do convencimento do juiz” (*traduzido*).²⁸²

Como “garantia de meios e de resultados”, o contraditório imprime ao processo um caráter bilateral (quanto à estrutura lógica), dialógico e democrático (quanto à perspectiva jurídico-política), equilibrado e efetivo. A oportunidade de influir no *iter* formativo da decisão administrativa não pode ser *qualquer oportunidade*, mas real oportunidade.

A obra do poder legislativo deverá ser testada do ponto de vista da realidade do contraditório, se ao servidor acusado ou litigante é assegurado (a) o conhecimento tempestivo do lugar, tempo e objeto do debate, (b) a concreta possibilidade de se preparar para a intervenção e (c) a efetiva possibilidade de intervir.²⁸³ Segue, nesse intuito, a análise da relação entre o princípio constitucional do contraditório e as diversas fases do processo administrativo disciplinar, no âmbito regulado pela Lei 8.112/1990.

2.4.1 Fase da constituição do processo administrativo disciplinar

A primeira exigência do contraditório consiste na informação através dos atos de comunicação processual: a citação e a intimação. Segundo Dinamarco: “O processo sem citação é processo nulo; a citação irregular corresponde à citação inexistente e as intimações são indispensáveis a todo momento. É claro, diante do princípio da instrumentalidade das formas fica afastada a anulação do processo quando por outro meio a parte tome conhecimento de uma prova ou da própria demanda.”²⁸⁴

A informação guarda posição instrumental em relação à participação.²⁸⁵ Se o servidor acusado ou litigante não tiver acesso ao conhecimento dos atos e documentos processuais, não estará proporcionado o movimento de “ações, reações e controles recíprocos”, caracterizadores da situação de *status* processual ativo.

Como foi notado, sobretudo por Couture, a adequada citação configura aplicação do princípio *audiatur altera pars*. Assim, inconstitucional a lei processual que não

282. Op. cit., 460-461.

283. Os aspectos relacionados são da lavra de FOSCHINI *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 161.

284. Op. cit., p. 31.

285. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 36.

conferir razoável e efetiva oportunidade do conhecimento do juízo ao demandado.²⁸⁶ Por força do contraditório, a citação resta compreendida não somente como ato de adequada comunicação processual, mas essencial à formação da relação jurídica processual. O servidor acusado ou litigante é chamado não somente para se defender, mas para integrar um processo como sujeito processual.

O momento da citação liga-se intimamente ao contraditório: justamente porque o contraditório inicia-se com a citação, esse ato deve ser imediatamente posterior à propositura da demanda disciplinar.²⁸⁷

O contraditório exige citação adequada e oportuna,²⁸⁸ adequada a colocar o servidor acusado/litigante a par do motivo do processo administrativo disciplinar instaurado (lembrando que o termo envolve tanto o “processo disciplinar” para apuração de faltas graves, “sindicância” para apuração de faltas leves, “o procedimento de avaliação periódica de desempenho”, o processo para exoneração de servidor em estágio probatório por motivo de reprovação na “avaliação especial de desempenho” e o processo para exoneração de servidor estável por excesso de quadros); oportuna em relação ao momento imediatamente posterior à acusação.

Como ensina Comoglio, o contraditório estende-se ao momento inicial do processo, sendo conseqüente à formação da relação processual. Viabiliza ao réu o conhecimento das acusações a ele imputadas. A exigência da citação – adequada notícia ou comunicação da demanda e do processo – corresponde à noção de contraditório estático ou formal no momento constitutivo inicial do juízo.²⁸⁹ Para Martinetto: “O respeito ao contraditório, garantido pela regularidade da citação, constitui por isso um pressuposto processual, isto é, uma condição para o exame do mérito da causa e não uma condição da ação” (*traduzido*).²⁹⁰

A informação dos termos da pretensão administrativa punitiva, na citação, constitui exigência lógica da estrutura do contraditório. A externalização das razões constitui o conteúdo vital da opinião emitida pela administração: a razão abre a via de compreensão da outra parte para o exercício do ato de contraditar.²⁹¹

286. *Fundamentos del Derecho* ... cit., p. 154-155.

287. Segundo Martinetto, “a forma normal de atuação do contraditório no processo civil é a citação (...) Com a notificação a demanda é trazida a conhecimento do réu e com ela tem início o contraditório”. Op. cit., p. 459.

288. Lembre-se: o contraditório exige como ato fundamental citação válida e comunicação idônea. ALVIM, Angélica Arruda. Op. cit., p. 31.

289. COMOGLIO, Luigi Paolo et al. Op. cit., p. 68.

290. Op. cit., p. 460.

291. Foschini observa que “as razões constituem a essência lógica da opinião. Somente por elas, na verdade, a opinião aparece não como assertiva arbitrária que se quer impor, mas como um juízo que, pela sua exatidão, reclama aceitação. As razões, portanto, constituem o conteúdo vivo e vital da opinião (...). As razões visam abrir a opinião do outro, a sua via de compreensão. Isso constitui o essencial e vital fermento daquela *in unum versio*, daquela unificação dos diversos juízos em um único juízo de verdade, no qual consiste a função do contraditório” (*traduzido*). Op. cit., p. 205.

Da exigência do contraditório, na fase constitutiva do processo administrativo disciplinar, decorrem três principais consequências: (1) a motivação suficiente do ato de instauração do processo administrativo disciplinar (“processo disciplinar”, “sindicância” para aplicação de penalidade leve, “procedimento de avaliação periódica de desempenho”, processo para exoneração de servidor em estágio probatório por motivo de reprovação na “avaliação especial de desempenho” e o processo para exoneração de servidor estável por excesso de quadros), (2) a citação do servidor acusado ou litigante imediatamente posterior ao ato de instauração, porque todos os atos processuais devem ser postos em movimento através do diálogo, (3) o ato de citação deve não somente chamá-lo a juízo, mas também informá-lo dos fatos a ele imputados, a devida fundamentação e sanção cabível, fixando tempo oportuno para que, antes da instrução, possa manifestar-se sobre os elementos integrantes da pretensão da administração, participando na delimitação do objeto da prova.²⁹²

2.4.1.1 Dever de motivação suficiente do ato que instaura o processo administrativo disciplinar

A primeira exigência do contraditório reside na motivação do ato de instauração do processo administrativo disciplinar.

A incidência do contraditório na fase constitutiva do processo administrativo disciplinar implica situar a acusação ou o seu equivalente, no caso de litigantes, como primeiro ato processual. A assertiva parece óbvia, mas não é. Em outras palavras, a autoridade não pode instaurar “processo disciplinar”, “sindicância”, “procedimento de avaliação periódica de desempenho”, processo para apuração de descumprimento às exigências do estágio probatório (“avaliação especial de desempenho”) ou processo para exoneração de servidor estável por excesso de quadros sem externar os motivos da sua decisão.²⁹³

292. A citação adequada no processo administrativo como decorrência das garantias processuais é confirmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “A validade do processo expropriatório fica comprometida se a notificação para a vistoria prevista no art. 2.º, da LC 76/1993, não for feita pessoalmente ao proprietário do imóvel ou a seu procurador. Segurança concedida face ao reconhecimento, na espécie, de ofensa ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV e LV). Precedente citado: MS 22.165-MG (Pleno, 26.10.95 - ratificado no Informativo n. 11)”. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164-SP. Rel. Min. Celso de Mello. j. 30-10-1995. *Informativo n. 12 do STF*.

293. No caso do processo para exoneração de servidor estável por excesso de quadros, o § 4.º do art. 169 da CF (inserido pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998) estabelece que “o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal”. Ao contrário do que poderia parecer, a motivação desse ato deve ser ampla, de forma que a administração deverá justificar por que está especificando aquela atividade funcional situada naquele órgão ou unidade administrativa a ser objeto da redução de pessoal. O verbo “especificar”, utilizado na redação da Emenda, não pode servir de subterfúgio para restringir o alcance da expressão “ato normativo motivado”.

Nesse sentido, o magistério jurisprudencial do TJPR, exposto em seus julgados:

“Pena de suspensão. Processo administrativo disciplinar. Inobservância dos princípios do contraditório e ampla defesa. Portaria incompleta e falta de regular citação. Ademais, decisão não motivada. Nulidade configurada. Após o advento da Constituição Federal de 1988, que assegura o contraditório e a ampla defesa, em processo administrativo (art. 5.º, LV), exigem-se certas formalidades, inclusive de citação do acusado indicando o teor da acusação e dando prazo para a apresentação de defesa, bem como decisão motivada, é o mínimo indispensável para garantia do texto constitucional.”²⁹⁴

Para que o servidor público, nomeado para cargo de provimento efetivo, em estágio probatório, seja exonerado, é imprescindível a realização de processo administrativo disciplinar, com observância das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, inciso LV, CF/1988, e Súmula 21/STF). O ato de instauração do processo administrativo deve informar, com suficiente especificidade, quais são os fatos e os dispositivos legais infringidos, que impedem a aprovação do servidor público, em estágio probatório (necessidade de acusação formal); caso contrário, o processo administrativo disciplinar deve ser anulado, por não possibilitar a efetivação do contraditório e da ampla defesa.”²⁹⁵

A Lei 8.112/1990 não exige, expressamente, motivação do ato de instauração do processo administrativo disciplinar. No entanto, possível a aplicação subsidiária do art. 26, *caput*, e § 1.º, da Lei 9.784/1999, regra inerente ao princípio do contraditório:

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

§ 1º A intimação deverá conter:

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

II - finalidade da intimação;

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

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

294. TJPR, ApCiv e Reexame Necessário Processo n. 45994900, 4.ª Câmara, j. 31.03.1999, unânime, rel. Juiz Lauro Laertes de Oliveira, Acórdão n. 14954.

295. TJPR, Ac 3424 no Processo 73975500, Apelação Cível e Reexame Necessário, 6.ª Câmara, Civ, j. 24.03.1999, v.u., rel. Des. Accacio No mesmo sentido: “Funcionário em estágio probatório não pode ser demitido sem procedimento administrativo e sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. Súmula 21 S.T.F. Não basta que seja acenada uma aparente defesa. Esta pressupõe acusação descrita e formalizada em instrumento adequado, com a tipificação caracterizadora do libelo. Inexistentes esses elementos, não se pode falar ter ocorrido defesa. Por isso, sem atendimento a esses requisitos, inobserva ampla defesa e contraditório, e o ato que decreta a demissão ou exoneração é nulo”. TJPR, Reexame Necessário no Processo 50599700, 2.ª Câmara, Civ., j. 23.10.1996, v.u., rel. Juiz Cunha Ribas.

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

VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.”

Com efeito, a própria Lei 8.112/1990 deixa claro: quando a administração “instaura” “processo disciplinar” está pressupondo a existência de responsabilidade administrativa a ser apurada.²⁹⁶ Tecnicamente, tal afirmação corresponde a uma acusação. Em face da regra da obrigatoria motivação deste ato administrativo, a administração terá de descrever, no mínimo, o fato imputável a um específico servidor e a sua tipificação, o seu enquadramento legal.

Na espécie, aplica-se subsidiariamente o art. 28 da Lei 9.784/1999, exigindo-se a intimação dos atos processuais “que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse”. Isso porque a instauração do processo disciplinar impõe ao servidor acusado o ônus de se defender, além de afetar juridicamente seu interesse de permanência no exercício do cargo, emprego ou função.

Não é incomum na jurisprudência pátria afirmações como a seguinte: a qualificação jurídica dos fatos no processo administrativo não faz parte da imputação. Mas essa linha jurisprudencial é um exemplo típico do que o ministro Sepúlveda Pertence, acertadamente, definiu como *interpretação retrospectiva*, ou seja, uma interpretação “na qual o jurista tendente à nostalgia e ao misoneísmo repete verdades fundadas na lei antiga, sem se aperceber que as alterações ditadas pelo direito novo lhe fizeram secar a fonte de derivação”.²⁹⁷ Não pode haver dúvida de que a qualificação jurídica dos fatos faz parte da imputação e, nessa medida, deve constar obrigatoriamente da motivação do ato de instauração do processo administrativo disciplinar.

No sistema legal, a instauração do “processo disciplinar” importa presunção da ilicitude do fato e a autoria. O ato de instaurar “processo disciplinar” corresponde a uma das possíveis decisões finais da sindicância (art. 145, III, da Lei 8.112/1990), contrapondo-se ao arquivamento do processo (confirmado pelo art. 154, parágrafo único, Lei 8.112/1990). Por sua vez, o art. 146, da Lei 8.112/1990 determina: “sempre que o ilícito praticado pelo servidor” ensejar as sanções ali descritas “será obrigatória a instauração de processo disciplinar”. Em outras palavras, havendo presunção de cometimento de ilícito administrativo, a consequência é a instauração de “processo disciplinar”.

296. Nesses termos, art. 148 da Lei 8.112/1990: “O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”.

297. STF, MS 21726, j.02.02.1994, rel. Min. Sepúlveda Pertence. *Revista de Direito Administrativo*. n. 196. p. 97-98. Rio de Janeiro, abr.-jun. 1994. Exemplo disso é o acórdão do TJPR que, apoiado em jurisprudência do STF de 1983, portanto, anterior à Constituição Federal de 1988, no qual se afirma que “a qualificação jurídica dos fatos no processo administrativo não faz parte da imputação”. TJPR, MS Processo n. 19276-3. Órgão Especial, j. 06.08.1993, rel. Des. Francisco Muniz.

Ora, se a sindicância concluísse pela inexistência da irregularidade do fato ou de presunção de autoria, isso equivaleria a afirmar a inexistência de responsabilidade administrativa a ser apurada, acarretando o seu arquivamento (art. 145, I, da Lei 8.112/1990).

