

DA PRINCIPIOLOGIA ADMINISTRATIVA NO PROCESSO DISCIPLINAR E O RIGOR DA AUTORIDADE PROCESSANTE

SÉRGIO ALEXANDRE DE MORAES BRAGA JUNIOR

Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Universidade Potiguar (UnP). Professor Adjunto da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN). Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). E-mail: sergioalexandre@unp.br

Resumo

O presente trabalho analisa a principiologia administrativa no processo administrativo disciplinar como norteadora das ações dos gestores públicos. Reflete, ainda, sobre o relevante papel da autoridade instauradora do referido processo e dos limites com os quais a autoridade processante, através da comissão regular, trata a investigação disciplinar. Assevera-se a importância da segurança jurídica no trato da coisa pública, especialmente no seu poder de polícia, e a boa-fé no entendimento dos procedimentos administrativos. Aglutina-se o relevo do devido processo legal, no trato da instauração do feito administrativo, e o rigor da autoridade processante nos limites de sua discricionariedade, tolhidos pela vinculação das leis do processo administrativo (Lei no. 9.784/99), pelo Regime Jurídico Único do Servidor Federal (Lei no.8.112/90) e pela Lei de Improbidade(Lei no. 8.429/92).

Palavras-chave: Princípios. Processo Administrativo Disciplinar. Autoridade processante. Segurança jurídica.

PRINCIPLED OF ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCESS AND EXTENT OF AUTHORITY PROSECUTING

Abstract

This paper examines the administrative principles, the administrative disciplinary proceedings, such as guiding the actions of public managers. It also reflects on the role of relevant authorities established the limits of this process and with which the prosecuting authority, through the regular committee, dealing with the disciplinary investigation. Asserts the importance of legal certainty in dealing with public affairs, particularly in its police power, and good faith in the understanding of administrative procedures. Binds to the relief of due process in dealing with the introduction of the done administrative and rigor of the prosecuting authority within the limits of his discretion, constrained by the linkage of the administrative procedure law (Law no. 9.784/99), the Legal Regime Single Server Federal (Law no.8.112/90) and Misconduct Act (Law no. 8.429/92).

Keywords: Principles. Administrative disciplinary proceedings. Prosecuting authority. legal certainty

1 INTRODUÇÃO

No estudo da seara administrativa, são regulares as discordâncias entre as propostas, programas de ação e procedimentos propugnados pelos gestores públicos de plantão e as práticas cotidianas dos servidores, que nem sempre se adequam à ideologia estatal reinante em determinado período.

Os choques de condutas e de idéias podem levar a relevo a idealização da improbidade ou a desídia no trato da coisa pública. O que fatalmente ocasionaria crime de responsabilidade aos gestores públicos e a referida improbidade aos servidores. Para aferir-se esta improbidade, ou conduta lesiva outra, no decorrer da atividade funcional, surte importância o processo administrativo disciplinar.

Nas diretrizes que a administração toma, levantam-se os olhos para o ideário de condutas demonstrado através de seus princípios maiores, por vezes positivados, na própria Constituição Federal, ou diplomas infraconstitucionais ou não positivados, mas encarados como referenciais informativos e indicativos de resultados.

A preocupação deste trabalho deu-se no enfoque dessa principologia orientadora ao processo administrativo disciplinar. Importa levantar os agentes do conflito, sua apuração através da comissão processante e os critérios de sua aferição. Logo, permeiam-se os entraves ou barreiras, na atuação da autoridade administrativa, na constituição do processo administrativo disciplinar e o rigor como a autoridade processante atua.

2 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

No estudo Processo Administrativo Disciplinar, busca-se, inicialmente, na sua conceituação, delimitar sua abrangência (do Processo Administrativo em si) nos diversos tipos de processo constituídos no ordenamento jurídico nacional, tais como o civil, o penal, o trabalhista, do qual remonta dessa institucionalização o Processo Administrativo Disciplinar, que é espécie do gênero Processo Administrativo. Desse modo, também é lição do professor José Armando da Costa (2005, p. 34) a respeito:

Cortando delongas e maiores preocupações doutrinárias, podemos assentar que processo administrativo é a su-

cessão formal de atos que são realizados, por determinação legal ou em atendimento a princípios sacramentados pela ciência jurídica, com vistas a dar sustentação à edição do ato administrativo. Se esses atos são dinamizados tendo em mente concretizar a imposição de pena disciplinar, estaremos, então, diante do processo administrativo disciplinar.

E, em seguida, o mesmo autor leciona que podemos deduzir que a relação que existe entre processo administrativo e processo disciplinar é a mesma que se verificar entre gênero e espécie: aquele é o gênero e este é a espécie. Então conclui: "donde, pois, poder-se dizer que todo processo disciplinar é processo administrativo, sendo, porém, inexato o reverso, uma vez que nem todo processo administrativo é processo disciplinar." (COSTA, 2005, p.34).

O processo administrativo, inevitavelmente, encontra seu regime jurídico no Direito Administrativo, que se denota, no estudo do Direito, como ramo do direito público. Desse modo, Paulino Jacques (1978, p. 47), em seu curso de Introdução ao Estudo do Direito, define o Direito Administrativo como:

O ramo do Direito Público que estuda os princípios e normas que regem a administração, os serviços públicos e sua prestação e desenvolvimento. As inúmeras leis orgânicas dos diferentes tipos de administração e serviços públicos e os respectivos regulamentos plasmam os princípios e normas do Direito Administrativo, constituindo o que se pode denominar direito administrativo objetivo. Até hoje, não foi possível codificar esse ramo do Direito Público, dada a mutabilidade e vastidão de sua normatividade, sempre atenta às novas exigências da administração e dos serviços públicos.

Remonta-se, de todo modo, que o processo administrativo é uma garantia Constitucional instrumentalizada pela Lei 9.784/99¹, na administração pública federal. Entretanto, existem outros regramentos que regulamentam as administrações Estaduais² e Municipais, inclusive com relação ao regime jurídico único dos servidores públicos, embora muitas dessas normas Estaduais e Municipais tragam basicamente, em seu conteúdo, o que foi regulamentado pela Lei Federal.

Mas, afinal, o que é processo administrativo? De acordo com José Armando da Costa (2005, p. 35), o processo disci-

1 A Lei 9.784/99 relata em seu Art. 1º: Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Retirado do site: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9784.htm>

2 A Constituição Estadual do Rio Grande do Norte, por exemplo, sob o prisma administrativo, além do Regime jurídico único dos servidores do Estado e das autarquias e fundações públicas estaduais - Lei Complementar estadual n.º 122, de 30 de junho de 1994. Ordenação do processo administrativo disciplinar na problemática administrativa. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do RN - Lei Complementar n.º 121/94. Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado - Lei Complementar n.º 240/02.

plinar se define como uma série de atos procedimentais que, formalizados, seguem certos rituais traçados pelas normas e outras fontes do Direito. Esses atos se propõem a apurar a verdade real dos fatos, a fim de fornecer base à legítima decisão disciplinar, que poderá ter aspecto condenatório ou absolutório. Odete Medauar (2004, p. 362), por sua vez, expressa que "em essência, processo administrativo disciplinar é a sucessão ordenada de atos, destinados a averiguar a realidade de falta cometida por servidor, a ponderar as circunstâncias que nela concorreram e aplicar as sanções pertinentes".

Já segundo Léo da Silva (2004, p. 135), o processo administrativo disciplinar origina-se de uma irregularidade praticada pelo funcionário, que pode ser uma violação de deveres, violação de proibições ou outras circunstâncias que a lei específica, como prática de crime contra a Administração Pública ou ato de improbidade administrativa. O professor José dos Santos Carvalho Filho (2002, p. 437) esclarece, por sua vez, que o processo disciplinar é o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, se necessário, aplica as sanções pertinentes.

Do mesmo modo, o Estatuto Federal dos Servidores, Lei Federal 8112/90, no art.148, demonstra sentido semelhante, estabelecendo que: "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" (DINIZ, 2006, p. 520).

Como se observa, segundo o estatuto, o processo disciplinar possui como objetivo apurar responsabilidade de servidor por infração praticada, não só no exercício das suas atribuições como também naquelas que tenham relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

No entendimento de Hely Lopes Meirelles (2004, p. 416), o processo disciplinar é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de certos estabelecimentos da administração. Acrescenta ainda o mestre, lecionando que tal processo se baseia na supremacia especial que o Estatuto exerce sobre aqueles que se vinculam a seus serviços ou atividades, de forma definitiva ou transitória, subordinados à sua disciplina.

Assim, Carlos Schmidt de Barros Júnior (Apud DI PIETRO, 2003, p. 519) denota três sistemas pelos quais se pode fazer a repressão disciplinar: o sistema hierárquico, o sistema de jurisdição completa e o sistema misto ou de jurisdicionalização moderada. No primeiro, o poder disciplinar é exercido de forma exclusiva pelo superior hierárquico, que apura a falta e aplica a pena; no segundo, a falta e a pena são determinadas em lei e a decisão cabe a um órgão de jurisdição, esse sistema não é adotado no Brasil; e finalmente, no que restou, a pena é aplicada pelo superior hierárquico, mantendo certo grau de discricionariedade na verificação dos fatos e na escolha da pena aplicável.

Na percepção de Di Pietro (2003, p. 520), o processo disciplinar é compreendido como um meio de apuração de ilícitos administrativos através de meios sumários, que englobam a sindicância e a verdade sabida.

Logo, analisando todos os conceitos diferidos anteriormente, que esclarecem, em definições de diferentes matizes, o tema em pauta, conclui-se que o conceito de processo disciplinar visa a apurar as infrações cometidas pelo servidor público, quando em exercício das suas atribuições legais, aplicando as sanções, quando cabíveis. Todavia, é importante ressaltar que o objetivo central não se resume só a apurar e a aplicar sanções, mas sim, proporcionar a ampla defesa e o contraditório com o objetivo da verdade real.

