

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SERGIO GOMES NUNES

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

**CURITIBA
2013**

SERGIO GOMES NUNES

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do Curso de Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Prof. Msc. Daniel Wunder Hachem

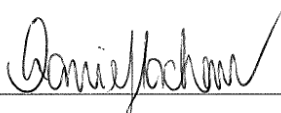
**CURITIBA
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

SERGIO GOMES NUNES

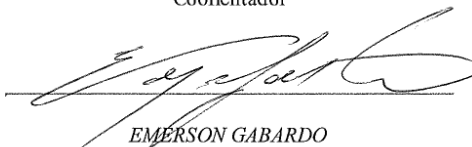
O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

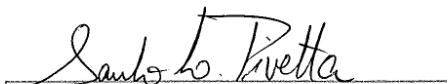


DANIEL WUNDER HACHEM
Orientador

Coorientador



EMERSON GABARDO
Primeiro Membro



SAULO LINDORFER PIVETTA - Direito Público
Segundo Membro



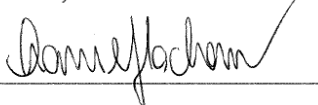
Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

Ata da reunião da Comissão Julgadora da
 Monografia (Trabalho Final de Curso) do
 Acadêmico(a) **SERGIO GOMES
 NUNES**

Aos quatro dias do mês de dezembro do ano de 2013, às 10:30 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) SERGIO GOMES NUNES, sobre o tema, "O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, DANIEL WUNDER HACHEM (Orientador), (Coorientador), EMERSON GABARDO e SAULO LINDORFER PIVETTA - Direito Público, atribuiu as seguintes notas respectivamente: _____, 10,0, 10,0 e 10,0; perfazendo a média igual a _____.

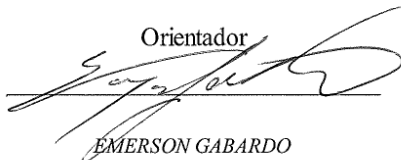
Obs.

Curitiba - PR, 04 de dezembro de 2013.



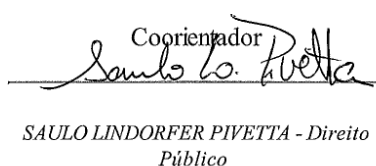
DANIEL WUNDER HACHEM

Orientador


 EMERSON GABARDO

1º Membro

Coorientador


 SAULO LINDORFER PIVETTA - Direito
 Público

2º Membro

Dedico este trabalho aos meus pais, GERALDO E JACIRA, principais responsáveis pela minha formação ética, moral e espiritual. Com quem aprendi o valor da conduta reta e digna. Exemplos de coragem, simplicidade e humanidade. Minha gratidão eterna.

Aos meus irmãos FÁTIMA, VÂNIA e CÉLIO, com quem tive o privilégio de compartilhar momentos decisivos em minha vida. Amigos e companheiros permanentes nessa jornada terrena.

À minha esposa, EDNA, amor, equilíbrio e estabilidade, amiga e confidente, admiração plena pela sua delicadeza, dedicação e coragem em todos os momentos da vida. Mãe da nossa jóia preciosa.

Ao LUCAS, presente de DEUS, filho, amigo, companheiro, orgulho e razão da minha vida, inspiração e motivo da minha dedicação e esperança no futuro, aquele que me fez compreender o verdadeiro significado da expressão AMOR INCONDICIONAL.

AGRADECIMENTOS

Aos meus amigos Pedro, Rubens, Tiago, William, Rangel, Najara e Renata, parceiros imprescindíveis e inestimáveis que tornaram essa jornada muita mais leve e agradável.

Menção especialíssima ao Dr. Gilson Luiz Inácio (Juiz Federal) e ao Dr. Rogério Cachichi Canguçu (Juiz Federal), exemplos de conduta ilibada, profissionalismo e de efetividade na prestação jurisdicional. Responsáveis pela inspiração/decisão, já na fase madura da vida, de buscar o conhecimento da ciência jurídica.

Gratidão especial: Ao Dr. Luiz Bernardi (Superintendente da Receita Federal) e ao Dr. Reinaldo César Moscatto (Superintendente Adjunto), amigos e companheiros exemplares na minha vida profissional, os quais, com experiência e sabedoria, viabilizaram as condições para a conclusão dessa jornada. Aos meus amigos e companheiros de trabalho Alexandre Andrade de Queiroz, Edair Ribeiro da Silva, Edison Luiz Nickel, Helen Rute Sobezak Kuceki e Vergílio Concetta, que me ajudaram com suas valiosas reflexões, ponderações e críticas sobre questões atinentes ao tema dessa monografia.

Com especial deferência, ao Prof. Daniel Wunder Hachem, que com a sua destacada habilidade e competência, digna dos verdadeiros mestres, proporcionou os meios e caminhos para a realização e conclusão dessa desafiadora monografia! Minha mais profunda e respeitosa gratidão pela sua dedicação, pelos seus ensinamentos e pelo exemplo de vida digna e focada na busca incessante do saber e do aprimoramento da ciência jurídica!

A injustiça que se faz a um, é uma
ameaça que se faz a todos.