Sob outro ângulo de observação, a direta instauração de “processo disciplinar” guarda o mesmo significado de acusação, pois prescindir-se de prévia sindicância já estaria a indicar a presença de elementos suficientes para presumir o cometimento do ilícito e a sua autoria.²⁹⁸ A adequada motivação da instauração do processo disciplinar vale independentemente da existência de prévia sindicância.

De outro lado, não basta simples menção às conclusões da sindicância para o suprimento da exigência de devida motivação.²⁹⁹ Na situação de o ato instauratório reportar-se ao decidido na sindicância, será necessária juntada dessa decisão como parte integrante daquele ato.³⁰⁰

A Lei 8.112/1990 dispõe que a “instauração” constitui-se a primeira fase do “processo disciplinar”: “Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: I – instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão”. Porém, a instauração contraditória vai além da formalização da designação da Comissão (medida, aliás, de extrema relevância porque ao servidor deve ser dado conhecer os nomes dos agentes públicos competentes para instrução do processo, realização do Termo de Instrução e do Relatório Final), para comportar-se como a denúncia no processo penal.

298. Tal a interpretação veiculada em decisão do STF: “II – Sindicância e procedimento administrativo disciplinar: distinção, certo que aquela é, de regra, medida preparatória deste (Lei 8.112/1990, arts. 143, 145, 154). *Desnecessidade da instauração da sindicância, se já está confirmada a ocorrência de irregularidades no serviço público e seu autor* (Lei 8.112/1990, arts. 143 e 144)”. STF. MS 22055/RS, Tribunal Pleno, j. 20.06.1996, rel. Min. Carlos Velloso. DJU 18.10.1996, p. 39848. Em sentido contrário, entendendo pela obrigatoriedade da sindicância precedente no regime da Lei 8.112/1990: ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 146.

299. Contra, decisão do Superior Tribunal de Justiça: “I – A sindicância visa, tão somente, a apuração de irregularidades no serviço, servindo de base, se for o caso, para posterior instauração de processo punitivo. Em razão disso, inexistia violação ao inc. LV, do art. 5 da “Lex Legum”, haja vista que ainda inexistia o processo administrativo. II – De igual forma, a sindicância dispensa defesa do sindicado no seu procedimento por se tratar de simples expediente de verificação de irregularidade e não de base para punição equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal. III – A apontada vulneração ao art. 27 e seus parágrafos, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) está desgarrada do que contém o feito, pois, consta do mesmo a resposta do recorrente ao ofício do desembargador-corregedor, no qual lhe foram enviados os autos relativos à sindicância contra o mesmo instaurada, a fim de pronunciar-se sobre a mesma antes do início do processo administrativo. IV – *Para motivar a decisão que deu origem à instauração do processo disciplinar basta que se funde e faça referência a inquérito que apurou os fatos e do qual a conclusão é submetida a julgamento (...)*”. STJ. RO no MS 3340/PI, rel. Min. Pedro Acioli. 6.ª T., j. 01.03.1994. DJU 18.04.1994. Brasília, p. 8528. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*. vol. 68, p. 144. Brasília.

300. O § 1.º do art. 50 da Lei 9.784/1999 dispõe: “A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”.

Se a instauração de “processo disciplinar” objetiva a apuração de suspeita de irregularidade praticada por determinado servidor, isso indica que a administração já o está acusando do cometimento de ilícito. O contraditório incide pelo fato da existência real da acusação (ainda que possa estar “camuflada”) e sempre quando esta se manifesta.³⁰¹

Impende tomar em conta os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles a respeito do “processo disciplinar”, a ser aplicada a qualquer processo administrativo disciplinar: “O processo disciplinar deve ser instaurado por portaria da autoridade competente na qual se descrevam os atos ou fatos a apurar e se indiquem as infrações a serem punidas, designando-se desde logo a comissão processante, a ser presidida pelo integrante mais categorizado”.³⁰²

Essa exigência básica está particularmente vulnerável no caso da sindicância. Em primeiro lugar, devido à omissão da Lei 8.112/1990 na tratativa do seu procedimento, nada dispendo nem quanto aos atos essenciais. Em segundo lugar, pela já explicada “confusão” entre sindicância-investigação e sindicância-processo. Assim, é possível que, instaurada para fins investigatórios, a sindicância possa ter seu rumo alterado para aplicar uma penalidade mais leve. Neste caso, será adrede obrigatório que essa transmutação (ou metamorfose processual) esteja documentada em ato formal de acusação motivado. Caso contrário, será aplicada uma sanção, mesmo leve, sem que o servidor conheça o teor da acusação.

A portaria de instauração do processo administrativo disciplinar, ou ato equivalente, deve indicar os elementos necessários à identificação do funcionário acusado (ou litigante), a figura infracional caracterizada pelo comportamento descrito, e a sanção, em tese cabível, em face da infração. Em suma, não basta a referência genérica a irregularidades, nem a simples indicação de dispositivo legal supostamente violado, porque ninguém pode defender-se de capitulação jurídica. Deve estar indicado um comportamento singular do servidor, identificável no tempo, espaço e na forma de concretização.³⁰³

A tipificação da infração disciplinar deve ser realizada no momento da instauração do processo disciplinar, embora possa ser revista, como adiante será analisado, no momento da indicição do servidor. É preciso repisar que o princípio do contra-

301. “O licenciamento sumário de policial militar por conveniência do serviço não constitui ato discricionário, imune ao controle judicial, se o que tal denominação encobre, na verdade, punição disciplinar imposta sob o argumento de possuir o servidor comportamento incompatível com a corporação (suposto envolvimento com marginais). A validade do ato, em tais circunstâncias, está condicionada à observância do princípio da ampla defesa (CF, art. 5.º, LV).” STF, RE 191.480/SC, j. 05.03.1996, rel. Min. Marco Aurélio. *Informativo n. 22 do STF*.

302. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 601.

303. ROSA, Fábio Alves. Processo Disciplinar: Instauração e Citação do Indiciado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 18. p. 45. São Paulo, jun. 1981.

ditório incide na fase de instauração do processo disciplinar e não somente na fase posterior – o impropriamente chamado “inquérito administrativo”.³⁰⁴

O STF deixou implícito tal ponto de vista quando considerou a existência da figura do acusado, já na fase instrutória do “processo disciplinar”. Se a instauração não correspondesse a uma acusação, não seria possível ter um acusado na instrução, fase imediatamente posterior àquela. Como ressaltou o ministro Moreira Alves, “a ampla defesa que o art. 153 da referida lei assegura ao *acusado*, com a observância do princípio do contraditório, não abarca apenas o *indiciado*, mas também o *acusado em sentido estrito*, que é a qualificação que se dá, na fase instrutória do inquérito, ao ainda não indiciado”.³⁰⁵

2.4.1.2 Dever de citação do acusado em momento adequado à viabilização do contraditório

A citação oportuna é aquela imediatamente posterior à formalização da acusação, exurgindo desse ato a relação jurídica processual.

Segundo Fábio Alves Rosa, a “citação é o ato administrativo pelo qual se leva ao conhecimento do indiciado a instauração do processo e se faz sua convocação para apresentação de defesa”.³⁰⁶ Como o contraditório está presente em todas as fases do processo (a partir da instauração da acusação ou litígio), a validade dos atos processuais depende da formação da relação jurídica processual, propiciada pela citação.³⁰⁷ A importância da regra faz-se presente na instrução: a citação tem de ser posterior à instauração, porque deve ser anterior à instrução. O servidor, como sujeito processual, tem o direito de participar da formação da prova.

O ponto de vista será determinante para a interpretação do art. 156 e do § 1.º do art. 161, ambos da Lei 8.112/1990:

304. Em sentido diametralmente contrário, decisões do STJ afirmando a incidência do princípio do contraditório somente a partir do “inquérito administrativo”: “O processo administrativo está sujeito ao contraditório (Const. Art. 5.º, LV). Impõe-se, por isso, perfeita identificação do fato imputado. Desnecessário, porém, ser exibida no corpo da portaria. O direito não deve aprisionar-se em dados meramente formais. Urge sentir a finalidade da norma. No caso, chegar ao conhecimento do funcionário”. RO no MS 93.0002501/ES. 6.ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. *DJU* 28.03.94, p. 6340. “Portaria instauradora de processo administrativo que não faz expressa referência aos fatos a apurar não se pode dizer omissa ou imprecisa. O funcionário sabia, desde então, do que tinha de defender-se e a comissão o campo delimitado para atuar.” RO no MS 92.0002203/ES, 5.ª T., rel. Min. Jesus Costa Lima. *DJU* 17.12.1992, p. 24254.

305. STF, MS 21721/RJ, Tribunal Pleno, j.13.04.1994, rel. Min. Moreira Alves, *DJU* Brasília, 10.06.1994, p. 14785.

306. *Op. cit.*, p. 46.

307. Para Humberto Theodoro Júnior, uma das consequências básicas do contraditório reside no fato de somente haver relação processual completa e eficaz após a regular citação do demandado. *Op. cit.*, p. 183. A regra, por derivar de garantia constitucional, deve ser aplicada também ao processo administrativo disciplinar.

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

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

Os atos processuais descritos no art. 156 estão ligados à fase de instrução do “processo disciplinar”. O chamamento do servidor ocorre com a devida antecedência a fim de garantir a participação na instrução. Já os atos processuais do art. 161 estão ligados à fase posterior, em que a Comissão Processante tem até a oportunidade de reformular a acusação, “citando” (citação não é, mas intimação) o servidor para defender-se.³⁰⁸

Antes de tudo, tenha-se em mente que o art. 156 configura inovação da Lei 8.112/1990 frente ao art. 222 da Lei 1.711/1952 – “Ultimada a instrução, citar-se-á o indiciado para, no prazo de 10 dias apresentar defesa, sendo-lhe facultada a vista do processo”, embora possa ser interpretado como versão mais apurada do sempre esquecido art. 230 do antigo Estatuto: “Em qualquer fase do processo será permitida a intervenção de defensor constituído pelo indiciado”.

O STF entendia que o art. 222 do antigo Estatuto dos Servidores Públicos Federais não era incompatível com a garantia da ampla defesa assegurada na Constituição de 1967, pois esta restaria plena, depois de ultimada a instrução. Observe-se:

“Bem se vê, pois, que no processo administrativo regulado pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União a ampla defesa só é assegurada ao indiciado uma vez *ultimada a instrução*, o que significa, em outras palavras, que não lhe é dado pleitear a anulação do processo por não ter sido convocado a participar da instrução a qual se faz unilateralmente “porque da sua própria índole”, como decidiu essa Excelsa Corte, no v. aresto de cópias às fls. 196/210 (RTJ 118, pag. 324/325).”³⁰⁹

308. Interpretando tais artigos e contrapondo-os com os Estatutos dos Servidores do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo, Edmir Netto de Araújo conclui: “Por isso, no âmbito federal, a citação é ato final da fase (ou, de acordo com a divisão da lei, subfase) de instrução, mas, nos outros dois estatutos, é ato inicial da instrução, pois a citação se faz logo após o indiciamento, sendo mesmo data-base para a contagem do prazo de conclusão do processo. Não há, na Lei Federal 8.112/1990, menção expressa a eventual citação para acompanhamento do processo desde sua instauração e durante sua instrução, mas o art. 156 assegura ao servidor o direito de ‘acompanhar o processo’. Parece claro, portanto, que não proporcionando a Administração Federal essa possibilidade de acompanhamento pelo indiciado, de todos os atos processuais, este poderá alegar o cerceamento de sua defesa; melhor seria, na ausência de determinação legal, que fosse o indiciado intimado da existência do processo contra si, logo em seguida à instauração”. Op. cit., p. 156.

309. Trecho extraído do corpo do acórdão, mais precisamente, voto do Relator. STF, MS 21254/DF, Tribunal Pleno, j. 06.06.1991, rel. Min. Octavio Gallotti. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. n. 136, p. 1169, Brasília, jun. 1991.

A interpretação encontrada pelo STF para não declarar a inconstitucionalidade do art. 222 foi a exigência de previsão da “faculdade de a defesa do funcionário obter a reinquirição das testemunhas, a reprodução da prova oral que entenda de seu interesse”³¹⁰

Todavia, no regime do Estatuto atual (art. 156), o servidor é chamado para participar diretamente da fase instrutória. Em outras palavras, o contraditório assegurado na fase de constituição segue em todo o curso do processo até a decisão final.³¹¹

É preciso deixar claro que a mudança de rumos ensejada pela Lei 8.112/1990 em relação à Lei 1.711/1952 – garantindo explicitamente o contraditório na fase instrutória – não pode ser interpretada como *mera* alteração legal. Se assim fosse, outra lei poderia substituir a atual, voltando ao *status quo* anterior, suprimindo o chamamento do servidor para participar da instrução, sem ofensa à Constituição Federal de 1988.³¹² As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa impedem, contudo, o retrocesso.³¹³

310. Essa foi a interpretação do Ministro Djaci Falcão, adotada pelo Relator. Decisão já citada na nota anterior, p. 1171. No entanto, de forma inovadora, Sérgio de Andréa Ferreira defendia a necessidade de a citação ser prévia à instrução, referindo-se à Lei 1.711/1952. A Garantia da Ampla Defesa no Direito Administrativo Processual Disciplinar. *Revista de Direito Público*. n. 19. p. 66. São Paulo, jan.-mar. 1972. O mesmo espírito está presente na doutrina de FONSECA, Venero Caetano da. Da Amplitude de Defesa e do Momento em que Deve ser Feita a Citação do Indiciado no Processo Administrativo Disciplinar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. n. 43. p. 103-105. jul.-set. 1974.