No que concerne à finalidade do processo administrativo disciplinar, consiste apurar ação ou omissão de servidor surgida na administração pública, desde que seja punível disciplinarmente, ou seja, que venha a transgredir dispositivos de leis regulamentares dos serviços gerais. Desse modo, a referida apuração disciplinar não só salvaguarda os interesses públicos, mas, também, evita, dentro das circunstâncias processuais, a prática de atos discricionários, pelas autoridades, contra os agentes estatais.

Sendo assim, percebe-se que, no processo disciplinar, não deverá haver desvio de finalidade, deve este buscar múltiplo objetivo: a garantia do servidor acusado contra decisões injustas, o oferecimento ao serviço público de um estado de segurança e legalidade, além de assegurar ao cidadão contribuinte a oferta de serviço de qualidade.

Observa-se, então, que o que transtorna os servidores são as punições descabidas, as quais retiram das repartições públicas as condições propícias ao desenvolvimento normal das tarefas próprias ao órgão e, mais ainda, proporcionam a descrença na justiça disciplinar. Em um espaço que impera a arbitrariedade, ou seja, em que se pune sem razões justificáveis, sem apuro normativo, não pode haver a desenvoltura normal das atividades públicas.

Na pertinência de José dos Santos Carvalho Filho (apud COSTA, 2002, p. 19), o objeto do processo disciplinar é a averiguação da existência de alguma infração funcional por parte dos servidores públicos, não importando qual o nível de gravidade. Isso foi claramente estampado por ele, para quem o processo disciplinar serve tanto para as faltas graves como para as leves, pois é através da apuração que se chegará à conclusão sobre a maior ou menor gravidade da falta.

Sendo assim, a averiguação de faltas funcionais é uma regular obrigação da Administração. Não ocorre discricionariedade nessa atuação, quando existe a observância obrigatória da vinculação normativa através da legalidade. Sendo claro, todavia, que, se for revestida de irregularidade ou ilegalidade, não há como aplicá-la.

Observa-se, então, que a apuração é o objeto essencial do

processo disciplinar. Entretanto, o resultado pode levar a duas condutas: a aplicação da(s) punição(ões) ao servidor que tiver cometido a falta funcional e o arquivamento do feito, no caso de ficar demonstrada a ausência da infração.

2.1 SUJEITOS

Quando se trata dos sujeitos do processo disciplinar, José Armando da Costa (2002) verifica que, diferentemente do processo judicial, tanto civil quanto penal, em que há a presença de três elementos: autor, réu e juiz, no processo disciplinar, como em todo o gênero do processo administrativo, há a participação de apenas dois elementos: a Administração Pública, que possui as atribuições de parte interessada e de juiz; e o servidor imputado, que se defende das acusações que lhe são feitas.

Percebe-se, logo, que a parte ativa no processo disciplinar é sempre o Poder Público, enquanto o sujeito passivo será um funcionário. Desse modo, este pode ser um servidor (estatutário), empregado público (regido pela CLT, mas contratado pela Administração Pública ou por entidade a ela vinculada), agente político ou profissional (regulado por um conselho)³.

Essa bipolarização, existente no processo administrativo disciplinar, como se pode observar na lição do professor José Armando da Costa (2002), divide-se em duas partes extremamente desiguais, em que, de um lado, destaca-se a superioridade da administração pública, com potencial bastante para destruir ou desagregar a capacidade de resistência do servidor acusado; e, do outro, a parte mais frágil dessa relação.

Desejando reduzir as desvantagens dessa disputa desigual, o processo disciplinar contemporâneo tem consagrado princípios e normas que tendem a fortalecer, cada vez mais, o direito de defesa da parte mais frágil, que é o funcionário acusado.

O Princípio da Ampla Defesa, insculpido na Carta Política de 1988, deve funcionar como norteador de orientação de disparidade processual. Coopera, de forma por demais eficiente, na descoberta da verdade dos fatos, sendo, conseqüentemente, bastante válido para a repressão disciplinar.

Verifica-se que as comissões de inquéritos, quando pretendem se desviar de sua jurídica finalidade, procuram logo reduzir a dimensão do direito de defesa dos investigados.

2.2 COMISSÃO PROCESSANTE

No cômputo legislativo nacional, precisamente no art. 149 da Lei 8.112/90⁴, o processo administrativo disciplinar desenvolve-se perante uma comissão, denominada de comissão processante ou comissão disciplinar, composta de três servidores, os quais são nomeados pela autoridade, mediante designação de portaria, que houver determinado a instauração do processo administrativo disciplinar. Dentre um destes servidores designados, no próprio ato, será indicado um membro para presidir os trabalhos. O presidente, por sua vez, indicará um funcionário para exercer a função de secretário que ordenará os trabalhos da atividade processante.

Mister é, ainda, de destacar a escolha dos membros da comissão processante pela autoridade instauradora, a qual deverá recair em agente que possua qualidades pessoais, morais e intelectuais, bem assim atentar para que se evite a designação de tipos que, por algum motivo, possam contaminar de suspeição os atos praticados pela comissão disciplinar.

Cabível é, ainda, a observação da autoridade instauradora quanto à instrução, como membros da comissão, de servidores efetivos que possuam algum conhecimento da seara jurídica. Excluindo os membros interinos ou extranumerários, a fim de remontarem eventuais anulações judiciais dos atos praticados.

Além disso, os agentes escolhidos não de fazer parte, obrigatoriamente, da categoria funcional igual ou superior à do servidor investigado.

Há situações em que o servidor indicado para a comissão não pode participar dos atos instrutórios, pois o mesmo se encontra impedido por lei ou estatutos. Tal impedimento encontra-se previsto no art. 149, § 2º, da Lei nº 8.112/90, segundo o qual, não poderão participar de comissão de sindicância ou de inquérito cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

A suspeição, por sua vez, designa que o funcionário não deve integrar a comissão, pois, neste caso, tem a sua independência fragilizada. Por isso, a Lei do Processo Administrativo inovou nesse sentido, colocando expressamente a suspeição dos amigos e dos inimigos notórios, ao dizer em seu art. 20: "pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade no-

3 A LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999 assim expressa a atuação de seus partícipes:

Art. 1º § 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;

II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;

III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

4 Lei 8112/90 - Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8112cons.htm>

tória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau”.

O Código Processual Civil, por seu turno, igualmente oferece, no art. 135, um leque de situações, nas quais, supletivamente, recolhem-se referências para arguir suspeição no processo disciplinar. Com as devidas modificações, pode ser arguida a suspeição quando: amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; credor ou devedor (incluindo de cônjuge e parentes); receber presentes antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa; auxiliar nos meios para deflagrar o processo; apresentar qualquer forma de interesse no julgamento.

Há, ainda, a hipótese de incompatibilidade, prevista no art. 253 do Código de Processo Penal. Por ela, extrai-se que não podem atuar em órgãos coletivos processantes pessoas que sejam, por exemplo, parentes entre si. Também, um membro de comissão que seja cônjuge, companheiro ou parente de outro está em situação incompatível.

Como se atenta, essas pessoas não deverão ser indicadas para compor comissão. Mesmo assim, caso ocorram suas indicações, devem arguir a restrição logo no início, informando à autoridade a razão e requerer o desligamento do encargo.

Em outro prisma é quando a pessoa nomeada não apresenta conhecimento específico, pois uma vez mantida, a responsabilidade por eventuais danos ao processo transfere-se à autoridade que fez a escolha. Designa-se o instituto jurídico da culpa in eligendo (ALVES, 2004, p. 71).

De outra forma, observa-se que, em cada instância administrativa, pode-se adotar o sistema de comissões permanentes e o sistema de comissões indicadas, caso a caso.

O sistema de comissões permanentes acata duas modalidades: comissões permanentes para toda a administração e comissões permanentes em cada seção ou órgão. Na primeira forma, existem órgãos destinados somente a tais atividades; enquanto que, na segunda, há uma pleiade de atividades específicas com as atividades da comissão permanente, legítimas somente para as ocorrências disciplinares do respectivo órgão. Tal sistema não abroga a possibilidade de haver comissões especiais para certos casos, se assim decidir a autoridade competente (MEDAUAR, 2004, p. 363).

Desse modo, é perceptível que essas comissões não têm a função exclusiva de proferir a decisão final no processo administrativo, pois elas se configuram, a um só tempo, como órgãos de instrução, de audiência e de assessoria à autoridade competente para julgar.

3 PRINCÍPIOS EMPREGADOS NO PROCESSO DISCIPLINAR

Serão minuciados, a seguir, os principais princípios empregados no Direito Administrativo e, após, reportar-nos-emos

ao processo administrativo disciplinar, não se esgotando suas características e peculiaridades no estudo da seara publicista administrativa.

A própria lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 destaca os princípios que devem ser seguidos na apuração do processo administrativo, em seu art. 2º, *in literis*: a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

3.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

No que tange aos princípios do Direito Administrativo, estes se configuram de grande notoriedade. Apesar de não estarem todos codificados, os mesmos direcionam o entendimento e a consolidação de suas bases científicas. De outra feita, diversas normas são redigidas no Direito Administrativo com o objetivo momentâneo.

Alguns princípios, entretanto, não estão expressos em lei. Mesmo assim, a sua compreensão possibilita encontrar caminhos para resolução de casos imprevistos, proporcionando melhor compreensão dos textos esparsos, e conferir à sociedade segurança quanto à ampliação dos seus direitos e deveres. Segundo Karl Larenz (2004, p. 142),

Os princípios revestem-se de função positiva ao se considerar a influência de decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; a-tuam, assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas para que se realize a justiça e a paz social; sua função negativa significa a rejeição de valores e normas que os contrariam.

Observando a citação exposta acima, a distinção na função dos princípios administrativos está atrelada à aceitação e à rejeição de valores e normas.