O pior governo é o que exerce a tirania
em nome das leis e da justiça.
(Montesquieu)

RESUMO

A presente monografia foi inspirada na importância dos princípios constitucionais para regular a relação jurídica existente entre o Estado e os cidadãos. Com especial relevo, aborda-se o princípio da presunção de inocência e a sua aplicação no processo administrativo disciplinar. A presunção de inocência é um instituto consagrado no processo penal e a sua aplicação encontra-se regularmente pacificada nesse ramo da ciência jurídica. No entanto, no âmbito da ciência jurídica administrativa e na jurisprudência dos tribunais pátrios ainda se encontram manifestações e decisões contraditórias, as quais mitigam os efeitos do princípio na seara do Direito Administrativo. Quanto à estrutura e organização da monografia, no primeiro capítulo do trabalho serão examinados os seguintes pontos: A conformação jurídica do processo administrativo disciplinar, com destaque para: (a) a correta diferenciação entre processo e procedimento administrativos; (b) o regime constitucional aplicável ao processo administrativo disciplinar e (c) a incidência dos princípios constitucionais no âmbito disciplinar. O segundo capítulo enfrenta o tema principal da monografia: A presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. Estruturam esse estudo os seguintes temas: (a) culpabilidade e sanção administrativa; (b) as disposições constitucionais relativas à presunção de inocência; (c) o alcance da presunção de inocência nas fases do processo administrativo disciplinar; e (d) a repercussão da absolvição criminal no processo administrativo disciplinar. Conclui-se o presente trabalho com a constatação da plena aplicação do princípio da presunção de inocência no processo administrativo disciplinar em moldes similares ao do processo penal. Ao final, indica-se a necessidade da evolução doutrinária e jurisprudencial para a construção de um sistema jurídico plenamente aderente aos princípios constitucionais como sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: princípio da presunção de inocência; processo e procedimento administrativos; regime jurídico administrativo; culpabilidade e sanção administrativa; direito administrativo.

ABSTRACT

This monograph was inspired by the importance of the constitutional principles, regulating the legal relationship between the State and citizens. The principle of presumption of innocence and its implementation in disciplinary administrative process was discussed with particular attention. The presumption of innocence is an Institute, established in criminal proceedings and its application is regularly practiced in this branch of legal science. However, in the field of the administrative legal science and in jurisprudence of the courts there are still demonstrations and contradictory decisions, which mitigate the effects of the principle in the field of Administrative Law. Regarding the structure and organization of the monograph, in the first chapter of this work the following points will be examined: The legal conformation of the administrative disciplinary process, with emphasis on: (a) the correct differentiation between process and administrative procedure; (b) the constitutional regime applicable to administrative disciplinary proceedings and (c) the incidence of constitutional principles in the disciplinary area. In the second chapter the main theme of the dissertation: the presumption of innocence in administrative disciplinary process is examined. The following themes are included in this study: (a) guilt and administrative penalty; (b) the constitutional provisions concerning the presumption of innocence; (c) the scope of the presumption of innocence in the stages of the administrative disciplinary proceedings; and (d) the impact of the acquittal in disciplinary administrative proceeding. This work is concluded with obtaining the full application of the principle of presumption of innocence in disciplinary administrative proceeding in the manner similar to the criminal process. At the end there was indicated the necessity of doctrinal and jurisprudential development for the construction of a legal system fully adherent to constitutional principles as supporters of the Democratic State of Law.

Keywords: presumption of innocence; administrative process and procedure; administrative legal regime; guilt and administrative penalty; administrative law.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	01
1 A CONFORMAÇÃO JURÍDICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	04
1.1 A distinção jurídica entre processo e procedimento administrativo	04
1.2 O regime constitucional do processo administrativo disciplinar	09
1.3 A incidência dos princípios constitucionais processuais no processo administrativo disciplinar	18
2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	35
2.1 Sanção administrativa e culpabilidade	35
2.2 O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988	40
2.3 Consequências da incidência do princípio da presunção de inocência nas fases do processo administrativo disciplinar	46
2.4 A repercussão da absolvição criminal no processo administrativo disciplinar ...	58
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inovou e revolucionou o Direito Administrativo pátrio. Na Lei Maior foi plantada a semente impulsionadora de avanços significativos devido à definição de um conjunto de princípios a serem observados no processo administrativo. O processo administrativo ganhou status de direito fundamental e espargiu suas garantias de cidadania para essa seara que padecia com a falta de instrumentos para a efetivação democrática.

Nas palavras de Ana Cláudia Finger: “(...) operou-se uma evolução para um Direito Administrativo marcado pela ascensão do cidadão como sujeito (não objeto) dos cuidados da Administração Pública e um Direito Administrativo funcionalizado para a concretização dos direitos fundamentais”.¹

Há tempos a relação entre o Estado e o cidadão clamava por uma configuração harmônica fundada no equilíbrio e em novos horizontes descortinados pelo renascimento da democracia em nosso País.