311. Com essa interpretação, decisão do STF: “Em face da Lei 8.112/1990, de 11.12.1990, o procedimento do inquérito administrativo tem disciplina diversa da que tinha na Lei 1.711/1952, em que a fase de instrução se processava sem a participação do indiciado, que era apenas citado para apresentar sua defesa, com vista do processo, após ultimada a instrução. Já pela Lei atual, o inquérito administrativo tem de obedecer ao princípio do contraditório (que é assegurado ao acusado pelo seu art. 153) também na fase instrutória, como resulta inequivocadamente dos arts. 151, II, 156 e 159”. MS 21721/RJ, já citado.

312. Como, infelizmente, pode ser aferido por decisões de nossos Tribunais. O STF, antes da promulgação da Lei 8.112/1990, decidiu que o art. 222 da Lei 1.711/1952 era compatível com a Constituição Federal de 1988: “*Demissão de funcionário, mediante inquérito regularmente processado, segundo o art. 222, da Lei 1711/52, sem ofensa às garantias do contraditório e ampla defesa (arts. 5.º, LV, e 41, § 1.º, da CF/1988)*. Segurança Indeferida. Precedente do STF (RE 107.553, RTJ 118/320)”. MS 21254, Op. cit., p. 1165. Influi-se a mesma ideia em decisão do TRF 4.ª Região: “1. A Portaria que designou a Comissão de Inquérito não se ressentiu das nulidades apontadas, de vez que dela constam a identificação do processo e o resumo dos fatos a serem apurados. 2. Todos os Membros designados para compor a Comissão de Inquérito estão posicionados em hierarquia funcional superior à do indiciado. 3. *No regime da Lei n. 1.711/52, a citação do indiciado só se procedia após a instrução, fase em que a Comissão poderia colher provas, a teor do que dispõe o art. 221 da Legislação em referência*”. TRF 4ª Região. Ap 950404705-0/SC, 5.ª T., rel. Juíza Luiza Dias Cassales. DJU, 13.12.1995. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região*. a. 27. n. 23. p. 80. Porto Alegre, jan.-mar. 1996.

313. José Adércio Leite Sampaio destaca como característica funcional dos direitos fundamentais a circunstância de não admitirem retrocessos, “revelando-se como um marco de evolução intangível”. Assim, “sobre o ‘legislador de configuração’ essa diretiva cria um obstáculo às mudanças de conformação que devem reproduzir, no mínimo, a efetividade ou fruição anterior – efeito *cliquet*”

O legislador não é livre na configuração da disciplina legal do processo administrativo. A discricionariedade permanece íntegra somente na área não coberta pela garantia constitucional. A disciplina legal, além de significar forma institucional de resolução de conflitos, deve concretizar os princípios constitucionais.

A Lei 1.711/1952 era interpretada sob a égide da Constituição de 1967. A regra constitucional assegurava a ampla defesa definida em lei ao acusado. Bem por isso, os tribunais vislumbravam como inserida na liberdade de configuração legislativa a definição do momento de se proporcionar a ampla defesa, desde que anterior à decisão final do processo administrativo.³¹⁴

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 foi além da Constituição de 1967 e da própria interpretação jurisprudencial da época. A Constituição Federal atual dá um passo à frente: garante, no processo administrativo, ao lado do contraditório, uma ampla defesa revitalizada. O contraditório, como garantia constitucional distinta da ampla defesa, apresenta pontos em comum e de grande aproximação com esta última. Se assim não fosse, não haveria sentido algum na sua expressa afirmação constitucional (a Constituição não contém palavras inúteis, ainda mais no tema das garantias fundamentais).³¹⁵

O “chamamento” do servidor (aludido no art. 156 da Lei 8.112/1990) anteriormente à instrução, além de representar concretização do núcleo mínimo irradiado pelo contraditório no sistema jurídico (não podendo ser suprimido por lei posterior), deve ser interpretado como ato de citação por meio do qual a administração convoca o servidor para integrar a relação jurídica processual e não simplesmente para “acompanhar o processo”, na letra tímida da Lei.³¹⁶ Isso representa um *plus* em relação ao ordenamento jurídico positivo, instalado sob a égide da Constituição anterior.

(*Favoreu*). A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 672.

314. O STF assim decidiu, na égide da Constituição anterior: “O exercício da ampla defesa acenada na Constituição está submisso, como é óbvio, à disciplina da lei, e só não lhe deve observância quando tal disciplina o limita de tal jeito que termina por negá-lo”. Trecho extraído do corpo do voto do relator Min. Xavier de Albuquerque. STF, MS 19968/DE, Sessão Plenária, rel. Min. Xavier de Albuquerque. *Revista de Direito Administrativo*. n. 118. p. 103. Rio de Janeiro, out.-dez. 1974.

315. A ausência da previsão constitucional da garantia do contraditório levou a doutrina a inserir no direito à defesa instrumentos ínsitos ao próprio contraditório. Naquela época, considerá-los sinônimos ampliava o conceito de defesa, ensejando maior proteção aos indivíduos nos processos administrativos.

316. Aliás, importante reportar-se à sábia lição de Comoglio. Mesmo no direito italiano (o contraditório não está expressamente referido na Constituição, mas somente o direito de defesa), Comoglio ressalta a necessidade de se refutar a visão de tipo redutivo que pretenda tanto confinar os conceitos do contraditório e da defesa nos limites normativos de uma só garantia (art. 3.º ou art. 24, 2, da Constituição italiana) ou, por outro lado, restringir a área garantística do mesmo art. 24, 2, a simples constitucionalização do princípio prescrito no art. 101 do Código de Processo Civil italiano. COMOGLIO, Luigi Paolo et al. Op. cit., p. 69. Com ponto de vista distinto, Giuseppe Martinetto afirma que o princípio do contraditório na Itália decorre do art. 24 da Constituição italiana, situando a defesa como direito inviolável em todo tipo e grau de procedimento: “o respeito do contraditório assume,

Não há citação posterior à instrução. Se instrução sem contraditório não tem validade processual, a citação é ato essencial, integrante da fase constitutiva do processo. Ainda que o § 1.º do art. 161 da Lei 8.112/1990 refira-se a “será citado”, esse ato não configura citação propriamente dita porque esta ocorreu anteriormente. De qualquer sorte, o servidor será chamado para se defender da indicição, ato de competência da Comissão, já na condição de sujeito integrado à relação processual.

A própria existência do art. 161 confirma a tese. Como a citação estabiliza o objeto do processo³¹⁷ (não sendo lícita sua alteração discricionária pela administração), a Lei determina um momento específico para a administração rever a acusação, seguindo-se a contraposição do acusado. Foi justamente esta a interpretação acolhida pelo Min. Sepúlveda Pertence, ao julgar mandado de segurança, em 1994, posteriormente à Constituição Federal de 1988 e já sob a égide da Lei 8.112/1990.³¹⁸

2.4.1.3 Requisitos da citação adequada: publicidade do ato e concessão de tempo razoável para resposta

A citação deve propiciar ao servidor acusado ou litigante o inteiro conhecimento da acusação e dos autos do processo, assim como delimitar o prazo de manifestação a respeito da acusação.

assim, o valor de uma condição de legitimidade constitucional da norma processual” (*traduzido*). Op. cit., p. 459.

317. Segundo FAZALLARI, há duas regras gerais a serem consideradas: a exigência de citação ou ato equivalente a indicar clara e totalmente o *thema disputandum*, como também o objeto do processo e estabilidade do objeto do processo (o sujeito ou os sujeitos não podem modificar o *thema disputandum* ao seu próprio talante no curso do processo). Op. cit., p. 1076.

318. “É verdade que, com manifesta impropriedade, o art. 161, § 1.º, chama de *citação* a chamada do acusado, após a instrução, para oferecer defesa escrita. Não obstante, no contexto da lei, resulta claro que, se ‘é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por procurador’ (art. 156), acompanhamento que inclui o direito de reinquirir as testemunhas (art. 159, § 2.º), o seu chamamento ao feito há de preceder à *instrução*, incluída, com a defesa e o relatório final da Comissão, no que impropriamente se denomina inquérito. Pouco importa não haja a lei previsto a citação inicial: a garantia explícita do contraditório na instrução envolve necessariamente a ciência ao acusado da instauração do processo para que dela se possa valer. (...) Aduz-se nas informações que, ao determinar a apuração dos fatos, estes ‘ainda que se mostrassem específicos, necessitavam ser evidenciados em sua real dimensão e, conseqüentemente, não apontavam indícios e circunstâncias que permitissem, de plano, qualquer vinculação com os servidores envolvidos’, só identificados, ‘após intenso trabalho de apuração desenvolvido pela Comissão que, ao longo da instrução, ouviu vinte testemunhas e procedeu a exames de diligências, reunindo elementos informadores que permitiram, em 18.12.92, o indiciamento do impetrante’. Tudo bem. A Lei não impede evidentemente a investigação de fatos de autoria ainda não identificada: a tanto se destina, porém, a sindicância (art. 143), que, por isso mesmo, se reunir elementos bastantes à imputação prática de infração ao servidor, resultará na *instauração de processo disciplinar* (art. 145, III) cuja parte nuclear é o chamado *inquérito administrativo*, que há de ser, desde o início, regido pelo contraditório. (...) Na lei nova – malgrado impropriamente se converta, ao final, em *indiciado* (art. 151 e §§), o que tem, desde que instaurado o processo, é um *acusado* (arts. 153 e 159 e §§), com ônus, direitos e obrigações de *parte*, numa relação administrativa de feito contraditório.” STF, MS 21726. j. 02.02.1994. rel. Min. Sepúlveda Pertence. *Revista de Direito Administrativo*. n. 196. p. 99-100. Rio de Janeiro, abr.-jun. 1994.

O ato de citação deve não somente chamá-lo ao processo, mas informá-lo dos fatos a ele imputados, a devida fundamentação e menção da sanção aplicável. Na ocasião da citação, o servidor deve ter, automaticamente, acesso à Portaria de Instauração ou a ato equivalente no qual conste a motivação fática e jurídica da acusação e as provas, se houver, que sustentam o juízo administrativo.³¹⁹ Exige-se, por consequência, motivação explícita, clara e congruente.³²⁰ Dessa maneira, estará o servidor capacitado a participar da fase instrutória (cumprindo-se a finalidade de equilíbrio entre os sujeitos processuais).

A partir desse momento, deve-se dar vista ao servidor acusado do processo, com possibilidade de reprodução de todos os documentos nele contidos.³²¹

Na doutrina espanhola, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández aludem, como decorrência do direito de defesa nos processos administrativos (in-

319. Em abono a esse posicionamento, Luciano Ferreira Leite: "A Portaria vestibular, sem embargo de respeitáveis pronunciamentos em sentido contrário, é requisito indispensável para a validade do processo administrativo (...) A Portaria que dá início ao processo administrativo deverá, a exemplo do que ocorre na denúncia, que inaugura a ação penal, conter pormenorizada descrição da infração imputada ao indiciado. Deve apresentar também a exata capitulação do dispositivo infringido, para que, na hipótese de apenamento, não venha o acusado arguir cerceamento de defesa, sob o fundamento de imprecisão ou fluidez na descrição da infração, ou omissão no dispositivo legal infringido". A instrução do processo disciplinar. In: *Processo administrativo disciplinar. Estudos Fundap*. n. 2. p. 12. São Paulo, 1983.

320. Nos termos do art. 49, § 1.º, da Lei 9.784/1999.

321. Embora o § 1.º do art. 161 assegure vista do processo na repartição ao servidor acusado já no inquérito administrativo, depois da indicição. Aplica-se, nesta sede, subsidiariamente, o art. 3.º, II, da Lei 9.784/1999, que prescreve, entre os direitos dos administrados, o de "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer das decisões proferidas", bem como o art. 46: "Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem". Em se tratando do direito de vista do servidor acusado, não há justificativa alguma para o sigilo, pois é a sua honra (subjéctiva e objectiva) que está em jogo no processo disciplinar. O STJ reconheceu, por outro lado, o direito de vista do processo aos defensores técnicos do servidor acusado em processo administrativo disciplinar: "1. Mandado de segurança impetrado no intuito de determinar que a autoridade coatora conceda vistas imediatamente dos autos de processo administrativo disciplinar instituído pela Portaria Ministerial n. 612/1998 às advogadas legalmente constituídas pelo impetrante, bem como o fornecimento de cópia do Relatório Final e demais peças dos aludidos autos. 2. A Lei 8906/1994 dispõe que: "Art. 7.º São direitos do advogado: I - exercer, com liberdade, a profissão em todo território nacional (...); XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da administração pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos; (...); XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais". 3. Comprovado o desrespeito do direito garantido ao advogado da parte pela Lei 8906/1994, impõe-se o deferimento de mandado de segurança, assegurando-lhe o poder legítimo de tomar conhecimento dos atos processuais já praticados no processo administrativo em questão e obter cópias das peças que entender. Segurança concedida". STJ, MS 6356/DF, Primeira Seção, j. 22.09.1999, rel. Min. José Delgado, DJU 17.12.1999, p. 312.

cluindo o disciplinar), mesmo sem expressa previsão no sistema legal espanhol, a regra de que, concomitante à comunicação da denúncia, concede-se ao interessado o direito de vista do expediente.³²²

O art. 156 da Lei 8.112/1990 assegura, como foi dito, o direito do servidor de “acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador”. Silencia-se, porém, quanto à citação do servidor logo após a acusação. Uma interpretação orientada pela lógica já levaria a tal consequência, pois, se o servidor tem direito de “acompanhar” todo o processo, terá de ser chamado logo após a sua instauração. O mesmo artigo também não deixa expressa a oportunidade de manifestação sobre a acusação. A cláusula deve ser tida como implícita. Afinal, não seria nada razoável ter direito a arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos na prova pericial, não tendo a chance de falar sobre o principal – a acusação – que antecede e preside toda instrução.