No que tange ao espectro de princípios do Direito Administrativo, vê-se que não é idêntico nos diversos ordenamentos e na doutrina. Há princípios de maior abrangência, chamados de explícitos, como exemplo: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Todavia, há outros princípios decorrentes, principalmente, de elaboração jurisprudencial e doutrinária, podendo ter até base constitucional por referência implícita, como exemplo: o princípio da supremacia do interesse público, autotutela, indisponibilidade, continuidade dos serviços públicos etc.

Dessa forma, serão denotados e comentados, aqui, os seguintes princípios administrativos, baseados na doutrina de José Armando da Costa: legalidade, moralidade, finalidade,

auto-tutela, especialidade, continuidade, presunção de verdade e legitimidade do ato administrativo, indisponibilidade do interesse público, discricionariedade, vinculação do ato administrativo aos motivos declinados e hierarquia.

3.1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade surgiu com o próprio Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de obediência aos direitos individuais. Isso, já que a lei, simultaneamente, define esses direitos e estabelece os limites da atuação administrativa. Como se percebe, a ideia que melhor se encaixa é a de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que consecuta da lei.

O princípio da legalidade é o norteamento maior do comportamento dos agentes da Administração. Significa expressar que toda e qualquer atividade administrativa, obrigatoriamente, está autorizada em lei. Para Celso Antônio Bandeira de Melo (1989, p. 57-58), este princípio "implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas". Frontalmente oposto do que ocorre no campo privado, em que o cidadão tudo pode fazer, desde que não esteja proibido por lei, o administrador público, no exercício de sua atividade pública, somente poderá fazer aquilo a que, por lei, esteja autorizado.

No cômputo normativo nacional, esse postulado encontra-se inserido tanto no artigo 37, como no artigo 5º, inciso II, da Carta Política de 1988, que repetindo preceitos de Constituições anteriores, estabelece que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por mero ato administrativo, conceder direitos de qualquer natureza, criar obrigações ou impor proibições aos administrados, sem que possua uma lei que a autorize.

Percebe-se, ainda, a garantia de outro direito assegurado pelo inciso XXXV, do referido preceito constitucional que, em decorrência do qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão", ainda que a mesma se origine de ato da administração. A Lei Magna ainda prevê outros remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, como o mandado de segurança, o mandado de injunção, o habeas corpus, o habeas data e a ação popular; tudo isso, sem esquecer-se de citar o controle feito pelo legislativo, diretamente ou com ajuda do Tribunal de Contas da União (art.71 da CF/88), e o controle administrativo feito pela própria Administração.

É mister que se cite, também, aqui, dos efeitos do princípio da legalidade, no que se refere aos direitos individuais. É certo que o princípio da legalidade reflete-se na garantia da existência do direito, permitindo aos indivíduos a verificação

simultânea entre a atividade administrativa e a lei. Deduz-se que, havendo discordância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para refrear a ilicitude. Logo, verifica-se que, devido a administração ser função subjacente à de legislar, o princípio da legalidade reflete claramente essa relação: a atividade do administrador só é legítima se estiver condizente com o disposto na norma.

Cabível é, assim, de ressaltar que, para diversas matérias tratadas pelas Constituições Federais e Estaduais e as Leis Orgânicas Municipais, remontam a disciplina de lei formal, isto é, por leis que tenham tramitado, necessariamente, pelo legislativo. É a denominada reserva legal, prevista no art. 68, § 1º, inciso II, da CF, a qual proíbe ao legislativo a delegação de matérias referentes à nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e coletivos. Desta forma, pode-se observar que o sentido do princípio da legalidade não se exaure com o significado de habilitação legal, mas com o sentido de ser vedado à administração expedir atos ou tomar medidas contrárias às normas legais.

3.1.2 Princípio da moralidade

No que tange ao princípio da moralidade da administração, conforme disposição constitucional (CF, art. 37), constitui norteamento de observância geral para todos aqueles que dirigem o bem público, de forma direta ou indireta, centralizada ou descentralizada, abrangendo os três poderes (ou funções), nas instâncias federal, estadual e municipal.

O princípio da moralidade obriga o administrador público a não relegar os preceitos éticos que norteiam sua conduta. Não deve descredenciar, em seu comportamento, os critérios de conveniência, oportunidade e justiça, como também saber diferenciar a honestidade da desonestidade.

O delito disciplinar decorrente da não observância do princípio da moralidade é denominado de improbidade administrativa, consoante *jus positum* (Lei na 8.429, de 02-06-92), a qual se subdivide em três espécies: improbidade configuradora de enriquecimento ilícito; improbidade causadora de prejuízo ao erário; e a improbidade atentatória aos princípios da Administração Pública, segundo os artigos 9, 10 e 11 da lei. As sanções para a improbidade administrativa são as mais diversas, de acordo o art. 37, § 4º, CF: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (COSTA, 2002, p. 55).

A Carta Magna de 1988, além de denotar, de forma explícita, a moralidade como um dos princípios da administração, revela, ainda, os instrumentos para corroborar sua observância.

Dentre esses, está a ação popular, que pode ser ajuizada por qualquer cidadão para anular ato lesivo à moralidade administrativa (art.5º, inc. LXXIII). Em outros tempos, era só

utilizada à tutela do patrimônio público econômico, passando, depois, a outros bens jurídicos de imprescindível valor social, tais como meio ambiente, patrimônio histórico e cultural e a moralidade administrativa.

Outro instrumento é a previsão de sanções às autoridades e a agentes públicos, devido aos atos ou condutas de improbidade administrativa. A sanção está prevista na Constituição Federal, ao mencionar como sujeitos passíveis de processo, por crime de responsabilidade, os atos do presidente da República que atentem contra a probidade na Administração (art. 85, inc. V). Como também prevê o § 4º do art. 37, para os atos de improbidade administrativa dos agentes públicos em geral.

Não se pode esquecer a ação civil pública, prevista no art. 129, III, da CF/88, como sendo um dos instrumentos de proteção à moralidade administrativa. Essa ação não é apenas um instrumento de defesa do patrimônio social, mas, também, é usada em defesa dos interesses difusos.

Logo, é perceptível que não faltam instrumentos de combate a condutas e atos ofensivos ao princípio da moralidade administrativa. É mister, então, que os órgãos competentes e os cidadãos fiscalizem e denunciem os agentes públicos delituosos para tomarem inválidos esses atos e se apliquem aos responsáveis as severas punições, a fim de que se tenha uma sociedade justa e equânime.

3.1.3 Princípio da finalidade

Esse princípio, também chamado de princípio da supremacia do interesse público ou princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como por ocasião da sua execução, no caso concreto, pela administração pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda sua atuação.

No que remonta à elaboração da lei, convém lembrar que uma das distinções que se costuma fazer entre o direito público e o direito privado (desde a época do direito romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger: o direito público, que contém normas de interesse coletivo, de ação estatal, objetiva a justiça distributiva; e o direito privado, normas de interesse particular, com a ausência do grande Leviathã.

O Mestre Celso Antonio Bandeira de Mello (1989, p. 53) leciona:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é o princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de existência. Assim, não se radica em dispositivo específico da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art.170, incisos III, V e VI).

Tais critérios, entretanto, têm sido criticados, porque existem normas de direito público que objetivam defender interesses particulares (como as normas de segurança, saúde pública, censura, disposições em geral atinentes ao poder de polícia do Estado e normas constitucionais previstas no capítulo dos direitos fundamentais) e existem normas de direito privado que defendem o interesse público (como as relativas ao Direito de Família e do Consumidor).

Data vênia, tem-se notado que as críticas a esses critérios distintivos não são absolutas, alguns resquícios de veracidade permanecem, pois as normas de direito público, apesar de protegerem o interesse particular, têm como objetivo primordial atender ao interesse coletivo, ou seja, ao tão sonhado bem-estar da coletividade. Ademais, pode-se dizer que o direito público somente começou a se expandir quando substituiu a concepção de homem como fim único do direito (próprio do individualismo) por este princípio que serve de fundamento para todo o direito público e vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.

Verifica-se, então, que, da mesma forma que esse princípio inspira o legislador a publicar as normas de direito público, igualmente vincula a Administração Pública na aplicação da lei quanto ao exercício da função administrativa.

Sendo assim, o interesse geral não pode perecer diante do interesse individual, pois a lei concede à administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar e de punir. Em consequência disso, a autoridade administrativa não pode visar a conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiro, sob risco de cometer desvio de poder ou desvio de finalidade, o que torna o ato ilegal.

No processo administrativo disciplinar, o princípio da finalidade se manifesta pelo preceito de que a comissão deve objetivar o esclarecimento do fato, de forma impessoal, com oficialidade e liberdade de prova. Além do caput, o princípio foi ainda reforçado no inciso II do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784, de 29-01-99.

3.1.4 Princípio da autotutela

Esse princípio consiste na prerrogativa que a Administração dispõe de resgatar, através de seus próprios meios, os bens de domínio público, desviados ilegalmente para patrimônio dos particulares. Contudo, para defender o patrimônio público, a Administração precisa de texto de lei autorizando-a como também da apreciação judicial (COSTA, 2005, p. 57).

A Administração pode rever seus próprios atos, quer seja revogando (os inconvenientes), quer seja anulando (os ilegais). Ela não precisa ser provocada a fim de rever seus próprios atos, podendo atuar de ofício. Não compete somente sanar as irregularidades, é imprescindível que as previna, evitando pre-

judicar os administrados ou o próprio Estado.

A manifestação administrativa envolve dois aspectos: de legalidade e de mérito. Quanto ao aspecto de legalidade, a administração procede à revisão de atos ilegais de ofício. Já no que concerne ao mérito, a Administração reexamina atos anteriores, quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento.

A fim de clarificar melhor o exposto, a capacidade de autotutela é objeto de orientação do STF (COSTA, 2005, p. 57), conforme previsões nas súmulas nº 346 e 473. A súmula 346 relata: "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos", enquanto a súmula 473 descreve: "A Administração pública pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tomam ilegais, porque deles se originam direitos; ou revogá-los por motivos de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvadas, em todos os casos a apreciação judicial".