O princípio constitucional fala quando a lei se cala. O processo deve ser o colóquio entre a acusação e a defesa. Se à defesa não for oferecida a chance real e consistente de se pronunciar, de forma genérica e ampla, sobre a acusação, antes da instrução, ter-se-á uma instrução dirigida unilateralmente para comprovação do deduzido na acusação. Explica-se: com uma instrução unilateral na sua origem, retorna-se, por via oblíqua, ao sistema legal anterior.³²³

Depois da citação do ato de instauração do processo disciplinar, e antes da abertura da fase instrutória, a Administração deve conceder prazo de 10 (dez) dias para que se apresente defesa escrita, por aplicação analógica do art. 161, § 1.º, da Lei 8.112/1990 (que chama, impropriamente, de citação a chamada do acusado após a instrução para a juntada de defesa escrita).³²⁴

322. Os autores acrescentam: “Alguma jurisprudência negou que tal trâmite seja preceptivo, por entender que o direito de defesa fica preservado com a contradição denúncia-contestação (assim, Sentenças de 5-2-62, 15-3-63, 21-10-70 etc.). Todavia, é esta uma pobre ideia do direito de defesa. Resulta muito óbvio que o instrutor e a autoridade sancionadora não podem reservar para si próprios, como secretas, as provas que permitem a inculpação; o denunciado há de ter livre acesso a elas para poder se defender frente a elas ou por contraprovas eficazes”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Civitas, 2002. vol. 1. p. 905.

323. Irretocável, nesse sentido, o voto do Min. Sepúlveda Pertence, ao chamar a atenção para o fato: “As alterações do regime legal novo, no ponto, são efetivamente radicais. Se na Lei 1.711, como acentuei naquele caso, o símile era o do processo penal continental europeu – em que não há contraditório na instrução preliminar –, na Lei do Regime Jurídico Único, diversamente, o parâmetro é do nosso C. Pr. Penal, de nítida separação entre o procedimento unilateral e inquisitivo do inquérito policial – destinado, porém, exclusivamente, a informar o oferecimento da denúncia – e o processo condenatório, instaurado com a citação e desenvolvido integralmente sob os ditames do contraditório”. STF, MS 21726. j. 02.02.1994. rel. Min. Sepúlveda Pertence. *Revista de Direito Administrativo*. n. 196. p. 98. Rio de Janeiro, abr.-jun. 1994.

324. Não caberia, nesse caso, a aplicação subsidiária do § 2.º do art. 26 da Lei 9.784/1999 no tocante à estipulação de três dias úteis de antecedência mínima porque, além de não ter caráter principiológico, não é um prazo razoável em se tratando de elaboração de defesa que antecederá a fase

O *thema probandi* é o que em cada processo deve ser matéria da atividade probatória, consistindo na afirmação dos fatos, objeto de debate.³²⁵ Se a defesa não puder manifestar-se sobre a acusação antes da instrução, não participará da fixação do *thema probandi*. Se não há possibilidade dessa discussão, é possível falar-se em instrução em contraditório? Afinal, onde não há controvérsia sobre os fatos alegados, a questão reduz-se à mera aplicação do direito. Nas inesquecíveis palavras de Piero Calamandrei, “*ex factu oritur jus* é uma velha máxima, cauta e honesta, que impõe, a quem queira julgar bem, fixar antes de mais, com um cuidado pedante, os factos que se discutem.”³²⁶

Refuta-se, portanto, por ilusória e desconcertada com a realidade, a imagem, no processo administrativo disciplinar, de “instrução” absolutamente desligada de antecedente acusação, reproduzida em parecer da Advocacia Geral da União.³²⁷ Afinal, como o diálogo contraditório pressupõe a colocação do problema (*ponere causam*)³²⁸ – demarcando e circunscrevendo o objeto da controvérsia – se a instrução tiver início sem que a questão fática esteja questionada, sem que a causa processual esteja delimitada, não se estará diante de uma instrução pautada pelo princípio do contraditório.³²⁹

instrutória. Tanto assim que o art. 44 da Lei 9.784/1999 estabelece prazo máximo de 10 (dez) dias quando se trata de manifestação do interessado depois de encerrada a instrução, salvo se outro prazo for estipulado legalmente.

325. Para Joan Picó I Junoy, o *thema probandi* é formado pelo conjunto de fatos cujas existência ou inexistência devem ser verificadas, no curso do período probatório, para que possam constituir fundamento da sentença. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A, 1996. p. 48. A Lei 9.784/1999 alude, timidamente, à fixação do *thema probandi* pela autoridade administrativa responsável pela instrução, no art. 29, § 1.º: “O órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo”.
326. CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes, vistos por nós, os advogados*. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, [s.d.]. p. 135.
327. “Com o intuito de assegurar ao servidor o direito de acompanhar o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou através de procurador legalmente constituído, e requerer ou praticar atos tendentes a salvaguardar sua defesa, na conformidade do art. 156 da Lei n. 8112, de 1990, deve ser notificado a respeito do apuratório diretamente após a instalação da comissão procesante. Não se coaduna com o regramento do assunto a pretensão de que se efetue a indicação das faltas disciplinares na notificação do acusado para acompanhar a evolução do processo, nem essa medida seria conveniente, eis que seria suscetível de gerar presunção de culpabilidade ou de exercer influências na apuração a cargo da Comissão de Inquérito.” Parecer AGU/WM 01/95 (Anexo ao Parecer GQ-55). Processo 23123.002293/93-60. Consultor da União: Wilson Teles de Macêdo. 13.01.1995. *Diário Oficial da União*, 02.02.1995. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, out. 1995. p. 594.
328. BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996., p. 59-60.
329. “Mas o problema, uma vez posto em estado de problema, ou seja, enquanto digno de questionamento, há de ser visualizado em todos os seus aspectos – ao menos os mais relevantes e, se possível, decisivos: *ponere causam* é, então, a consigna dialética. *Ponere causam* é, em certo sentido, expor o fato. (...) No processo, a necessidade de *ponere causam* é incontornável. (...) Dessa causa derivou em vernáculo ‘coisa’, no espanhol *cosa*, no francês *chose*, no alemão *sache* e no inglês *thing*, o próprio

2.4.2 Fase de instrução do processo administrativo disciplinar

Posta a premissa da incidência do contraditório na fase de constituição do processo administrativo disciplinar, Angélica Arruda Alvim acrescenta: “seu alcance implica que deva ser dado conhecimento da ação e de todos os atos do processo às partes, bem como a possibilidade de responderem, se necessário, e, se pertinentes, produzirem provas próprias e adequadas à demonstração do direito que alegam”.³³⁰

Traz-se à colação a lição de Calmon de Passos sobre o processo judicial, cuja aplicabilidade, em tema de processo administrativo disciplinar, resta inobjetable: “O contraditório, como garantia do devido processo legal, por seu turno, não se cumpre com a mera citação do réu, mas reclama complementar-se a ciência do interessado com o direito, reconhecido aos litigantes, de participação para provar e de alegação para esclarecer e convencer”.³³¹

Graças ao contraditório, o processo caracteriza-se na visão de Lafayette Pondé como “aquele em que é assegurado às partes interessadas o direito de contestar a pretensão que lhes for contrária, de modo que nenhum elemento novo pode nele ser introduzido sem prévio conhecimento delas”.³³² Aponta como regras da instrução contraditória: a garantia da imparcialidade administrativa dos agentes administrativos e a de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido (compreendida nesta o direito de conhecer por inteiro todos os atos e elementos informativos do processo, fazer prova de suas alegações, assistir pessoalmente e com advogado a inquirição de testemunhas, podendo reperguntá-las).³³³

As ponderações anteriores oferecem a exata dimensão da fase de instrução na qual se pretende garantir a audiência do acusado,³³⁴ a publicidade do conteúdo dos autos do processo, vários direitos ligados à prova (a produção de prova, de contra-prova, controle da prova realizada pelo outro sujeito processual) e a possibilidade de apresentação de alegações.

Marco fundamental na questão foi posto, na doutrina italiana, por Franco Cordeiro ao situar a instrução como atividade instrumental à decisão. Justamente porque o *thema decidendum* compreende uma questão histórica e jurídica, no conceito de

objeto da disputa processual, a coisa litigiosa, como se diz na doutrina processual.” BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial...* cit., p. 59.

330. Op. cit., p. 32.

331. PASSOS, J. J. Calmon de. O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 17. p. 127. São Paulo, dez. 1980.

332. PONDÉ, Lafayette. Op. cit., p. 7-8.

333. Idem, p. 9-11.

334. Na Constituição espanhola, o direito de audiência está expressamente estabelecido no art. 105: “La ley regulará: a. La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten” e no art. 105. c: “El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

instrução regressa, portanto, a procura e a formação da prova como a descoberta da possível premissa normativa.³³⁵

Baseado nessa premissa, Franco Cordero observou que não há prova formada fora do contraditório (“*e cio è ammesso che non siano prove quelle formate fuori del contraddittorio*”).³³⁶ O contraditório (qualificado pela efetividade e não um simulacro) configura condição de todo ato de formação da prova.³³⁷

Foi Dinamarco, na doutrina brasileira, o difusor da ideia da participação como premissa constitucional para a compreensão do contraditório, capaz de revolucionar o próprio conceito de instrução. Se a instrução é, por excelência, o momento processual da participação e da própria vivência do processo, instruir não se confunde com provar, embora inclua a fase probatória. A instrução designa, em linguagem processual, “a preparação do provimento final que se dá através da atividade probatória e das alegações feitas no processo, existindo em vários níveis, na prova e fora da prova.”³³⁸

Dinamarco e Cordero fornecem, assim, os argumentos para a crítica de dois termos da Lei 8.112/1990. O primeiro deles é o “inquérito administrativo” para designar a fase de instrução, defesa e relatório (art. 151, II). Além de dar vazão a associações com o inquérito policial, descende diretamente de inquisitório, não sendo consonante com uma fase processual necessariamente contraditória.³³⁹ Com efeito, o “inquérito administrativo” da Lei 1.711/1952 era unilateral.³⁴⁰

A segunda delas reside no conceito restrito de instrução como fase probatória, excluindo de seu âmbito a fase da defesa e do relatório. A defesa e o relatório estão compreendidos na instrução, como atividades processuais de preparação da decisão final.

2.4.2.1 A atividade probatória no processo administrativo disciplinar sob o crivo do contraditório

Antes de tudo, é preciso explicar que a fase probatória não se confunde com a fase de instrução do “processo disciplinar”, regulada pela Lei 8.112/1990.

335. Op. cit., p. 151.

336. Idem, p. 218.

337. Idem, p. 219. Ideia, aliás, difundida também por Vitorio Denti: o princípio essencial no método de aquisição da prova, próprio dos ordenamentos processuais modernos, é a sua realização em contraditório. Perizie, Nullità Processuali e Contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 3. Padova, ago.-set. 1967. p. 405. Decorrencia do contraditório para Barbosa Moreira: ninguém pode ser repellido em razão de prova que não teve acesso. Op. cit., p. 231.

338. Op. cit., p. 22, 31-32.

339. Com muita perspicácia, Sérgio de Andréa Ferreira já criticava, nos anos 1970, a designação “inquérito administrativo” pela analogia com o inquérito policial. Op. cit., p. 67. Na mesma linha, voto do Min. Sepúlveda Pertence: “Assim, causa espécie a denominação de *inquérito* reservada à instrução contraditória do *processo*, cuja instauração é que é antecedida pelo procedimento inquisitivo e unilateral, ao qual, no entanto, ao invés de *inquérito*, se preferiu chamar de *sindicância*”. MS 21726, op. cit., p. 99.

340. Conforme já citada decisão do STF. MS 19968/DF, op. cit., p. 102.

No regime legal, a assim chamada fase de instrução constitui a primeira fase do inquérito administrativo, momento da admissão e produção das provas. A partir do exame do conjunto probatório, a Comissão formula novo juízo de acusação “tipificando a infração disciplinar” (retipificando porque a tipificação deve ser realizada na fase constitutiva do processo) e “formulando a indicição do servidor” (art. 161). Bem por isso abre-se a fase de defesa, momento em que se propicia a contestação da acusação formulada pela Comissão. No entanto, se a acusação for alterada (nova tipificação ou mudança na graduação da pena), dependendo da análise dos fatos nela contida, será necessária a reabertura da fase probatória. Assim, a fase probatória estende-se tanto à fase legal de instrução como de defesa.

Ora, no regime da Lei 8.112/1990, a fase de produção probatória é anterior à defesa. Não há menção alguma à reabertura da fase legal de instrução, muito embora a Comissão detenha a prerrogativa de formular novo juízo de acusação. O estudo da fase probatória pressupõe o conhecimento do sentido de prova no sistema processual contraditório. Antes foi dito que a prova visa à descoberta da premissa normativa do caso administrativo e não há prova sem contraditório. Curial desenvolver essas ideias.

Na definição de Odete Medauar, “o contraditório significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem”.³⁴¹

Para Luiz Guilherme Marinoni, o direito à prova é corolário do princípio do contraditório: “de nada adianta a participação sem a possibilidade do uso dos meios necessários à demonstração das alegações. O direito à prova, destarte, é resultado da necessidade de se garantir à parte a adequada participação no processo”.³⁴² De igual forma, Couture sustenta que “o procedimento da prova não é senão uma manifestação particular do contraditório. Como não se concebe um processo sem debate, tampouco se pode conceber que uma parte produza uma prova sem a rigorosa fiscalização do juiz e do adversário” (*traduzido*).³⁴³

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho acentua a imprescindibilidade da prova para a garantia da defesa: “não há defesa, nem eficácia quanto aos efeitos dela, sem que a matéria de prova assuma condição de relevo jurídico na orientação dogmática do processo administrativo”.³⁴⁴

Vincenzo Vigoriti critica a Corte Constitucional italiana a partir da lição da jurisprudência americana. Esta reconhece a relevância da prova para o exercício da defesa e efetividade do contraditório: “Sempre em tema de provas, enquanto - como veremos - toda a jurisprudência americana, sem exceção, reconhece a relevância da

341. Op. cit., p. 96.

342. Op. cit., p. 167.

343. Op. cit., p. 253.

344. Introdução à Teoria da Prova Administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 21, jul.-set. 1972. p. 35.

disciplina da prova para o exercício da defesa, porquanto através das provas se garante a efetividade do contraditório, a Corte Constitucional em duas conhecidas questões expressou opiniões contrastantes” (*traduzido*).³⁴⁵

Comentando decisões contrárias da Corte Constitucional italiana, em matéria de limitação dos meios de prova, Vincenzo Vigoriti assinala que, embora haja divergência, ambas chegam a um ponto comum: reconhecem que a disciplina dos meios de prova interfere diretamente no direito de ação e de defesa, pois indevidas limitações da prova podem tornar vazia de eficácia a norma constitucional de garantia do processo (art. 24 da Constituição italiana).³⁴⁶

Para Barbosa Moreira, a garantia do contraditório conecta-se com o direito à prova. Nessas condições, garante-se a igual oportunidade de pleitear a produção de provas, a proibição de disparidade de critérios para o deferimento ou indeferimento delas, ou seja, a equivalente possibilidade de participar dos atos probatórios e manifestar-se sobre seus resultados.³⁴⁷

Como se vê, a doutrina é uníssona em afirmar a íntima relação da disciplina da prova com o contraditório. Importa, pois, avaliar o resultado dessa ligação no adequado entendimento da disciplina probatória. A prova pode ser observada a partir de dois pontos de vista. “*Tomada en su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio*”.³⁴⁸ No primeiro sentido, configura juízo de averiguação e comprovação (demonstração, corroboração da verdade ou falsidade das proposições formuladas em juízo).³⁴⁹ No segundo, a prova auxilia na formação da convicção do magistrado.³⁵⁰

Como se depreende da lição de Couture, a prova possui função instrumental em relação ao papel desempenhado pelos sujeitos processuais. Ainda assim, a prova pode ser compreendida como *argumentum*, inserida no contexto da lógica do provável e do verossímil, ligada à técnica da razão dialética e da verdade provável, construída com relação à problemática do processo.³⁵¹

Desde logo, a análise da prova no processo administrativo disciplinar passa pela verificação da: (a) posição dos sujeitos processuais na fase probatória, (b) finalidade da atividade probatória em consonância com a lógica processual dialética. Antes, porém, cumpre realizar breve incursão nos dois principais sistemas probatórios da atualidade: *civil law* e *common law*.

345. Op. cit., p. 522.

346. Idem, p. 523.

347. Op. cit., p. 232-233.

348. COUTURE, Eduardo J. Op. cit., p. 217.

349. COUTURE, Eduardo J. Idem, p. 215-216.

350. COUTURE, Eduardo J. Idem, p. 218.

351. GIULIANI, Alessandro. *Il Concetto di Prova: Contributo alla Logica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1961. p. 253.

Segundo Gian Antônio Micheli e Michele Taruffo, o desafio da teoria da prova consiste em adotar um sistema capaz de formar a convicção do julgador do modo mais desprendido possível das regras de julgamento pré-constituído, assegurando às partes a possibilidade de controlar sua formação.³⁵² Nessa linha, deduzem que “os sistemas probatórios não se podem desligar do princípio do direito de defesa em juízo e de seu corolário: o princípio do contraditório”.³⁵³

Os autores buscam contrapor os sistemas probatórios da *common law* e da *civil law* a partir da organização processual, segundo o princípio da defesa e do contraditório. No mecanismo da *common law*, prevalece a técnica da *cross examination* em que a definição do objeto da prova está diretamente ligada aos diversos pedidos e às defesas das partes. Resulta um formalismo mais rígido em relação à pertinência e à eficácia das provas. A instrução é deixada basicamente à iniciativa das partes, até no tocante à administração dos meios de prova. Porém, o juiz tem o poder de ordenar a produção das provas necessárias para o julgamento de maneira mais ampla que nos países da *civil law*.³⁵⁴

De outro lado, na *civil law*, há uma tendência em se reconhecer ao juiz um papel mais ativo na pesquisa das provas. Nas situações em que o direito subjetivo encontra limites em decorrência da prevalência do interesse público (direitos indisponíveis), o juiz pode exercer poderes inquisitórios sobre as provas e a disposição do objeto do litígio. Os poderes do julgador para ordenar as medidas de instrução são essenciais para a busca da verdade objetiva.³⁵⁵

Em síntese, no sistema da *common law*, o contraditório constitui o método essencial e exclusivo de administração da prova. Às partes cabe a administração da prova, sob a supervisão do órgão julgador. A prova resulta do combate entre as partes, sob o controle do juiz. Nesse sistema, o direito de participar na formação da prova alcança o máximo de sua realização. Não há problema quanto ao contraditório. Porém, o direito de se servirem de todos os meios de prova úteis para fundamentar sua pretensão está mais restrito: continuam em vigor várias regras do sistema tradicional das *exclusionary rules*. No sistema da *civil law*, as coisas se passam de outra forma. Aceita-se, como princípio geral, o direito das partes de utilizarem todos os meios de prova, com ressalvas em casos excepcionais. No entanto, as exceções ainda são numerosas. Já quanto à participação das partes na administração contraditória da prova, segue-se a determinação do juiz. As partes acabam atuando como assistentes da administração probatória, com poderes restritos em relação aos do juiz.³⁵⁶

352. A prova. *Revista de Processo*. vol. 16. p. 156. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1979.

353. Idem, ibidem.

354. Idem, p. 157.

355. Idem, p. 158.

356. Idem, p. 164-166.

Em relação ao contraditório e à defesa, Micheli e Taruffo concluem: no sistema probatório da *civil law*, está fortalecido o direito das partes à prova (como expressão do direito de ação e de defesa), enquanto, no da *common law*, a força reside no direito de participar da formação e da administração das provas (como expressão do princípio do contraditório).³⁵⁷

Quanto à finalidade da atividade probatória, a *fight theory of truth*, inerente ao *trial*, representa obstáculo ao estabelecimento da verdade. O sistema da *common law* é mais um método de combate entre partes do que um método direcionado à busca da verdade. Nega-se a eficácia do sistema para alcançar esse objetivo. Sua estrutura não se encontra orientada para este fim, a verdade é mais um resultado eventual.³⁵⁸ Já nos países da *civil law*, o objetivo da procura da verdade material está no centro das preocupações do direcionamento da atividade probatória, acentuando-se o papel do juiz “como aquele que busca a verdade”.³⁵⁹

2.4.2.2 O Poder Público como gestor da prova e julgador

Com efeito, a Lei 8.112/1990 assegura à Comissão de Inquérito amplo poder de gestão e administração da prova. Vale a pena conferir as letras do art. 155, do § 1.º do art. 156, e do art. 159:

“Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.”

“Art. 156. (...) § 1.º O Presidente da Comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.”

“Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.”

A Comissão de Inquérito, órgão responsável pelo inquérito administrativo (art. 149 da Lei 8.112/1990), é designada pela autoridade instauradora do “processo disciplinar”. O mesmo se passa com a Comissão de Sindicância (art. 149, § 2.º, da Lei 8.112/1990). Logo, à Comissão Processante incumbe a fixação do *thema probandum*: quais os fatos considerados relevantes e que devem constituir objeto da prova, a delimitação dos meios de prova cabíveis (podendo, por exemplo, denegar pedido de prova pericial quando a comprovação do fato independe de conhecimento especial de perito – § 2.º, do art. 156 da Lei 8.112/1990) e, o que é mais importante, a avaliação

357. Idem, p. 164.

358. Idem, p. 167.

359. Idem, ibidem.

das provas e contraprovas opostas pelo servidor acusado ou litigante (§ 1.º do art. 156 da Lei 8.112/1990).

A Comissão de Inquérito exerce, com exclusividade, o ofício da instrução no “processo disciplinar” (leitura a ser estendida à sindicância, na omissão legal). Se, mais tarde, a autoridade competente para o julgamento discordar da maneira como foi conduzida a instrução (por vícios motivadores de invalidades) poderá, no máximo, designar nova Comissão (art. 169 da Lei 8.112/1990) ou julgar de forma contrária ao relatório.

A atividade de instrução, levada a cabo pela Comissão de Inquérito, tem como ponto de partida a acusação apresentada pela autoridade instauradora do processo e a defesa do servidor acusado. Porém, ela não se dirige, exclusivamente, à feitura do relatório, fonte de convencimento da autoridade julgadora. Dirige-se também ao seu próprio convencimento quando reavalia a acusação primeiramente formulada, indiciando ou não o servidor (art. 161 da Lei 8.112/1990).

Extremamente delicada a situação do servidor acusado. Figura, no outro polo da relação processual, órgão que concentra a função de instruir e acusar, dotado de fortes poderes para, além de determinar todo o curso das provas e das alegações, formular novo juízo de acusação quando entender finda a fase probatória.

O fato de a autoridade administrativa concentrar tão contundente iniciativa não a exime de submeter-se à regra do contraditório.³⁶⁰ Pelo contrário, o contraditório imporá regras muito mais rígidas. Afinal, o servidor não pode ser colocado na condição de episódico interlocutor. Como bem salienta Elio Fazallari, qualquer que seja o poder inquisitorial do autor do ato, quando se trata de prova a ser constituída, a produção deve ser feita na presença das partes e com igual direito a tomar parte nos debates (também a regra de exibição de documentos e coisas).³⁶¹

Aliás, a ideia inovadora no processo civil, difundida na doutrina brasileira, sobretudo por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, postula pelo direito das partes de se manifestarem, em prazo razoável, sobre todas as questões de fato e de direito essenciais para a decisão da causa, pouco importando que seu exame decorra da decisão voluntária do órgão judicial ou da imposição da regra *iura novit curia*.³⁶² Quando a lei processual confere ao juiz o poder de examinar de ofício dada matéria, não lhe outorga a prerrogativa de decidi-la de ofício. Assim como as exceções das partes, as exceções examináveis de ofício ampliam o *thema decidendum* sobre o qual as partes têm o direito de se manifestar previamente.³⁶³

360. Foi Denti um dos primeiros a assinalar que contraditório e processo inquisitório não são termos antitéticos, sendo possível que a prova seja adquirida por iniciativa do juiz e a sua aquisição esteja submetida à regra do contraditório. (DENTI, Vittorio Perizie. Nullità processuali e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 3. p. 405. Padova, aug.-set. 1967).

361. Op. cit., p. 1076.

362. Op. cit., p. 38.

363. DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 2. p. 224. Padova: Cedam, apr.-giug. 1968.

O raciocínio de Barbosa Moreira a respeito da iniciativa probatória de ofício do órgão julgador pode ser transferido para a atividade da Comissão: “Todavia, as partes não de ser científicas da realização de quaisquer atos instrutórios, e deles poderão igualmente participar. Peças insertas nos autos em consequência da iniciativa oficial terão de submeter-se à crítica dos litigantes.”³⁶⁴

Não é diferente a lição de Luiz Guilherme Marinoni, para quem “no caso de prova determinada de ofício, além de a parte ter o direito de sobre ela se pronunciar, possui, também, o direito de participar da sua produção. (...) Portanto, quando o juiz produz a prova de ofício, ele se encontra, em respeito à exigência do contraditório, na mesma posição da parte.”³⁶⁵ Nesse sentido, Vittorio Denti observa a necessidade de o julgador submeter ao exame das partes todas as questões de fato examináveis de ofício antes de decidir, tendo em vista o princípio da colaboração entre as partes e o juiz como “*diretto strumento di originale edificazione del processo*.”³⁶⁶

O contraditório impõe-se sempre que a autoridade julgadora, no exercício de suas funções, atua com capacidade para influenciar a solução do litígio. As medidas de instrução, decididas de ofício, deverão ser executadas contraditoriamente. Nenhuma decisão pode ser tomada sem que as partes tenham tido a oportunidade de debatê-la em todos os seus elementos.³⁶⁷ O contraditório vai além do direito de defesa, pois assegura o direito de intervir ativamente no desenvolvimento e resultado do processo.

Aplica-se, subsidiariamente, ao processo administrativo disciplinar, o art. 41 da Lei 9.784/1999: “os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.” Afinal, o servidor acusado deve ser intimado, com antecedência, de qualquer diligência determinada, de ofício, pela Comissão Processante para que possa acompanhar e fiscalizar a produção da prova.³⁶⁸

O servidor ou seu procurador deverá ser informado, em prazo razoável, para opinar e participar antes e durante a produção da prova. Todas as decisões da Comissão, reputando as postulações do servidor como impertinentes, protelatórias,

364. Op. cit., p. 233.

365. Op. cit., p. 168.

366. Op. cit., p. 218.

367. Ressalvado o exercício pela administração do poder geral de cautela, que, tal qual no processo jurisdicional, além de cumprir rígidos pressupostos para sua ativação, não pode chegar ao ponto de suprimir a fase processual da defesa prévia à decisão que extingue o processo em 1.^a Instância.

368. Diante da ausência de dispositivo expresso na Lei 8.112/1990 sobre a forma de intimação do servidor durante a fase instrutória, aplicam-se, subsidiariamente, as regras contidas no art. 26 e parágrafos da Lei 9.784/1999: “§ 3.º A intimação poderá ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou por outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado; § 4.º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deverá ser efetuada por meio de publicação oficial; § 5.º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade”.

irrelevantes ou ilícitas, deverão ser fundamentadas e tornadas acessíveis, a fim de viabilizar eventuais manifestações recursais. É o que decorre da aplicação subsidiária do § 2.º do art. 38 da Lei 9.784/1999: “Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”.