Então, observa-se que a Administração possui seu poder de autotutela.

3.1.5 Princípio da especialidade

Esse princípio, no que tange à idéia de descentralização administrativa, surge, dentre outros, dos princípios da legalidade e da indisponibilidade. Advém do disposto no art.37, XI e XX (BRASIL, 1988), da Constituição Federal, aplicando-se, mais diretamente, às autarquias, apesar de também se aplicar sobre outras pessoas jurídicas criadas por lei.

Segundo esse princípio, as pessoas jurídicas não podem possuir outras funções, além daquelas para as quais foram especialmente criadas. Quando da criação de pessoas jurídicas públicas administrativas (autarquias), como forma de descentralizar a prestação do serviço público, a lei que as instituir deverá estabelecer, com exatidão, as finalidades que lhes compete atender, de maneira que não cabe aos seus agentes públicos afastar-se dos objetivos expressos na lei; isso porque os administradores não têm a livre disponibilidade do interesse público.

Todavia, qualquer modificação que, porventura, surja no objeto da entidade somente será permitida se observada a forma pela qual a mesma foi constituída. O princípio da especialidade, como já dito, é arrolado nos incisos XI e XX, do art. 37 da Constituição Federal. O inciso XI estabelece a existência de lei para criação de autarquia e a autorização para a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, para as três últimas, "definir as áreas de sua atuação". Em correlação, o inciso XX também estabelece a existência formal de lei à criação de subsidiárias das entidades referidas.

Celso Ribeiro Bastos (1996, p. 33) leciona:

O princípio da especialidade visa colocar ênfase na própria pessoa jurídica, como é o caso das entidades da administração descentralizada: autarquias, empresas públicas etc. que só podem exercer aquelas atividades para as quais foram criadas. E continua adiante: se não houver o respeito ao órgão, à pessoa jurídica própria, resulta este ato numa lesão ao princípio da especialidade.

A propósito do referido princípio, afirmou o professor José Armando Costa (2005, p. 57), que: "[...] o postulado desse princípio revela-se na fiel execução do fim específico para o qual foi a pessoa jurídica de direito público instituída. O ato praticado pelos agentes que servem a uma dessas pessoas jurídicas deverá, sob pena de nulidades e invalidades, perseguir o seu objetivo específico".

Logo, entende-se o seguinte: quando a Administração pública descentraliza a prestação de um serviço público para uma autarquia, a lei que lhe dá vida já pactua as finalidades que lhe compete atender, sob pena de ilegal atuação por parte dos administradores.

3.1.6 Princípio da continuidade

Segundo esse princípio, a atividade administrativa, especialmente os serviços públicos, não pode sofrer interrupções, a fim de que o atendimento do interesse da coletividade não seja prejudicado. Durante muito tempo, o princípio da continuidade justificou a proibição de greve dos servidores públicos (MEDAUAR, 2004).

Na atualidade, no estudo do direito comparado, em vários ordenamentos, já se reconhece o direito de greve dos funcionários públicos. A Carta Política de 1988, em seu inciso VII, do art. 37, especifica os termos e limites que o direito de greve na Administração Pública será exercido. Dessa forma, procura-se conciliar o direito de greve com o princípio da continuidade, quando observado, com antecedência mínima, os requisitos da comunicação do início da greve e a manutenção de um percentual de funcionamento das atividades.

O princípio da continuidade designa, também, os institutos da suplência, da delegação e da substituição, objetivando preservar a não interrupção da Administração, os quais constituem corolários do princípio em estudo.

Deduz-se, assim, que não pode o contrato administrativo deixar de ser cumprido pelo contratado, ainda que a Administração (contratante) tenha deixado de adimplir as suas obrigações contratuais. Não se aplica, porventura, aos contratos administrativos, via de regra, a chamada exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), assim como, por força desse princípio, admite-se a encampação da concessão de serviço público (CARVALHO FILHO, 2002).

3.1.7 Princípio da presunção de verdade e legitimidade

Esse princípio, também conhecido como princípio da presunção de legalidade, parte do pressuposto de que os atos ou decisões da Administração são editados de conformidade com as normas legais e de que seu conteúdo é absolutamente verdadeiro (MEDAUAR, 2004, p. 153).

Esse princípio demarca dois aspectos: o da presunção da verdade e o da presunção da legalidade. O primeiro designa a certeza dos fatos, enquanto que o segundo presume-se, até prova em contrário, que todos os atos da Administração sejam verdadeiros e realizados com observância às normas legais. O primeiro aspecto reporta-se aos documentos expedidos pela Administração, consoante disposto no art. 19, inc. 11, da CF/88, que proíbe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios recusar fé aos documentos públicos.

O mestre Edimur Ferreira de Faria (2003, p. 1999) relata:

Ora, estando a administração jungida a esses princípios, sobretudo o da legalidade, é de se presumir que o seu comportamento seja sempre correto e, consequentemente, não cause dano ao administrado em geral e aos seus servidores em particular. Por essa razão, os atos por ela editados gozam da presunção de legitimidade e de legalidade.

Relata ação de presunção relativa (*juris tantum*) que, desta feita, admite prova em contrário. O ato de tal presunção é o de inverter o ônus da prova.

Logo, como consequência dessa presunção, tem-se que os atos ou decisões administrativas são de execução imediata, uma vez que existe possibilidade de criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância, e, em determinadas hipóteses, podem ser concretizadas por meios diretos ou indiretos de coação (DI PIETRO, 2003, p. 72).

3.1.8 Princípio da indisponibilidade do interesse público

Segundo tal princípio, é proibido aos agentes da Administração Pública deixar de tomar ou retardar providências que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer motivo, dentre essas está a de instaurar o processo administrativo⁵.

Do mesmo modo, não é concedida liberdade ao adminis-

trador para concretizar transações de qualquer natureza sem prévia e correspondente norma legal. Os bens, direitos e interesses públicos são confiados ao gestor apenas para sua administração, nunca para a sua disposição. O poder de disposição, seja para aliená-los, renunciá-los, seja para transacioná-los, dependerá sempre de lei que a discipline.

Esse princípio é próximo, mas não se confunde com o da legalidade, muito embora este lhe seja superior e antecedente necessário.

Celso Ribeiro Bastos (1996, p. 45-46) comenta:

De fato, este princípio decorre do próprio conceito da atividade administrativa. Se esta é uma atividade de zelo, ou de cura pelos interesses públicos, tais como definidos em lei, não cabe evidentemente à administração sobre eles dispor. Entende-se aqui este verbo dispor no sentido de dar um destino último aos seus interesses.

No que tange ao exercício da atividade administrativa, esta se manifesta em deveres para o agente público e para a própria Administração Pública, tais como: deveres de guarda, aprimoramento, conservação do interesse público. Sendo assim, diferentemente do que ocorre com a gestão da atividade privada, para a Administração e seus agentes, não há qualquer liberdade, disposição ou renúncia, mas sim indisponibilidade conferida pela norma. A atividade confiada à Administração e seu agentes possui natureza instrumental, instituindo um *múnus público*, encargo, ou dever.

Logo, os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem tampouco aos agentes públicos, pois lhes cabe apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em favor da coletividade, esta sim é a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. Verificam-se, então, como resultados desse princípio a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a inalienabilidade dos bens públicos.

O princípio da indisponibilidade realça esse status. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesse público, porque age ordinariamente em nome de terceiros. Por esse motivo é que os bens públicos só devem ser alienados na maneira em que a lei dispuser. Deduz-se logo, que os contratos administrativos reclamam, razoavelmente, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo menos oneroso ou mais vantajoso para a Administração.

Sendo assim, o princípio ressalta que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade.

5 LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Art. 5º O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado.

3.1.9 Princípio da discricionariedade

Apesar do princípio da discricionariedade não se constituir no atributo exclusivo da Administração Pública, é onde mais atua. A discricionariedade realiza-se na liberdade que têm os agentes administrativos de escolher, entre as várias condutas possíveis, aquela que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público (COSTA, 2005, p. 58).

O poder da atividade gestora pública não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Conseqüente, então, que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites delineados pela lei; se a Administração passa desses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, isto é, contrária à lei.

Dessa forma, o administrador não pode atuar fora dos limites da lei ou em ofensa a esta, sob o risco de realizar arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de ilegalidade, pois não, há, claramente, discricionariedade contra legem.

3.1.10 Princípio da vinculação do ato aos motivos declinados

Fundamenta-se esse princípio na idéia de que o ato administrativo motivado tem sua validade dependente da existência do motivo, o qual é designado devido à sua concretude, apesar de resultar de sua atividade discricionária.

O professor Celso Antonio Bandeira de Mello (1989, p. 68) nos reporta:

Assim atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em Juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada.

Observa-se, fatalmente, que se o ato foi praticado em virtude de certo motivo e, após, verifica-se que ele jamais existiu, embora seja discricionário, no aspecto jurídico formal, evidentemente que prevalecerá a sua validade.

3.1.11 Princípio da hierarquia

Na concepção desse princípio, quem está em posição hierárquica inferior deve obediência, em razão e nos limites da norma (lei), ao que esta em posição superior.

O professor Celso Ribeiro Bastos (1996.p. 45) dissertou:

Os órgãos da Administração são estruturados de forma tal que existe sempre uma relação de infra-

-ordenação e subordinação. É dizer, um órgão tanto é submetido ao que lhe vem acima, como submete o que lhe vem imediatamente abaixo, com exclusão evidentemente do topo da pirâmide ocupada pelo chefe do executivo e pela base composta pelo pessoal de execução. Do princípio da hierarquia resultam outros poderes, como o poder disciplinar, que é uma decorrência ou um instrumento necessário para tornar eficaz esta relação de poder.