É suficiente para a admissão de uma prova solicitada que ela seja hipoteticamente idônea para aportar, direta ou indiretamente, elementos de conhecimento sobre fatos que devam ser provados. É alheio ao conceito de pertinência da prova o elemento de sua eventual eficácia, ou seja, baseando-se em juízos apriorísticos de que a prova proposta não alcançará os resultados pretendidos.³⁶⁹ O juiz também não pode recusar um meio probatório sob a alegação de que já está convencido da existência ou inexistência da realidade fática controvertida, pois desconhece se a referida prova incidirá ou não sobre o seu convencimento, já que a valoração da prova tem lugar ao final do processo, ao ditar a sentença. Do contrário, estar-se-á prejudgando o assunto.³⁷⁰ A fundamentação do ato de indeferimento da produção de provas é essencial para que o Poder Judiciário possa examinar se a prova proposta pela defesa, no processo administrativo disciplinar, era realmente impertinente, protelatória, irrelevante ou ilícita.³⁷¹

A audiência do servidor acusador assegura-lhe o direito de manifestar o próprio ponto de vista sobre fatos, documentos, interpretações e argumentos apresentados pela administração ou por outros sujeitos. Igual tratamento é conferido no caso do direito de propor provas³⁷² e vê-las realizadas (somente podendo ser rejeitadas por decisão expressa e fundamentada), correspondendo-lhe prazo razoável para o preparo das observações a serem contrapostas.³⁷³

369. JUNOY, Joan Picó I. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Jose Maria Bosch Ed. S.A., 1996, p. 55.

370. *Idem*, p. 56.

371. “Agente de fiscalização e arrecadação estadual. Demissão. Ofensa aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa não caracterizados. Providências protelatórias indeferidas. Prova requerida de responsabilidade e ônus do próprio servidor. 1. Caracterizando-se o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar. 2. Não há ilegalidade em ato indeferitório de produção de provas, eminentemente protelatórias, competindo, ainda, ao servidor a entrega de documentos que pretenda utilizar-se, desde que fiquem sob a sua guarda. 3. Recurso conhecido e desprovido.” (STJ, RO em MS 4.393/MT, 5.ª T., j. 18.10.1999, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 18.10.1999, p. 237).

372. Direito expressamente reconhecido pela Lei 9.784/1999 aos “interessados” no processo administrativo com aplicabilidade em sede de processo administrativo disciplinar: “Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias” e “Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo”.

373. MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 106.

Nesse sentido, o servidor acusado ou seu defensor devem ser intimados, com antecedência, de todas as audiências, seja para oitiva de testemunhas ou de pessoas com autoridade e experiência na matéria (peritos), para que possam dela participar.³⁷⁴ Essa orientação prevaleceu em julgado do TJPR: “Realização de audiência para oitiva de testemunhas sem a presença do acusado ou de seu causídico. Cerceamento de defesa. Violação ao princípio consagrado pelo inc. LV, art. 5.º, da CF/1988.”³⁷⁵

De extrema importância o reforçamento do § 2.º do art. 152 da Lei 8.112/1990, segundo o qual “as reuniões da comissão serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas”. Muito mais do que isso, o servidor acusado ou seu defensor constituído têm direito de participar das reuniões da Comissão, porque o julgamento secreto não se compatibiliza com o contraditório.³⁷⁶ O “sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração”, na dicção do art. 150 da Lei 8.112/1990, somente pode ser aplicado a terceiros. O caráter “reservado” das reuniões e audiências da Comissão deve ser interpretado

374. O art. 157 da Lei 8.112/1990 estabelece que “as testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da Comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexada aos autos”. Nesse caso, o servidor também deverá ser intimado, com razoável antecedência, do dia, hora e local da inquirição de testemunhas para que possa comparecer e fazer contraprova (fazendo valer o § 2.º do art. 159 da Lei 8.112/1990: “O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da Comissão”).

375. TJPR, ApCiv e Reexame Necessário 32664100, Acórdão 10.721, 2.ª Câm. Civ., j. 26.10.1994, v.u., rel. Des. Carlos Raitani.

376. A jurisprudência é pacífica quanto à proibição do julgamento secreto. “Sindicância contra magistrado instaurada pela Corregedoria da Justiça e remetida pelo Conselho da Magistratura ao Órgão Especial do Tribunal, que resolveu colocar o juiz em disponibilidade. Os fatos apurados, com pleno conhecimento das acusações, nem sequer negadas no seu todo, garantida ampla defesa, justificam a instauração do procedimento administrativo, não importando em cerceamento de defesa. A exigência de julgamento secreto é incompatível com a nova ordem constitucional, nada proibindo seja computado o voto do Presidente, para obtenção da maioria qualificada, em feito de natureza administrativa regular, também, a convocação de membro efetivo do Tribunal, em razão de afastamento ou ausência do titular” (STJ, RO em MS 1.013/PR, rel. Min. Helio Mosimann, 2.ª T., j. 25.03.1992, DJU 25.05.1992, p. 7365). Decisão do TRF-4.ª Reg.: “Constitucional. Administrativo. Julgamento Secreto. Cerceamento de Defesa. 1. Não podem as partes e seus advogados ser impedidos de participar da sessão de julgamento, sob pena de cerceamento de defesa”. (TRF-4.ª Reg., ApCiv 93.04.18079-1/PR, 5.ª T., rel. Juíza Luiza Dias Cassales. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região*, n. 23, a. 7, p. 53, Porto Alegre, jan.-mar. 1996). No mesmo sentido, julgado do TJPR: “Conselho de Justificação. Lei Estadual 8.115/1985. Sessão final. Julgamento secreto. Violação do princípio da ampla defesa e da publicidade dos julgamentos. Nulidade. Viola os princípios constitucionais da ampla defesa e da publicidade dos julgamentos, o procedimento administrativo militar de natureza disciplinar em Conselho de Justificação, cuja sessão final de deliberação sobre o relatório e julgamento da conduta do justificante tenha sido realizada sem a presença deste ou de seu defensor, não intimados para o ato. Nulidade do julgamento” (TJPR, Autos de Conselho de Justificação n. 75.207-0, de Curitiba, Acórdão n. 12077, 2.ª Câmara Criminal, j. 16.03.2000, rel. Des. Nunes do Nascimento).

como reservado a terceiros. A imposição dessa interpretação tem relação direta com o direito de presença do acusado (ou do litigante) em todas as fases processuais, como adiante será analisado.

Como se vê, também em sede de processo administrativo disciplinar, o sistema probatório legal brasileiro filia-se à *civil law*, a partir da dotação de amplos poderes à autoridade instrutora, justificados pelo princípio da oficialidade e, em última instância, pela busca da verdade ou, na linguagem da Lei 8.112/1990, “completa elucidação dos fatos” (art. 155, parte final). Em vários trechos legais, constata-se o papel secundário reservado ao servidor (de assistente na administração probatória), com poderes restritos. Citem-se, entre outros, o art. 150, assegurando o “sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração”, a critério da Comissão de Inquérito; o art. 156, estabelecendo o direito do servidor “de acompanhar o processo”; o § 2.º do art. 159, vedando ao seu procurador “interferir nas perguntas e respostas” do interrogatório do servidor realizado pela Comissão. De outro lado, a lei fixa como princípio geral o direito das partes de utilizarem todos os meios de prova, com ressalva em casos excepcionais (art. 153, §§ 1.º e 2.º do art. 156).

Apesar de o sistema legal probatório orientar-se pela *civil law*, não parece que o sistema constitucional forneça, de antemão, tal opção. Da análise da lição de Micheli e Taruffo poder-se-ia aventar que o contraditório é princípio máximo na *common law*, assim como a defesa (com atenção à amplitude dos meios de prova) o é na *civil law*.

A Constituição Federal de 1988 opta pelo contraditório e pela ampla defesa. Como já analisado, é necessário levar em consideração os limites e as possibilidades da incidência dos princípios constitucionais. A Constituição – como programa para o futuro, na linguagem de Ferrajoli³⁷⁷ – aponta para um sistema de progressiva convivência equilibrada do contraditório e da ampla defesa.³⁷⁸

2.4.2.3 Verdade material e verdade formal no processo administrativo disciplinar

É tradição da doutrina brasileira situar a verdade material como princípio de qualquer procedimento ou processo administrativo. Daí o pensamento de Hely

377. Em igual sentido, Clèmerson Merlin Clève, para quem a Constituição brasileira “sustenta uma resposta para o passado e uma proposta para o futuro”. O autor comprova a assertiva, exemplificando a resposta para o passado, no campo administrativo com a exigência de transparência e moralidade na administração pública. Como proposta para o futuro, salienta a necessidade de buscar-se a efetividade dos comandos constitucionais. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória*. Trabalho proferido no Seminário Nacional sobre o Uso Alternativo do Direito. Rio de Janeiro: Coad, 1993. p. 47-48).

378. Necessário frisar que a análise de ambos os sistemas – *civil law* e *common law* – concentra-se no aspecto probatório. Afinal, a estrutura processual geral desses sistemas liga-se a uma perspectiva sociológica e ideológico-política muito mais ampla.

Lopes Meirelles,³⁷⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello,³⁸⁰ Odete Medauar³⁸¹ e Lúcia Valle Figueiredo.³⁸² Parece que a principiologia do sistema probatório da *civil law* ganha força no terreno da processualidade administrativa. Afinal, as prerrogativas processuais da autoridade recebem embasamento no dever de eficiência para o total esclarecimento dos fatos.

Justamente porque a verdade material funciona como fundamento para concessão de privilégios aos órgãos responsáveis pela persecução administrativa, é frequente a comparação doutrinária entre julgador do processo judicial e julgador do processo administrativo quando o tema vem à tona. Nessa ótica, Juan Carlos Cassagne deduz: “A diferencia de lo que acontece en el proceso judicial donde el juez circunscribe su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, siendo ellas el único fundamento de la sentencia, en el procedimiento administrativo, el órgano que lo dirige e impulsa ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia o no de lo alegado y probado por el administrado.”³⁸³

Contudo, a costumeira interpretação da aplicação da verdade material, no processo judicial civil, liga-se diretamente à posição do juiz-Estado como órgão *super partes*: como garantia de isenção e imparcialidade, a doutrina defende a restrição da

-
379. A ideia de Hely Lopes Meirelles permanece a mesma dos anos 1970 até aqui. Traduz o princípio da verdade material como *liberdade na prova*, “o qual autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo”. (O processo administrativo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 7. p. 37. São Paulo, dez. 1975 e *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 594).
380. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a verdade material “consiste em que a administração, ao invés de ficar restrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente a verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado, como bem o diz Héctor Jorge Escola”. Op. cit., p. 321, 323.
381. A autora conceitua verdade material como princípio “vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos”. Op. cit., 121.
382. A autora traduz princípio da verdade material com princípio inquisitivo (aplicado no processo administrativo e penal), contraposto ao princípio dispositivo, peculiar ao processo civil. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 292. No Peru, Bacacorso sustenta, nas mesmas linhas, que o princípio da verdade material (descoberta da verdade absoluta dos fatos, isto é, sem contentar-se com a mera formalidade ou indício que pudesse aflorar de alguns meios probatórios) responde ao princípio processual chamado inquisitivo, inspirado no direito penal. (*Tratado de derecho administrativo*. 2. ed. Miraflores: Gaceta Jurídica, 1997. t. II, p. 37).
383. Op. cit., p. 319. Para Comadira, o princípio da verdade jurídica objetiva (material) é um princípio geral válido para toda classe de procedimento administrativo, seja constitutivo ou impugnativo, embora este último guarde mais similitude com o procedimento judicial civil. (COMADIRA, Julio Rodolfo. *Derecho administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 129).

iniciativa probatória do juiz. Mesmo assim, o princípio não está isento de polêmica com a nova visão publicista e instrumental do processo.³⁸⁴

Para devidamente compreender a verdade material, impõe-se ir ao encontro de sua antípoda: a verdade formal. No processo regido pela verdade formal, somente os fatos alegados pelas partes e as provas por elas produzidas podem constituir fundamento da decisão judicial. Vigora o princípio da autorresponsabilidade probatória: a condução do processo constitui risco exclusivo das partes, com a repartição dos ônus processuais; por essa razão, sobre os fatos afirmados por uma parte e não negados pela outra recai uma presunção relativa de veracidade.³⁸⁵

O processo regido exclusivamente pelo princípio da verdade formal caracteriza-se pela ausência de iniciativa probatória do órgão julgador, cabendo às partes a formação do material fático, suporte da decisão. Pelo contrário, no processo regido pelo princípio da verdade material, o órgão julgador não está limitado aos fatos discutidos pelas partes; sua atividade investigatória estende-se *autonomamente* à todas as circunstâncias consideradas relevantes.³⁸⁶

No processo civil, a valorização da verdade formal vai ao encontro de um processo entre sujeitos parciais, defendendo suas posições de acordo com seus interesses particulares. A inserção da verdade material é questionada pelo perigo da quebra da igualdade entre os litigantes.

Do contrário, no processo penal, a valorização da verdade material vai ao encontro de um processo que tem de um lado o Ministério Público, como sujeito processual imparcial, exercendo suas funções, pautado no dever de objetividade jurídica, e, de outro, o indivíduo acusado, como parte, defendendo seu interesse no processo. O sistema repudia a ideia de que o agente do Ministério Público possa ter sua acusação prejudicada em razão de prova produzida de ofício pelo juiz, capaz de fundamentar juízo de absolvição do acusado. Se ao juiz forem conferidos maiores poderes de instrução, em nada estará afetada a igualdade processual, pois ao Ministério Público somente interessa reclamar pela punição dos que forem verdadeiramente culpados.

A verdade material ou formal precisa ser analisada a partir das funções dos sujeitos no processo. Assim, será possível entender o significado da verdade material como princípio instrutório do processo administrativo disciplinar.

No regime legal do “processo disciplinar”, à Comissão de Inquérito incumbe instruir o processo (fase do inquérito administrativo) e reformular a acusação por ocasião da elaboração do Termo de Instrução (art. 161 da Lei 8.112/1990). Em ambos os casos, deve atuar de forma independente e imparcial. Do outro canto, está o ser-

384. Na defesa de maior participação do juiz na instrução, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Ed. RT, 1991. p. 102-103.

385. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 189.

386. Idem, p. 192.

vidor acusado, em seu papel de parte. Há, ainda, uma autoridade julgadora, estritamente vinculada ao Relatório da Comissão e despida de qualquer poder instrutório, podendo, no máximo, anular o processo ou parte dele e designar nova Comissão, se constatar vícios insanáveis no inquérito administrativo (art. 169 da Lei 8.112/1990).

É extremamente difícil desvendar o sentido da incidência da verdade material num processo no qual participam da fase probatória, e, de resto, instrutória, apenas dois sujeitos – Comissão e servidor –, e não três, como no processo jurisdicional. Ainda, num processo em que o órgão responsável pela decisão final não participa de nenhuma das fases anteriores, tendo de formar seu convencimento a partir de dados relatados no processo.

Na verdade, há dois juízes, por assim dizer, no processo administrativo disciplinar. A Comissão Processante julga as provas, enquanto a autoridade julgadora, a causa ao final. A verdade material dirigir-se-ia a ambas?

De toda sorte, o princípio da verdade material, tal qual afirmado comumente na doutrina, não diz muito, em termos práticos, com o contraditório na instrução do processo administrativo disciplinar (no sentido constitucional). Resta analisar o sentido lógico da expressão “verdade” como finalidade da prova.

A prova atua na reconstrução dos fatos afirmados pelos sujeitos processuais, visando criar no espírito do julgador o estado de convicção, de acordo com a razoabilidade da aplicação prática do direito, a partir do qual poderá decidir.³⁸⁷ O suporte fático da decisão não se constitui pelos fatos em si, mas pelo que restou provado deles, ou seja, pelo juízo de valor formado sobre eles (os fatos). A prova representa, por isso mesmo, manifestação da probabilidade da existência ou inexistência de determinada realidade.

No final de sua brilhante carreira jurídica, Carnelutti considerou que a finalidade do processo não poderia ser a busca da verdade (seja ela formal ou material), porque ela pressupõe o conhecimento de todas as outras coisas e nosso conhecimento é limitado e parcial.³⁸⁸ A busca do processo é a certeza, e a matriz da certeza está na escolha. A certeza implica escolha: este é o passo decisivo para a compreensão do conceito e o drama do processo.

Ora, a escolha implica dúvida. O juiz está diante de duas estradas. A dúvida é a incompatibilidade entre dois raciocínios. E a lei, ainda que premissa maior do raciocínio, não exime o juiz da escolha. Nessa escolha, o saber é insuficiente e isso é reconhecido desde o tempo de Sócrates. Não há um problema resolvido que não

387. “A prova visa apenas, de acordo com os critérios de razoabilidade essenciais à aplicação prática do Direito, criar no espírito do julgador um estado de convicção, assente na certeza relativa do fato.” (VARELA, Antunes et al. *Manual de processo civil*. Coimbra: Coimbra, 1985. p. 435-436. *Apud* RIBEIRO, Darci Guimarães. Tendências modernas da prova. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. vol. 138. p. 62. São Paulo: Ed. Jurídica Vellenich, jul. 1995.

388. *Op. cit.*, p. 5.

suscite uma quantidade de outros para resolver. Por sua vez, aqui entra o crer, atividade ligada ao campo da liberdade pessoal. Nas palavras de Carnelutti: "Se não houvesse senão o ato de pensar, nem o juiz poderia absolver ou condenar nem, em geral, o homem poderia agir. Então aparece em jogo o crer, mas com um significado diverso, isto é, de qualquer coisa que integra a deficiência do saber" (*traduzido*).³⁸⁹

Com base na lição de Carnelutti, refuta-se a ideia tão difundida da verdade material ou formal como finalidade do sistema probatório. A verdade do processo será sempre uma *verdade processual*: escolhida como a adequada por um órgão julgador que formou seu convencimento com base nos fatos debatidos por todos os sujeitos processuais, incluindo ele.³⁹⁰ A *verdade processual*, para continuar sendo verdade, somente poderia ser entendida como não contradição ou síntese. Mais adequada à lógica do processo, a noção de certeza.³⁹¹

A finalidade precípua da prova é a certeza, tendo por pano de fundo a escolha. A axiologia processual pauta-se no terreno do admissível-inadmissível, eficaz-ineficaz. Bem por isso, a validade da escolha do julgador depende do debate processual norteado pelo contraditório e pela ampla defesa (este o sentido dos vícios de validade processual como a falta de motivação, a incoerência entre relatório e fundamentação, entre outros) e não porque verdadeira, material ou formalmente.

A prova está no campo da probabilidade ou da verossimilhança. Dada essa natureza, são inaceitáveis regras que asseguram a um só sujeito participar da instrução probatória. Todos os juízos de valor relacionados a prova devem estar respaldados em prévia discussão entre Comissão Processante e servidor.

Com efeito, a aceitação do princípio da verdade material pode conduzir a dois resultados indesejáveis: (I) permanência da visão inquisitória do processo administrativo e (II) a admissão da *reformatio in pejus*.³⁹² Indesejáveis, sobretudo, num processo administrativo que encontra no contraditório a sua razão de ser democrática.

389. Idem, p. 8. Na mesma linha, Piero Calamandrei: "As premissas, não obstante o seu nome, são frequentemente postas depois. O tecto, em matéria jurídica, pode assim construir-se antes das paredes. Não quer isto dizer, porém, que a parte dispositiva seja dita ao acaso e que a fundamentação tenha apenas o fim de fazer aparecer como fruto de rigoroso raciocínio o que na realidade é fruto do arbítrio. Apenas se quer dizer que, ao julgar, a intuição e o sentimento têm frequentemente maior lugar do que à primeira vista parece. Não foi sem razão que alguém disse que a sentença derivava de sentir". Op. cit., p. 145.

390. Para Foschini, a verdade é o resultado do processo. Verdade no sentido de não contradição, síntese entre a tese e a antítese. Mesmo aqui, percebe-se que não se trata de uma verdade em si, mas limitada pelos fatos discutidos no processo.

391. Refuta-se, enfim, uma certa ideia de verdade, fundada em pressupostos positivistas e até matemáticos, incapaz de dar conta da complexidade do fenômeno processual. É claro que a verdade, devidamente compreendida como não contradição processual, continua a desempenhar um importante papel no processo administrativo disciplinar quando, por exemplo, fundamenta a possibilidade de sua revisão em face de novas circunstâncias aptas a inocentar ou minimizar a sanção administrativa.

392. COMADIRA, Julio Rodolfo. *Derecho administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, p. 128.

2.4.2.2 Momento de defesa no processo administrativo disciplinar

Como exposto, a fase de defesa constitui o segundo momento do inquérito administrativo do “processo disciplinar”, no regime da Lei 8.112/1990. Embora a sindicância para aplicação de penas mais leves e o processo para exoneração de servidor em estágio probatório não tenham o procedimento regulado pela lei, as ponderações sobre a fase de defesa podem esclarecer os passos exigidos quando da reformulação da acusação (ou indiciamento do servidor), por força da análise do material probatório.

Sempre que a lei ensejar a oportunidade de reformulação da acusação, no curso do processo, a via da oportunidade probatória não pode estar vedada. É claro que se a indicição do servidor corresponder à antiga acusação, formulada na instauração do processo, não há interesse capaz de justificar nova fase probatória. Do contrário, havendo alteração na acusação – como a retipificação do ilícito administrativo ou a mudança na graduação da penalidade proposta –, deve proporcionar-se ao acusado a chance de expor os motivos pelos quais entenda ou não ser oportuna nova fase probatória.

Neste último caso, a Administração terá de responder, motivadamente, porque entende pela necessidade ou não de nova colheita de provas: esse ato corresponde à uma decisão interlocutória, e a sua ausência, a um verdadeiro cerceamento de defesa, frustrando-se o direito ao recurso por parte do servidor acusado.³⁹³

O art. 48 da Lei 9.784/1999 impõe à Administração o dever de emitir decisões nos processos administrativos, em matéria de sua competência. Não distingue entre decisões finais ou interlocutórias. Por outro lado, o art. 49 fixa prazo de 30 dias, prorrogáveis por igual período, com expressa motivação, para que, depois de concluída a instrução, a Administração decida. Esse artigo incide também quando se faz necessária a reabertura da fase probatória, por exigência do contraditório.

A fase de defesa, tal qual disciplinada pela Lei 8.112/1990, no § 1.º do art. 161, transmite a falsa ideia de tratar-se da primeira defesa do servidor no processo. Isso porque a defesa deve ser ensejada antes mesmo da fase probatória e logo depois da instauração do processo. A intimação do servidor, para manifestar-se sobre a indicição formulada pela Comissão, não corresponde à citação, porque ele já deve ter sido chamado para integrar a relação processual (§ 1.º do art. 161); a designação de Defensor dativo faz-se necessária já na fase constitutiva do processo, quando o acusado, regularmente citado da Portaria de Instauração, não apresenta defesa.

A inserção do contraditório impede que o exercício do direito de defesa seja subtraído de alguma fase do processo administrativo disciplinar. O contraditório,

393. No processo contraditório, da regra da motivação para as decisões interlocutórias decorre a invalidade das decisões implícitas, uma vez que elas frustram o direito ao recurso administrativo.

mesmo não determinando exatamente o momento da oportunidade da defesa, veda o seu diferimento integral a uma fase processual posterior.³⁹⁴

2.4.2.3 Momento do relatório e alegações finais no processo administrativo disciplinar

No regime da Lei 8.112/1990, o relatório marca a última fase do inquérito administrativo. A Comissão de Inquérito conclui pela inocência ou responsabilidade do servidor (§ 1.º do art. 165 da Lei 8.112/1990) e, no segundo caso, indica o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes (§ 2.º do art. 165 da Lei 8.112/1990). O relatório é peça-chave do “processo disciplinar”: a autoridade julgadora somente poderá dele divergir se contrário à prova dos autos (art. 168 da Lei 8.112/1990).

O relatório constitui as alegações finais do órgão instrutor e acusador (Comissão de Inquérito) e justamente pelo seu alto grau de vinculação à fase decisória segue rígidas exigências legais de motivação (art. 165 da Lei 8.112/1990).³⁹⁵ O contraditório exige que as alegações finais do Estado-acusador sejam devidamente motivadas, a fim de possibilitar a resposta da defesa.

Ora, a motivação das alegações finais da Comissão é instrumental ao contraditório. Não só porque serve de orientação ao órgão julgador, mas principalmente porque fornece subsídios para as alegações finais da defesa. O contraditório manifesta-se como princípio dinâmico de ouvir a acusação, ouvir a defesa, em todos os momentos processuais importantes para a formação do convencimento do juiz administrativo.

Com efeito, às alegações finais da acusação devem seguir-se as da defesa, sob pena de quebra do liame contraditório entre os sujeitos processuais. A situação de inconstitucionalidade é ainda mais grave quando as alegações finais da acusação cumprem um papel decisivo no processo. É o caso da Lei 8.112/1990, ao determinar que, imediatamente após o Relatório, o “processo disciplinar” seja remetido à autoridade que determinou sua instauração (art. 166).

A Lei 9.784/1999 não dispõe expressamente acerca do direito do interessado de manifestar-se sobre a proposta de decisão do órgão de instrução antes do julgamento

394. Por exemplo, seria o caso em que, a pretexto de utilização do poder geral de cautela, a Administração decidisse o processo, sem a audiência prévia da outra parte, de forma que os extinguisse com ou sem julgamento de mérito, embora da decisão coubesse recurso ou reexame necessário. Em outras palavras, proíbe-se a supressão de Instâncias no processo administrativo, por força da incidência do contraditório e da ampla defesa. O poder geral de cautela, no processo administrativo, encontra previsão no art. 45 da Lei 9.784/1999: “Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado”.

395. No mesmo sentido, o art. 47 da Lei 9.784/1999: “O órgão de instrução que não for competente para emitir a decisão final elaborará relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente”.

(art. 47). Todavia, a previsão está implícita no art. 44, quando garante o direito do interessado de manifestar-se depois de encerrada a instrução. Afinal, a instrução só é realmente encerrada com o Relatório do órgão de instrução.

Lembre-se: o contraditório vai além da oportunidade de ser ouvido antes da decisão final, para constituir-se na oportunidade de influir no *iter* formativo do convencimento do julgador.

2.4.3 Fase do julgamento do processo administrativo disciplinar

O julgador não pode decidir uma questão quando ela não tiver sido, de algum modo, debatida pelas partes.³⁹⁶ É regra geral, aplicável a todos os processos, que a autoridade competente para o provimento final deve levar em conta o resultado do contraditório.³⁹⁷ Nesse passo, comprova-se a estrutura do contraditório exposta por Foschini: a decisão deve corresponder à síntese da contraposição entre tese e antítese.³⁹⁸

2.4.3.1 Deveres da Administração Pública decorrentes do princípio do contraditório: motivação e comunicação da decisão final

A atenção sobre a fase de julgamento deve ser redobrada, pois constitui o momento decisivo da verificação do atingimento da finalidade do método processual contraditório (processo como “garantia de meios e de resultados”). A motivação³⁹⁹ e a comunicação do ato decisório com as mesmas garantias da citação⁴⁰⁰ são regras instrumentais colocadas pelo sistema para garantir a realização do contraditório.