Derivam desse princípio três resultados essenciais: revisão dos atos, dever de obediência e aplicação de sanções. A revisão dos atos ocorre por meio do recurso hierárquico, em que hierarquia superior pode revogar ou anular o ato praticado pelo subordinado, de ofício ou à requerimento da parte interessada; já o dever de obediência obriga o inferior a cumprir as ordens não manifestamente ilegais dos superiores; e, por fim, o superior hierárquico pode aplicar sanções aos subordinados transgressores (COSTA, 2005, p. 58).

4.2 PRINCÍPIOS BASILARES DO PROCESSO DISCIPLINAR

O Processo Administrativo Disciplinar, como assevera Hely Lopes Meirelles (2004, p. 661), está sujeito à observância de cinco princípios de relevo constante, o da legalidade objetiva, da oficialidade, do informalismo, da verdade material e o da garantia de defesa.

4.2.1 Princípio da legalidade objetiva

Necessita, como motivo ou razão para sua instauração, da lei, pois, dessa maneira, são asseguradas às duas partes em conflito, o servidor indiciado e a Administração, a estabilidade institucional, ou seja, a exteriorização desse princípio se dá no sentido de fazer com que a repressão disciplinar seja estabelecida da forma mais ordeira e legítima possível (dentro da normatividade), resguardando os interesses da Administração, sem descuidar dos direitos individuais, amparados pela ordem jurídica ao servidor.

A predominância da legalidade da justiça na esfera pública deve ser predeterminada e, desse modo, o processo disciplinar há que se pautar para assegurar a sua desenvoltura dentro da legalidade objetiva, evitando-se que o mesmo se enverede no caminho da invalidade.

4.2.2 Princípio da oficialidade

Segundo esse ideário, cabe à Administração impulsionar o processo, embora este seja instaurado, por vezes, por provocação de particular. Depois de iniciado, compete ao Estado

movimentá-lo até a decisão final, isto é, deve projetar-se até o seu término, por conta da iniciativa dos servidores públicos responsáveis por sua feitura. Entretanto, a iniciativa investigatória fica sob responsabilidade da comissão processante, devendo esta determinar a realização de diligências a pedido das partes interessadas. Na hipótese de os membros integrantes do colegiado processante tornarem-se inoperantes quanto ao processo, ocorrerá afronta ao princípio da oficialidade e estes responderão disciplinarmente (COSTA, 2005, p. 59).

Outra derivação é que a instância não se exaure nem o processo se põe a termo pelo simples decurso do tempo, a menos que se configure uma das causas legalmente previstas.

4.2.3 Princípio do informalismo

Segundo esse norteamento, vê-se que o mesmo dispensa os rigores formais que não prejudiquem a essência da verdade. Conclui-se, então, que deve o processo ser simples, despidido de formalismo e exigências excessivas.

O mestre José dos Santos Carvalho Filho (2002 pp 689-690) leciona:

O princípio do informalismo significa que, no silêncio da lei ou de atos regulamentares, não há para o administrador a obrigação de adotar excessivo rigor na tramitação dos processos administrativos, tal como ocorre por exemplo, nos processos judiciais. Ao administrador caberá seguir um procedimento que seja adequado ao objeto específico que designar o processo. (...). Enfim, o que é importante no princípio do informalismo é que os órgãos administrativos compatibilizem os trâmites do processo administrativo com o objeto a que é destinado.

O princípio do informalismo é de cotidiana aplicabilidade no processo disciplinar, em que reza o entendimento de que, caso não haja substancial prejuízo para defesa, não há nulidade por inobservância de mera formalidade. A não ser quando a lei impõe certas formalidades, como, por exemplo, a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade no caso de inobservância.

4.2.4 Princípio da verdade material

Segundo esse enfoque, a Administração fica autorizada a valer-se de qualquer meio probatório, a fim de que a verdade real venha à tona, isto é, que chegue ao conhecimento dos membros da comissão processante. No entanto, para isso, terão que ser juntados aos autos e levados ao conhecimento do servidor acusado, a fim de que este exercite o seu direito constitucional de defesa.

Assegurados o direito de defesa e o contraditório, as pro-

vas processuais disciplinares, em harmonia com o princípio da verdade material, podem ser aglutinadas no processo, até mesmo na fase do julgamento. Sendo assim, o princípio não configura a preclusão processual, pois as provas podem ser produzidas em qualquer fase (momento) do processo disciplinar, desde que não prejudiquem o amplo direito de defesa.

Diferentemente dos processos judiciais, em que o juiz pauta-se pelas provas indicadas ou requeridas na devida oportunidade instrumental, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até a decisão final, conhecer novas provas, ainda que reportadas em outro processo ou decorra de fatos supervenientes.

Segundo o mestre Carvalho Filho (2002, p. 778), "esse princípio serve também como fundamento da *reformatio in pejus*". Surge essa hipótese quando, do julgamento de recursos administrativos, resulta a verdade material prejudicial ao próprio recorrente.

4.2.5 Princípio da garantia de defesa

Esse norteamento convalida que deve haver a observação do rito adequado à ciência do processo, para que o interessado tenha oportunidade de defender-se, contestar acusação, produzir provas, acompanhar instrução e servir-se dos recursos cabíveis.

Deduz-se que o inquérito administrativo não objetiva apenas apurar infrações, mas, também, oferecer oportunidade de defesa. Sendo assim, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, assim pautou o instituto da ampla defesa: "aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes".

Sob esse enfoque, o contraditório é o princípio de principal relevo para o acusado e pressuposto da ampla defesa, apesar de se diferenciar deste por ser mais abrangente, pois se reporta às alusões apuratórias das comissões de processo disciplinar, quanto aos esforços defensórios concretizados pelos acusados ou por seus representantes legalmente constituídos.

4.3 *Reformatio in pejus*

Um dos pontos mais debatidos e controversos no Direito Processual Disciplinar gira em torno de saber se deve haver ou não a *reformatio in pejus*, nos recursos disciplinares, quando interpostos pelos servidores punidos que não se conformam, ou seja, não aceitam a pena imposta.

Funda-se no princípio da verdade real, que estabelece competir à Administração desejar encontrar a todo meio de prova no processo, em qualquer de suas fases (momentos). Expressa Meirellês (Apud. COSTA, 2005, p. 63) que "o Poder Público, no exercício de suas funções executivas, é autorizado

a exercitar a *reformatio in pejus*, quando concluir, por ocasião do reexame da questão e à vista das provas dos autos do procedimento, que deva o servidor recorrente ser punido com reprimenda mais grave".

Data vênia o entendimento do festejado autor, não é aceitável concordar com o referido ponto de vista, já que as questões não são desenvolvidas de modo tão simples. O processo disciplinar, segundo sua natureza repressora, também reserva característica de direito punitivo, ou seja, em algumas matizes, aproxima-se do direito penal. Este deriva privilégio em favor do cidadão que esteja em situação de risco contra o patrimônio e a liberdade, não permitindo o auxílio da analogia para agravar, admitindo apenas a analogia *in bonam partem* (COSTA, 2005, p. 63).

O mestre Carvalho Filho (2002, p.675), comentando o princípio, ensina-nos:

O instituto da *reformatio in pejus* é bem conhecido no Direito Processual Penal. Significa que a decisão do recurso interposto somente pelo réu contra sentença condenatória criminal não pode agravar a situação que esta definiu. Em outras palavras, o Tribunal nesse caso não pode reformar a sentença piorando a situação do condenado, isto repita-se, quando apenas o réu tenha recorrido em razão do desinteresse do Ministério Público em fazê-lo.

O princípio do finalismo da sanção disciplinar prega que toda punição do servidor deve ser instrumentalizada com justiça, legalidade e legitimidade, a fim de atingir o objetivo da normalidade e do aprimoramento do serviço público. Desse modo, não se coaduna com a *reformatio in pejus*, que poderá inibir o servidor que deseja recorrer da decisão que lhe aplicou alguma penalidade administrativa. Logo, o recurso poderá ensejar um agravamento da situação. Acrescenta-se, então, que o princípio da verdade material, ou verdade real, tolhe a verdade formal. Em seu lugar, prevalece a comprovação dos fatos, não traz a autorização da *reformatio in pejus*.

Desejando finalizar, pode-se ratificar que a *reformatio in pejus* não encontra proteção na processualística disciplinar. A hermenêutica do dispositivo leva-nos a entender que, tanto no Direito Processual Penal quanto no Direito Processual Disciplinar, só pode haver reforma dos atos jurisdicionais e disciplinares, quando interpostos pelos réus ou servidores punidos, para beneficiar. Sendo assim, o acolhimento possível da súmula é para a *reformatio in mellius*.

4.4 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Segundo o art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações". Este é o festejado princípio da isonomia ou da igualdade jurídica, se-

gundo o qual todos são iguais perante à lei, previsto também com redação diversa no caput do art.5º, em sua parte inicial, ao relatar que " Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"(...). Essa é a igualdade formal.

No trato da isonomia, Celso Ribeiro Bastos (1996, p. 47-48) a subdivide em igualdade substancial e formal:

É o princípio da igualdade um dos princípios de mais difícil tratamento jurídico. Isto em razão do entrelaçamento existente no seu bojo de ingredientes de direito e elementos metajurídicos. A igualdade substancial postula o tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.

(...)

Na igualdade formal expressa o autor:

Em síntese, esta consiste no direito de todo cidadão de não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional.

Dando uma nova versão à questão anterior, o saudoso Rui Barbosa (Apud COSTA, 2005, p. 64) disse que "a igualdade consiste em tratar desigualmente aos desiguais, na medida da sua desigualdade". Logo, a condição individual de cada pessoa deve ser levada em consideração para poder auferir sua igualdade.

É perceptível que o princípio da isonomia permeia-se no campo disciplinar, no que diz respeito à orientação das transgressões funcionais, devendo haver tratamento repressivo orientado quanto aos aspectos isonômicos, sempre que possível. As sanções devem ser aplicadas atendendo às determinações normativas, preservando a isonomia entre as partes. Ressalte-se que os aspectos pessoais devem ser considerados, como, por exemplo, as circunstâncias que atenuam ou agravam a pena, com a finalidade de garantir isonomia material e não apenas formal (COSTA, 2005, p. 64-65).