Nessa linha de raciocínio, Feliciano Benvenuti salienta que, se o contraditório parece ser essencial à fase de constituição do processo, como a de instrução, é também essencial na fase decisória porque o juiz deve, imparcialmente, levar em consideração o resultado da atividade das partes. Ao dizer o direito, o julgador deve continuar o diálogo iniciado, a cada parte respondendo, e, sobre a atividade de cada

396. DENTI, Vittorio. *Perizie, Nullità Processuali e Contraddittorio*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 3, lug./set. 1967, p. 221.

397. FAZZALARI, Elio. *Op. cit.*, p. 1076.

398. FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del diritto processuale penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 194-195. Em recente decisão do STF, o Min. Sepúlveda Pertence asseverou que as garantias constitucionais de defesa (contraditório, ampla defesa e devido processo legal) implicam “o direito à consideração das razões deduzidas em juízo, compreendido na pretensão à tutela jurídica”. (STF, RE 163.301/AM, 1.ª T., j. 21.11.1997, rel. Min. Sepúlveda Pertence. *DJU* 28.11.1997, p. 62230,).

399. Conforme Odete Medauar, “pela motivação se percebe como e quando determinado fato, documento ou alegação influenciou sobre a decisão final”. Nessa linha, a autora deduz que o dever de fundamentar as atuações administrativas processualizadas constitui meio inerente ao princípio do contraditório. *Op. cit.*, p. 107, 111.

400. Segundo Fazzalari, “é regra constante que, onde o ato final não seja realizado na presença das partes, venha comunicado com a mesma garantia do ato introdutivo” (*traduzido*). *Op. cit.*, p. 1076.

uma, julgando. A assertiva configura conceito genérico aplicável tanto em sede de processo judicial como de administrativo.⁴⁰¹

A portaria vincula a administração no momento da decisão. O motivo da punição está ligado ao motivo do processo nela expresso, de tal forma que o servidor somente poderá ser punido pelas irregularidades ali arguidas, nunca por faltas diferentes.⁴⁰² É claro que, no atual “processo disciplinar” da Lei 8.112/1990, esse balizamento deverá ser feito com base no Termo de Indiciação da Comissão de Inquérito. De toda sorte, na decisão o órgão julgador está adrede limitado pelos fatos debatidos pelos sujeitos processuais.

A decisão não pode exceder os limites da conclusão (questões debatidas pelas partes), assim como devem ser levados em conta os elementos probatórios produzidos, segundo procedimento em que as partes hajam tido oportunidade real de participar.⁴⁰³

Como sublinha José Fernando Cedeño de Barros, a falta de motivação pode consistir: “i) na omissão das razões de convencimento, ii) em erro lógico-jurídico, de modo que as premissas de que se extraiu a decisão possam ser consideradas carentes de motivação intrínseca, iii) na omissão de fato decisivo para a autoridade julgadora, acarretando carência de motivação extrínseca”.⁴⁰⁴

Sempre que a decisão final resultar da interação das atividades de mais de um órgão, a rigidez da motivação e da comunicação processual estende-se a ambos. Nesse sentido, aplica-se, em sede de processo administrativo disciplinar, o § 1.º do art. 38 da Lei 9.784/1999: “Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão”.

Não importa para este fim que haja divergência entre ambos, porque cada um desempenha competência própria e intransferível no processo, ao contrário do que se poderia deduzir do parágrafo único do art. 168 da Lei 8.112/1990 ao estabelecer o dever de motivação da autoridade julgadora, quando esta “agravar a penalidade, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade”. Portanto, o dever de fundamentação subsiste mesmo quando a autoridade julgadora concorda integralmente com o Relatório da Comissão.

Assim, Hely Lopes Meirelles admite que haja discordância com o parecer da Comissão “para impor pena não pedida, minorar, agravar ou excluir a responsabilidade do acusado”,⁴⁰⁵ mas não aceita, com toda a razão, que haja julgamento sem fundamentação. Aduz o autor, acertadamente, que “Punição sem justificativa nos

401. Op. cit., p. 739.

402. ROSA, Fábio Alves. Op. cit., p. 45.

403. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 231.

404. Op. cit., p. 140.

405. O processo administrativo... cit., p. 48.

elementos do processo é nula, porque deixa de ser ato disciplinar legítimo para se converter em ato arbitrário, ilegal, portanto.”⁴⁰⁶ Tal entendimento é confirmado por julgado do TJPR⁴⁰⁷ e também por decisão do STF.⁴⁰⁸

Logo, se a autoridade julgadora for divergir do Relatório para agravar a situação do acusado, será imprescindível que sinalize essa intenção antes de proferir sua decisão, cientificando previamente o acusado para que possa defender-se dos novos fatos, incluindo a possibilidade de reabertura da fase instrutória, se necessária.⁴⁰⁹

É possível, nesta linha, firmar algumas regras básicas para a motivação dos julgamentos administrativos (incluindo o Relatório e a própria decisão final), em sede de processo administrativo disciplinar: (a) o dever da autoridade julgadora de fazer referência aos argumentos expostos pelo servidor que serve tanto à Comissão de Inquérito ou Comissão de Sindicância no Relatório quanto para a autoridade julgadora, acrescentando-se neste último caso a exigência da exposição dos argumentos da Comissão Inquérito/Sindicância; (b) o dever da autoridade julgadora de decidir com base nos elementos constantes dos autos e não em sua ciência privada, devendo tanto a Comissão de Inquérito/Sindicância quanto a autoridade julgadora expor os fundamentados de fato, com base no resultado da atividade instrutória do processo administrativo (§ 1º do art. 38 da Lei 9.784/1999); (c) a necessidade

406. *Idem*, *Ibidem*.

407. “Não se pode negar ao Poder Judiciário o exame do processo administrativo, a fim de indagar se o ato dele resultante se acha ou não calcado na prova (STF, RDA 101/149). Insuficiente um procedimento formal, intrinsecamente correto, mas sobretudo exigível é que de sua essência flua a certeza da culpabilidade quanto à conduta típica infratora do acusado para propiciar o seu apenamento. O ato punitivo decorrente de tal procedimento não é de puro arbítrio do agente sancionador. Ao contrário, deve emanar de acurada análise das provas que foram carreadas aos autos na apuração do fato inquinado como infracional. Ausência de fundamentação contrária à conclusão absolutória do relatório da comissão processante.” (TJPR, MS 60985-6, Acórdão n. 3697, Órgão Especial, j. 05.06.1998, v.u., rel. Dês. Altair Patitucci, DJ 10.08.1998).

408. “Administrativo. Processo disciplinar. Departamento Nacional de Obras contra a Seca – DNOCS. Servidor punido por infração diversa daquela pela qual fora indiciado. Ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Nulidade do ato. Hipótese configurada na punição, por ‘aplicação irregular de dinheiros públicos e lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional’, do Diretor-Geral do DNOCS, que havia sido indiciado em processo administrativo disciplinar como responsável por ‘irregularidades nos procedimentos administrativos de análise dos planos de trabalho e custos dos projetos objeto de convênios e/ou repasses, possibilitando a existência de prática de preços superiores aos da tabela do Dnocs’ e ‘alocação de recursos em áreas de menor prioridade social (...) em detrimento de outras obras que, por falta de recursos orçamentários, não foram concluídas’, sem que houvesse sido chamado a defender-se sobre os novos fatos.” (STF, MS 22.939/CE, Tribunal Pleno, j. 17.02.2000, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 06.04.2001, p. 70, *Ementário* vol. 2026, p. 652).

409. Embora esse direito esteja parcialmente consagrado no art. 64, parágrafo único, da Lei 9.784/1999 (“O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência. parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão”), na situação de julgamento de recurso aplica-se também quando o órgão responsável pela decisão não é o mesmo da instrução.

de colocação do texto completo da decisão, com a impossibilidade das comuns alusões “ao que foi concluído no Relatório da Sindicância”, “ao que foi decidido no Relatório da Comissão Processante”, ou seja, impossibilitando-se a remessa da decisão à leitura de outro documento processual;⁴¹⁰ (d) o depósito do inteiro teor da decisão na Secretaria a fim de possibilitar o devido recurso; (e) o enunciamento público das razões justificadoras da decisão prolatada, em coerência com o resumo dos principais acontecimentos processuais e a fundamentação fática e jurídica do dispositivo adotado.⁴¹¹

2.4.3.2 Conexão do contraditório com a ampla defesa: direito de audiência do acusado

Para além dos instrumentos técnicos de garantia do contraditório⁴¹² – motivação e comunicação da decisão compreendidos no requisito da informação geral⁴¹³ –, desdobramento inolvidável do princípio consiste no direito de audiência e presença física do acusado (ou litigante) diante do órgão julgador. A interação subjetiva do

410. Discorda-se, assim, de Hely Lopes Meirelles para quem “(...) a autoridade competente deverá sempre fundamentar a sua decisão, com motivação própria ou adoção dos fundamentos do relatório, tanto para a condenação quanto para a absolvição”. O processo administrativo... cit., p. 48. A motivação deverá ser sempre própria porque própria é a competência para o julgamento.

411. Acreditamos que a construção de uma teoria adequada da motivação dos atos administrativos processuais deve ser, antes de toda e qualquer consideração, uma teoria constitucionalmente adequada. É preciso desmontar o “velho” discurso de que a administração pública, a não ser quando expressamente a tanto comandada, não é obrigada a motivar suas decisões. A uma, porque este “velho discurso” já foi questionado na própria Constituição anterior (e aqui seria inconcebível não lembrar Sérgio Ferraz, enquadrando essa teoria da motivação entre as três principais deformações conceituais que, embora dotada de fascinante rigor técnico e de extraordinário brilho filosófico, fomentou o autoritarismo da administração pública e contribuiu para a “ausência de um efetivo, real e honesto processo administrativo no direito brasileiro”. (FERRAZ, Sérgio. Op. cit., p. 13, 18 e 19). A duas, porque a previsão constitucional do processo administrativo dotado de contraditório e ampla defesa veio sepultar qualquer tentativa de reducionismo ou obstrucionismo conceitual que visasse separar a motivação das decisões administrativas processuais das garantias constitucionais que lhe servem de fundamento.

412. Roberto Dromi coloca a publicidade do procedimento como desdobramento do direito de ser ouvido que está compreendido, por sua vez, no direito de defesa: leal conhecimento das atuações no processo. *El Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 105.

413. Odete Medauar situa a informação geral como desdobramento do contraditório, compreendendo: (1) o direito das partes de ter pleno conhecimento dos fatos que formam o processo: fatos, dados, documentos e provas; (2) a comunicação aos sujeitos dos elementos do processo em todos os seus momentos; (3) o direito de acesso aos documentos que a administração detém ou a documentos juntados por sujeitos contrapostos; (4) vedação ao uso de elementos que não constam do expediente formal porque os sujeitos não tiveram ciência prévia. Op. cit., p. 104. Para a autora, a informação geral e a motivação são desdobramentos do contraditório, colocados de forma separada. Na nossa concepção, podem ser enfocados de forma unida, ambos decorrendo do princípio da publicidade, como já visto, aplicado ao processo administrativo disciplinar para garantir o princípio do contraditório.

servidor com seu juiz funciona como instrumento imprescindível para a adequada formação do convencimento deste.⁴¹⁴

No caso do “processo disciplinar” e da “sindicância”, há dois órgãos decisórios: a Comissão de Inquérito/Sindicância decide a instrução, e a autoridade julgadora, determinada de acordo com o grau hierárquico tendo em vista a penalidade proposta, decide a causa ao final. No primeiro caso, a Lei 8.112/1990 cumpre o princípio do contraditório ao prever o interrogatório do acusado perante a Comissão. Já para o segundo, nada estabelece, justamente na situação em que o direito de audiência é ainda mais imprescindível, pois constituirá o único contato direto da autoridade julgadora com o processo, dada sua total incompetência para a realização de qualquer ato probatório (art. 169). O direito de audiência comportaria realização prática mediante a garantia de sustentação oral perante a autoridade julgadora.

Não há dúvida de que o direito de audiência ou o direito de ser ouvido perante o órgão julgador constitui recurso inerente à ampla defesa inserido no julgamento contraditório. Entretanto, trata-se de ônus ou dever do acusado? Parece que o princípio deixa essa questão a critério da valoração legal, devendo ser proporcional à gravidade da acusação, e, conseqüentemente, da penalidade imposta.

3. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA NA ATIVIDADE PROCESSUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 A configuração constitucional da ampla defesa

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da ampla defesa no art. 5.º, LV, como garantia fundamental do processo judicial e administrativo, enquanto nos incs. II e III, § 1.º, do art. 41, e no art. 247 como garantia a ser obrigatoriamente observada em processo administrativo que possa resultar em perda do cargo de servidor estável.

Em capítulo próprio, esclareceu-se que a incidência do art. 5.º, LV, impôs ampliação do campo de proteção da ampla defesa deduzido nos incs. II e III, § 1.º, do art. 41 e no art. 247. Afirmou-se explicitamente o *status* constitucional dessa garantia como princípio norteador de todo processo administrativo, incluindo o disciplinar. Para que incida a garantia no processo administrativo disciplinar, irrelevante a categoria do servidor – detentor de cargo, emprego ou função – ou mesmo a categoria de sanção a ser regulada pela lei.⁴¹⁵

414. Na esteira do pensamento de Figueiredo Dias, a finalidade do direito de presença: “(...) quer-se, com ele, dar ao arguido a mais ampla possibilidade de tomar posição, a todo o momento, sobre o material que possa ser feito valer processualmente contra si, ao mesmo tempo que garantir-lhe uma relação de imediação com o juiz e com as provas”. Op. cit., p. 432.

415. Mais uma vez, não seria demais relembrar que a garantia do processo para a aplicação de penalidade disciplinar não significa estender a estabilidade a servidores que não a possuem.