Todavia, se não observado o princípio da igualdade, no exercício do poder disciplinar, estará sujeito à correção pelo Poder Judiciário (sistema de freios e contrapesos). Do mesmo modo, também não pode o ato disciplinar contradizer os atos ou medidas anteriores ou posteriores, sendo passível de anulação por transgredir ao princípio do finalismo ou até ao princípio da igualdade. Na hipótese de uma discriminação clarificada, não haverá ato punitivo, mas sim, uma arbitrariedade e desvio de poder pela autoridade administrativa. Não existindo essa intenção do gestor, o ato disciplinar se tornará ilegítimo quando desrespeitar ao princípio da isonomia.

Logo, é desejo do poder jurisdicional do Estado o reconhecimento das consequências do princípio da isonomia e do finalismo público que irão presidir e orientar a administração pública. Dessa forma, só assim constituir-se-á uma sociedade

mais justa e democrática.

4.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Princípio da proporcionalidade baseia o seu conteúdo na idéia segundo a qual deve a sanção disciplinar ser compatível com a falta cometida. Esse princípio, mesmo que não esteja expressamente previsto no nosso ordenamento jurídico, encontra-se nele delimitado por força de uma compreensão lógica. Com efeito, pode-se deduzir que a infração ao princípio da proporcionalidade da punição disciplinar consecute uma afronta à teleologia voltada para Administração Pública, fazendo com que o ato punitivo, assim editado, impregnado pelo vício do desvio de finalidade ou defeito de legalidade, esteja sujeito à censura do Poder Judiciário (COSTA, 2005, p. 67).

Todavia, para que se definam as reprimendas disciplinares como legais e legítimas, é necessário que elas sejam impostas em direta sintonia com o princípio da proporcionalidade, o qual orienta no sentido de que haja uma necessária adequação entre infração cometida e a pena a ser aplicada.

Sendo assim, vale asseverar que o princípio da proporcionalidade, além de orientar o administrador público a dosar a punição disciplinar, também tem a função de servir de guia na elaboração de normas de segundo grau, infraconstitucionais.

Em outro prisma levantado cotidianamente, é o fato de saber que, em face do não acatamento do princípio da proporcionalidade, é aceitável ao Poder Judiciário fazer a dosagem da pena disciplinar, aumentando ou diminuindo a punição que foi aplicada no caso em concreto.

Sobre o assunto, preleciona o professor José Armando da Costa (2005, p. 66), in verbis:

Entendemos que, fazendo tais alterações dosiméticas, estará o Judiciário, obviamente, incursionando no campo do mérito disciplinar, que é reservado constitucionalmente ao Poder Executivo. Tal labor judicante constitui, sem dúvida, intromissão judicial indevida, posto que ao Judiciário compete, no exercício do controle externo, verificar se a pena imposta é legal ou ilegal, devendo, em consequência, ser anulada ou confirmada. Tendo sido imposta de modo proporcional, será a pena considerada como legal, devendo a deduzida pretensão desconstitutiva da sanção ser rejeitada; já na hipótese reversa, será a reprimenda disciplinar definida como ilegal, e, conseqüentemente, poderá a sua invalidez ser decretada pelo Poder Judiciário.

Para concluir:

Sendo descumprido o princípio da proporcionalidade, aberto fica ao Judiciário, quando provocado pelo in-

teressado, o poder de anular não a parte excessiva do ato punitivo, e sim a própria sanção imposta, por absoluta incongruência com o nosso jus positum. Há quem, erroneamente, pense que, não havendo ocorrido ainda a prescrição, poderá a Administração Pública impor nova reprimenda disciplinar, desde que devidamente adequada ao princípio dosimétrico em apreço. Somos totalmente contrários a esse ponto de vista, pois entendemos que o princípio da estabilidade da lide insculpido no art. 219 do Código de Processo Civil, impede que o ato administrativo disciplinar, uma vez impugnado judicialmente, possa ser refeito ou convalidado, impondo-se à Administração, daí para a frente, a proibição de introduzir modificações no ato censurado pelo Poder Judiciário.

Conclui-se do que foi reportado, que, se o princípio da proporcionalidade for cumprido corretamente, a pena será legal, bastando ao executivo, quando for o caso (no âmbito de sua esfera de poder), a sua aplicação; caso contrário, caberá ao Judiciário.

4.6 A REGRA DO NON BIS IN IDEM

Esse princípio parte do pressuposto de que ninguém poderá ser punido duas vezes com base no mesmo fato. Tal princípio projeta-se não só na esfera do Direito Penal, corno, também, por toda extensão do direito punitivo geral em que se insere o Direito Disciplinar.

Todavia, pode-se constatar que o princípio em tela, mesmo proibindo a punição múltipla baseada em um único fato, não suprime da tríplice responsabilidade o servidor público, que por apenas um fato ele venha a responder nas esferas civil, penal e disciplinar, sem que tal infração se configure uma afronta ao princípio non bis in idem.

Acerca do tema, tem-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual pacificou sua jurisprudência predominante por meio da Súmula 19, que afirma: "é inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira."

Portanto, como se infere da Súmula supra, a consciência jurídica dos homens não admite que uma pessoa possa ser responsabilizada por um mesmo fato, mais de uma vez, civil, penal e disciplinarmente.

4.7 PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE

A tipicidade é quando a conduta concretizada pelo agente se enquadra na hipótese prevista na lei. Dessa forma, para que haja crime, é necessário que a conduta esteja expressamente contida na lei. Comportamento típico é aquele que se configura de acordo com hipótese existente na lei. Não haven-

do essa previsão legal, não existirá crime.

No que tange ao Direito Penal baseado no princípio da anterioridade da lei, a conduta humana para ser configurada como crime, além de ser antijurídica e imputável por culpa genérica, deve, também, ser definida como típica. Significa dizer que a conduta atribuída à determinada pessoa, obrigatoriamente, equivalerá a um dos delitos tipos previstos na lei penal.

Como bem se sabe, o Direito Penal não se coaduna com o emprego da analogia para sancionar condutas não previstas no figurino penal. O jus positum penal é um sistema fechado de tipos que não comporta o preenchimento de possíveis lacunas pelo arbítrio da autoridade judicial ou pelo recurso da analogia.

Contudo, é de bom alvitre destacar que, embora o Direito Disciplinar possua características do Direito Penal Geral, não tem a mesma força deste, pois o Direito Penal é, obrigatoriamente, ligado pelo princípio da tipicidade, uma vez que este guarda perfeita correspondência entre o fato cometido pelo servidor e a hipótese prevista na lei.

Entretanto, o Direito Disciplinar, nas punições leves (advertência e suspensão até 30 dias), não consagra, em absoluto, o princípio da anterioridade da lei, o qual é consequência da tipicidade. Adota, em regra, o princípio da atipicidade. Já quando se trata de punições graves, deverá prevalecer o princípio da previsibilidade legal, isto é, a tipicidade (COSTA, 2005, p. 69).

Inexoravelmente, é mister identificar que os delitos disciplinares, com aplicação de pena de demissão do servidor público, devem ter previsibilidade delimitada na lei, sobressaindo-se, nesses casos, o princípio da tipicidade. Levando-se, inclusive, a referir-se da mesma maneira em relação aos tipos disciplinares que tenham como base factual um ilícito penal, como exemplo, o crime cometido contra a administração pública (art. 132, I, da Lei no. 8.112/90).

4.8 MEDIATIDADE DA PUNIÇÃO

De plano, a sanção disciplinar deve ser realizada assim que o detentor do poder hierárquico tomar conhecimento da falta praticada. Essa assertiva de reprovação do titular do poder disciplinar, para que se implemente com eficácia e exemplaridade, deverá ser manifestada em tempo hábil, no intervalo existente entre a transgressão e a punição.

Sendo assim, se a aplicação da sanção punitiva não se der dentro de determinado prazo, a reprimenda disciplinar irá perdendo o seu sentido em face do efeito corrosivo oriundo do exaurimento do fato, fazendo com que a punição perca o caráter pedagógico, retributivo e neutralizador que possui a pena.

Todavia, quando o poder punitivo atua de forma mais célere, ele estará mais apto a promover a regularização e o aperfeiçoamento do serviço público, ressaltando, assim, com muito

mais eficiência, a reprovação e a intolerância da autoridade hierárquica.

Demonstra-se, entretanto, que o lapso temporal em apreço pode demorar dias, meses, sem levar em conta o tempo de apuração da sindicância ou processo disciplinar. Essa temporariedade há que ser verificada no fato concreto, pois pode variar de acordo com a complexidade do caso; tem como início (dies a quo) a data em que o mesmo foi conhecido ou a apuração do procedimento.

5 O RIGOR DA AUTORIDADE PROCESSANTE

Compartilhadas as preocupações do sistema principiológico, fundamentais à fixação dos limites do administrador, o objetivo desse tema é analisar as restrições ao poder público, quanto à instauração do processo administrativo disciplinar. Mesmo com a abrangência da competência discricionária da autoridade, esta terá que seguir a lei e os princípios gerais do Direito, a fim de alcançar os objetivos da sociedade. Nesse prisma, é excluída do Estado a ampla, geral e irrestrita discricionariedade, devendo a gestão da RES PÚBLICA obedecer ao princípio do devido processo legal, da boa-fé e da segurança jurídica, como também a certeza da materialidade, isto é, a justa causa, a fim de não destruir a privacidade do agente público, cujo fundamento será exposto a seguir.

5.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal que obriga a participação igualitária do Estado nas relações com os indivíduos está inscrito expressamente na Constituição Federal (art. 5º, LV): "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Este se configura nas garantias do contraditório e da ampla defesa.

Então, por via de fato, para a apuração das infrações funcionais é necessária a obediência às formalidades que dão estímulo a precisa comprovação dos fatos; asseverando, desta feita, o contraditório e a ampla defesa por parte do servidor da prática da infração. Todavia, o processo administrativo disciplinar, para ser inaugurado, requer que a autoridade pública tenha tido ciência de qualquer irregularidade funcional cometida pelo agente público. Essa ciência deverá vir composta por elementos que remontem a falta aos deveres da função, e não uma acusação vaga ou "boatos" de irregularidades.

Com observância maior, a apuração de infrações funcionais é formalizada através de processo disciplinar, cujo andamento é previsto em leis (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis, Estatutos dos Servidores dos Estados), já anteriormente mencionadas, e outras normas regulamenta-

res (Portarias, Ins-truções), com a participação igualitária do Estado. Desta maneira, apenas o exercício irregular das atividades funcionais do servidor público, que desencadeie em descumprimento a deveres ou inobservância a proibições, devidamente comprovados ou que existam fortes indícios dessas infrações, é que deverá ser apurado. É clarificado, então, que o uso do poder disciplinar não é feito de forma arbitrária, não pode a autoridade fazer como ela deseja.

Para a instauração dos procedimentos disciplinares, é imprescindível, como diz José Armando da Costa (2002, p.202-203), *ofumus bani iuris*;

A garantia do devido processo legal assegura ao funcionário a feitura do procedimento disciplinar previsto na lei (sindicância e processo ordinário sumário), como exige, por via de consequência, a existência de elementos prévios que legitimem tal iniciativa.

A fundação desse pré-requisito evita que os procedimentos disciplinares sejam instaurados ao simples talante do administrador, ou seja, sem a existência de indícios ou meios legais idôneos. De outra forma, a vida funcional do servidor público tornar-se-ia desprovida de segurança jurídica. O requisito do *fumus bonis iuris* é essencial ao devido processo legal para a instauração processual, evitando que o servidor público fique sob o jugo dos seus superiores hierárquicos, pois estes poderiam causar-lhe problemas de todas as matizes, por não estarem adstritos a esse pressuposto legal.

Por pressuposto, não se podem instaurar inquéritos administrativos genéricos, com o propósito de apenas sancionar o servidor, sem a existência de indício de irregularidades, se não, seria concebida como ação discriminatória, pois o direito administrativo não recepciona desvios ou excesso de poder por parte da autoridade pública. Adilson Abreu Dallari (2001, p. 38) combate, com veemência, essa conduta, ao lecionar que:

Não é possível instaurar-se um processo administrativo disciplinar genérico para que, no seu curso se apure se, eventualmente, alguém cometeu falta funcional!", para, em seguida, acrescentar: "Repugna a consciência jurídica aceitar que alguém possa ser constrangido a figurar como réu numa ação civil pública perfeitamente evitável. Configura abuso de poder a propositura de ação civil temerária, desproporcional, não precedida de cuidados mínimos quanto à sua viabilidade.

Desta feita, é de bom alvitre se apurar o fato tido como suspeito através da sindicância, em que não existe a figura do acusado, e o poder público pode, através de um procedimento sumário, em que é conferido o direito de defesa para o sindicado, promover a devida verificação da existência de indícios para a propositura do futuro processo disciplinar.

Sendo assim, é importante evitar o excesso de apuração por parte do Poder Público, imposta pelo arbítrio, em que se auferem tempo e despesas, ferindo, desse modo, os princípios da eficiência e da moralidade, que devem estar presentes em todos os atos públicos.

5.2 OBSERVÂNCIA À JUSTA CAUSA

No que tange à justa causa, a Constituição Federal de 1988 explicitou os limites à atuação do administrador público (Estado), proporcionando aos cidadãos direitos e garantias fundamentais (a partir do Título II, dando início, em seguida, ao estudo do art.5º). Consideram-se legitimados para apurar e punir condutas consideradas ilícitas o Poder Judiciário, o Ministério Público, as Polícias e a própria Administração Pública. Desse modo, o legislador, no combate entre a repressão de ilícitos e a proteção da honra, imagem, bom nome e privacidade, determinou os passos de atuação do Poder Público, que deverá atuar dentro dos limites estabelecidos pela Carta Política. O artigo 5º da CF e seus incisos V, X, XXXVII, LV, LIV, LX regulam o processo, como exemplo: a aplicação da pena e as condições para seu cumprimento; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o direito de indenização ao dano moral e à imagem; defesa da intimidade restringida à publicidade de atos processuais; o direito de defesa e o direito de propriedade, dentre os demais.

Nesse prisma, é garantido ao cidadão não ser devassado na sua intimidade sem o devido processo legal, e que o procedimento instaurado deverá conter indício da prática de um ato proibido pela norma vigente; pois há dispositivos constitucionais que objetivam a investigação e punição de ilícitos e outros que protegem a honra e a imagem das pessoas. Salutar é que os poderes públicos acatem e instrumentalizem procedimentos aptos, que evitem danos à imagem das pessoas.

Os procedimentos disciplinares instruem, também, nesse objetivo, pois é proibida a criação de procedimento disciplinar de forma geral em que acusações torpes ou vagas somente têm validade para ocasionar temeridade na vida do agente público, com o objetivo de encontrar prova de falsa conduta ilícita.

A sociedade almeja por uma justiça administrativa comprometida com a austeridade e que, antes de tudo, atente para os direitos e prerrogativas dos acusados. Não é aceitável que ocorram acusações amplas contra a honra de quem quer que seja. O direito não acata procedimentos desvinculados, sem que haja justa causa (motivo ou relevo) contra agentes públicos. Essa garantia de inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem das pessoas esgota ao administrador a discricionariedade de instaurar procedimento disciplinar contra servidor público sem um mínimo de indício ou possibilidade

de acusação. Não se admite a acusação genérica, pela leviandade que trata, sem justa causa. É necessária a justa causa (certeza da materialidade do dano) para a procedência da denúncia, para não submeter o indivíduo a uma circunstância que exponha sua reputação e imagem.

De acordo com o art. 648 do Código do Processo Penal, a coação é considerada ilegal quando não houver justa causa, pois esta afasta a figura do possível delito, tendo em vista a ausência do ato ilícito. Segundo esse entendimento, o STF vem retirando do Ministério Público o poder de instaurar inquérito policial sem um mínimo (plausível) de razoabilidade ou de justo motivo.

Segundo esta percepção, a autoridade hierárquica competente deverá instaurar procedimento disciplinar, com respectiva comissão processante, contra agentes públicos para averiguar a possível prática de transgressão disciplinar, desde que haja um mínimo de provas ou materialidade do cometimento de ato ilícito, expressando, deste modo, na possibilidade de condenação (*jurus bonis iuris*). Assim, em relevo às garantias da inviolabilidade da honra e da imagem do agente público, o procedimento administrativo disciplinar só será instaurado quando houver um fundamento razoável, pois, sem justa causa, o inquérito extingue-se logo em sua gênese.

Para que ocorra a constituição do procedimento disciplinar, deve haver uma possível infringência concretizada no exercício das atribuições do servidor público, ou que se relacione com as atividades do cargo ou função em que se encontra investido. Isso de acordo com o comando normativo do art. 148 da Lei nº. 8.112/90, seguida, em quase toda sua totalidade, por todos os estatutos dos servidores públicos, pois não se admite a instauração de um procedimento disciplinar sem que ocorra um

relevante apreço, ou justo motivo.

O Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Lei no. 8.112/90, no art.144 e parágrafo único) determina:

Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.

Parágrafo Único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.

Observando o art. 144 e parágrafo único acima, percebe-se que este deve instruir objeto de apuração em processo, quando as denúncias forem instrumentalizadas por escrito e contenham a identificação e os endereços dos denunciantes, tiverem autenticidades das assinaturas dos denunciantes devidamente confirmadas e veiculem fatos que configurem, pelo menos em tese, evidente lesão disciplinar ou ilícito penal.

Entretanto, nos termos do art. 145, 111, da Lei nº. 8.112/90, a sindicância⁷ constitui conectivo processual de iniciação, configurando razão suficiente para ensejar a instauração do respectivo processo disciplinar.

Desta feita, visualiza-se o brilhante entendimento de Emomar Octaviano e Átila José Gonzales:

O processo administrativo só se iniciará de imediato quando houver elementos suficientes para se concluir pela existência da falta ou de sua autoria. Caso contrário, será obrigatoriamente instaurada sindi-

6 <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8112cons.htm>

7 Jurisprudências há que diferenciam claramente a sindicância do processo administrativo disciplinar em si, como se vê:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. Funcionário. Demissão. Procedimento administrativo. Cerceamento de defesa. Lei 8.112/90, art. 132, XIII e art. 117, IX.

I – Sindicância e procedimento administrativo disciplinar: distinção, certo que aquele é, de regra, medida preparatória deste (Lei 8.112/90, artigos 143, 145, 154)”

(STF Pleno, ac. un., MS nº 21635-PE, Rel. Min. Carlos Velloso, CJ 20/04/95)”

“EMENTA: Constitucional e Administrativo – Militar – Exclusão a bem da Disciplina – Ausência de procedimento administrativo – Devido processo legal – Aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa aos litigantes, em procedimento disciplinar militar – Art. 5º, LV, da CF/88 – Nulidade do ato administrativo.

(TRF 1ª Região, 2ª turma, Apelação Cível no 100069731, Rel. Juíza Assusete Magalhães, DJ 11/03/94)”

A sindicância possui natureza, não processual, mas de procedimento investigativo, similar ao inquérito policial, configurando-se como mecanismo de elucidação de irregularidades no serviço, podendo transcorrer com informalidade e sem ciência ao investigado, nesse sentido transcreve-se a fundamentação dada pelo ilustre Ministro José Delgado, ao julgar o Agravo de Instrumento no 275892/RJ.

“O inquérito administrativo... constitui mera fase investigatória, assim denominada por sinonímia à expressão sindicância administrativa, que precede ao processo administrativo e que tem por fito apurar a ocorrência de fato ilícito que, uma vez provada a sua materialidade e autoria, propiciará a instauração deste último, onde se demonstrará a culpabilidade dos indiciados.

Em nada difere do inquérito policial previsto no Código de Processo Penal, tendo o mesmo caráter inquisitório, não constituindo constrangimento ilegal a sua instauração contra qualquer cidadão.

...O inquérito administrativo precede o processo administrativo disciplinar, tal como o inquérito policial antecede à ação penal.

...O contraditório só se instalará após a instauração do processo administrativo, instruído com o que se apurar no inquérito administrativo.

...Dispensa defesa do sindicato e publicidade 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. É o verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo disciplinar.

Simple investigação de fatos e da eventual responsabilidade pela sua prática, caso ilícitos, inexistindo acusação no sentido formal não autorizam o contraditório, sob pena de tornar a apuração de qualquer fato inviável, com a instauração de contraditório quando, sequer, exista um indiciado.”

<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=139&rv=Direito>

cância para a apuração preliminar desses elementos, finda a qual será iniciado o processo administrativo exigível (OCTAVIANO; GONZALES, 2002, p. 116).

Desta feita, sem a existência de tais conectivos processuais, não poderá ser constituído o processo administrativo disciplinar, pois, se não houver a observância a esse caráter legal, caberá ao agente público prejudicado ingressar em juízo, solicitando o trancamento do processo, por meio do mandado de segurança.

5.3 BOA-FÉ E SEGURANÇA JURÍDICA

O art. 148, da Lei nº. 8.112/90, designa que o processo disciplinar "é o instrumento destinado a apurar a responsabilidade do servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido." Por pressuposto, para que se inicie o procedimento disciplinar, deverá haver desídia administrativa, de acordo o Estatuto. Essa infração realizada não é só no exercício das atribuições do servidor, mas, também, naquelas que possuam relação com as atribuições da função ou cargo em que se encontre investido.

A boa-fé e a segurança jurídica protegem o administrador público da discricionariedade na configuração do procedimento administrativo genérico, não ocorrendo, nesse caso, violação aos princípios disciplinares que ilustram a vida funcional do servidor.

O princípio da boa-fé, no direito administrativo, requer do agente público, no exercício de sua função, a lealdade, tanto no seu ambiente de trabalho quanto em relação ao administrador público. Consecute-se, então, em uma conduta leal e confiável, derivação da boa-fé, fundamentando a Justiça e a segurança nas relações entre as pessoas, institucionalizando, assim, num real dever do agente público, a manutenção desse princípio na prática cotidiana.

A ligação entre o direito e a ética é pilastra essencial que rege o Princípio da Boa-fé, objetivando a lealdade como forma de eficiência e confiança da Administração Pública no entrosamento com a sociedade. A boa-fé objetiva possui existência na doutrina e na jurisprudência, cujo posicionamento se configura na ideia de que os atos privados e os públicos devem ser concretizados dentro de um modelo de lealdade e de ética. Sendo assim, faz-se mister que o servidor público se regre pelos atos funcionais orientados pela boa-fé e a lealdade.

O art. 2º da Lei nº. 9.784/99 reporta, em seu inciso IV, que o Poder Público deve se pautar pelos modelos éticos de probidade, decoro e boa-fé, quando da decisão de instauração de procedimento disciplinar. Desta maneira, descoberta cabalmente a má-fé ou a falta de justa causa para a instauração do procedimento disciplinar, é excluída a faculdade do Poder Público em promover a apuração através do citado inquérito

administrativo genérico, sem elementos ou substâncias.

O dever de gestionar de acordo com a boa-fé não só compete ao servidor em relação à Administração, mas também no sentido contrário. É lamentável que a ordem jurídica não apure deslealdade, tendo esta obrigação de agir. Sendo assim, a boa-fé deve estar incrustada nas decisões administrativas, em especial naquela que diz respeito à constituição do procedimento disciplinar.

Concluindo, não haverá objeto para apurar, se as denúncias ou fatos não caracterizarem, evidentemente, infração disciplinar ou ilícito penal. Concordando com esse posicionamento, José Armando da Costa (2002, p. 203-204) se posiciona:

[...] sem esses conectivos pré-processuais, resta ilegítima a iniciativa da administração pública consistente na abertura desses expedientes apuratórios de faltas disciplinares, pois que tais elementos prévios indiciários (*fumus boni iuris*) não apenas constituem uma exigência jurídico-processual sinalizadora da plausibilidade de condenação do servidor imputado, como também configura uma garantia em favor deste, que não poderá, sem o mínimo de motivação, ser submetido a inquietadores procedimentos como tais. Não fosse a exigência do concurso inicial dos referidos adminículos indiciatórios (princípio de prova), a segurança jurídica dos servidores públicos desceria a patamares desprezíveis e instáveis, o que arrostaria de modo brutal e frontal o princípio constitucional do devido processo legal, uma vez que a instauração de tais procedimentos disciplinares se toma legítima e devida ante a existência desses indiciadores pré-processuais.

Desse modo, carecendo de indícios ou provas, tanto o princípio da segurança jurídica como o da boa-fé eximem do administrador público a real possibilidade de instaurar procedimento disciplinar contra o servidor público.

O referencial da segurança jurídica tem como objetivo o dever/poder do Estado de proteger a sociedade da inviabilidade da honra e garantir a devida privacidade dos indivíduos, as quais não podem ser tolhidas por atos administrativos, sem fundamento ou que acobertar, na sua essência, o prejudicial sentimento pessoal de vingança.

CONCLUSÃO

Ao se estudar os poderes da autoridade processante na instauração do processo administrativo disciplinar, percebe-se que é possível a iminência de desvelos e arbitrariedades entre servidor e administração pública. O liame dessa relação pode, peremptoriamente ou não, causar prejuízos a um ou a outro. Desse modo, nessa relação, não é difícil prever essa circunstância.

O processo disciplinar é um instrumento constitucional atribuído aos cidadãos, regulamentado pela Lei 9.784/99 da administração pública federal, pelo Regime Jurídico Único do Servidor Federal (Lei no. 8.112/90) e pela Lei de Improbidade (Lei no. 8.429/92), apesar de existirem outras leis estaduais e municipais.

Quanto ao conceito, não se resume só em verificar a apuração de denúncias e a aplicação de sanções, mas sim, revelar a ampla defesa e o contraditório com o objetivo da verdade real. No que diz respeito aos objetivos, viu-se que a apuração é o objeto essencial do processo disciplinar. No que tange aos agentes, foram dispostos em três elementos: autor, réu e juiz. Já quanto à comissão processante, constatou-se que esta não tem função de proferir unicamente decisão final no processo administrativo, pois se apresenta, a um só tempo, como órgão de instrução, de audiência e de assessoria à autoridade competente para julgar.

Na análise diferida, ressaltou-se a respeito dos princípios empregados no processo disciplinar e sua divisão em princípios do Direito Administrativo e princípios basilares do Processo Administrativo Disciplinar, com suas respectivas peculiaridades. Tal compactuação foi feita apenas para facilitar o entendimento do discurso ora apresentado e observar como os mesmos servem de regramentos para que a autoridade processante competente se oriente para que possa instaurar o processo administrativo, uma vez que este tipo de procedimento ainda não está plenamente positivado na legislação pátria.

Ao final, destacaram-se os rigores da atuação da autoridade administrativa na constituição do processo administrativo

disciplinar, em que se concluiu que a Administração Pública deve obedecer aos princípios do devido processo legal, da justa causa (a certeza da materialidade), da boa-fé e da segurança jurídica. No que concerne ao princípio do devido processo legal, verifica-se que é necessário evitar o excesso de apuração (arbitrariedade) por parte do Poder Público, quando o processo é implementado com abuso de autoridade da instância processante, a fim de que não se gaste tempo e dinheiro, agredindo, assim, o princípio da eficiência e da moralidade, que devem estar presentes em todos os atos públicos. No enlace da certeza da materialidade, verificou-se que, não havendo elementos consistentes para instauração do processo, tais como a existência de falta e autoria (conectivos processuais) não deve o servidor público se humilhar a uma situação calamitosa, a qual denigra sua reputação e honra. Desta feita, quanto à boa-fé e à segurança jurídica, carecendo indícios ou provas, ambos exaurem do administrador público a iminência de instaurar procedimento disciplinar contra o servidor público.

Enfim, conclui-se, do exposto, que processo administrativo disciplinar só é configurado de modo obrigatório, quando possui, a autoridade competente, a informação da irregularidade no serviço público, pois, se não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será fatalmente arquivada, por falta de objeto.

Assim sendo, faz-se mister cautela e austeridade no trato da coisa pública, para se evitar a instauração abusiva, denegrando a imagem e o bom nome do agente público. Para tal, é preciso denotar os regramentos que a autoridade administrativa terá que seguir.

REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. **Processo Disciplinar Passo a Passo**. Brasília: Jurídica, 2. ed. 2004.

_____. **Prática de Processo Disciplinar**, Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

COSTA, José Armando da. **Controle Judicial do Ato Disciplinar**. Brasília: Jurídica, 2002.

_____. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**: 5. ed. Brasília: Jurídica, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. **Limitação à atuação do Ministério Público**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Lei nº 8.112.90**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JACQUES, Paulino. **Curso de introdução ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEI Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990: Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm> Acesso em: 03 mar.2007.

LEI Nº 9.784 , de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9.784_cons.htm> Acesso em: 10 dez.2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

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

OCTAVIANO, Emomar; GONZALES, Átila José. **Sindicância e processo administrativo**. 10. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Necessidade de justa causa para a instauração de processo administrativo disciplinar. Impossibilidade do procedimento genérico para que no seu curso se apure se houve ou não falta funcional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 420, 31 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5607>> Acesso em: 07jun.2006.

ROSA, Dêneron Dias. **Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar** DISPONÍVEL em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=139&rv=Direito>> Acesso em 01 fev.2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudências. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp> Acesso em: 07 nov.2006.