Nessa nova etapa, consubstanciada pelo atual estágio evolutivo da sociedade ocidental, em especial da sociedade brasileira, não é mais possível admitir posições que acalentem uma supremacia autoritária e sem limites para a Administração Pública. Nesse sentido aduz Rogério Medeiros Garcia de Lima: “O Direito Administrativo é elemento essencial à configuração do Estado de Direito. Seus princípios e regras inibem a arbitrariedade e o despotismo. Sem o Direito Administrativo retornaríamos ao Estado de Polícia, que é a negação da liberdade e dos direitos humanos”.²

Com base nessas características fundantes de uma nova ordem administrativa, o presente estudo tem como objetivo a análise da aplicação do princípio da presunção de inocência em processos administrativos disciplinares. Para essa tarefa será necessário realizar, preliminarmente, uma abordagem sobre

¹ FINGER, Ana Cláudia. A feição democrática do processo administrativo como instrumento de proteção do cidadão. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Orgs.), **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo**: Novas perspectivas para o Desenvolvimento Econômico e Socioambiental – Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 231.

² LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Os princípios do Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor Público**: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 445.

os elementos que estruturam o processo administrativo disciplinar com os seus peculiares efeitos decorrentes.

Nesse sentido, o trabalho será dividido em dois capítulos. No capítulo 1 será analisada a conformação jurídica do processo administrativo disciplinar, ou seja, serão apresentados os elementos que constituem a sua base, partindo-se da correta diferenciação entre processo e procedimento, com destaque para a importância desses dois institutos jurídicos na concretização das garantias constitucionais do cidadão.

Ainda nesse capítulo, será abordado o regime constitucional do processo administrativo disciplinar, delimitando-se todo o conteúdo constitucional que deve permear os processos dessa natureza. Por fim, será tratado o tema da incidência dos princípios constitucionais processuais no âmbito disciplinar, com ênfase nos princípios do contraditório, da ampla defesa e do juiz natural, considerados elementares e imprescindíveis para a constitucionalidade e legalidade das apurações disciplinares administrativas.

O estudo do primeiro capítulo permite a formação do conhecimento de base, necessário para garantir a correta avaliação do ponto focal da monografia, ou seja, a análise do princípio da presunção da inocência em processos administrativos disciplinares. Sem esses conhecimentos prévios não é possível aferir com exatidão o real alcance da presunção de inocência no contexto disciplinar.

O segundo capítulo abre o tema principal da monografia: A presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. A abordagem é iniciada pela análise dos institutos jurídicos da sanção administrativa e culpabilidade. Tais institutos integram o cenário para a aplicação do princípio, pois a sua correta compreensão constitui requisito essencial para o aprofundamento do tema.

Na sequência, estuda-se o conteúdo das disposições constitucionais relativas à presunção de inocência, com a observação dos fatores que delimitam a atuação da autoridade administrativa na função de acusador e julgador. Com base no conteúdo constitucional, chega-se ao alcance da presunção de inocência nas três fases do processo administrativo disciplinar, ou seja, na instauração, instrução e julgamento. Nessas fases, existem peculiaridades e limites inerentes à atuação da Administração Pública, as quais devem ser criteriosamente observadas. A inobservância desses aspectos pode ensejar a necessidade de saneamento do

processo ou até, em casos mais graves, a nulidade plena de todos os atos processuais.

Por fim, será avaliada a repercussão da absolvição criminal no processo administrativo disciplinar. Assim, pretende-se aprofundar essa reflexão com as valiosas contribuições da ciência jurídica que versam sobre os impactos da sentença penal absolutória em suas diferentes modalidades. Posicionamentos e questões polêmicas, apresentados por diferentes doutrinadores, serão objeto de estudo, nos quais aspira-se, ao final, identificar a doutrina mais afinada com a Lei Fundamental.

É oportuno destacar que o interesse na temática funda-se na potencialidade de o processo administrativo disciplinar implicar consequências significativas e desestruturantes na vida do servidor e da sua família. Tais implicações podem atingir bens e direitos indisponíveis, os quais são essenciais para a existência digna do cidadão. Lembre-se que desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, artigo 9º, observa-se no mundo ocidental uma diretriz básica: “Todo o homem se presume inocente até ser declarado culpado; se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor que não seja necessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Nesse contexto, espera-se que a prática processual administrativa (na aplicação das penalidades disciplinares) seja dosada em conformidade plena com os princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal, em especial, àqueles que guardam correlação com a dignidade da pessoa humana, com o devido processo legal e com a presunção de inocência do acusado.

1 A CONFORMAÇÃO JURÍDICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

1.1 A DISTINÇÃO JURÍDICA ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

As atividades da Administração Pública marcam presença rotineira na vida do cidadão brasileiro, alcançando-o em seus interesses pessoais e profissionais. O Texto Supremo, para equilibrar essa sensível relação, estabelece um núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos.

Nesse contexto de direitos e garantias, a distinção jurídica entre processo e procedimento administrativos são temas presentes no texto constitucional com forte interesse do Direito Constitucional e Administrativo. Nos embates doutrinários, travados no âmbito da ciência jurídica, relevantes controvérsias versam sobre o alcance desses dois institutos jurídicos.

Respeitáveis expoentes da ciência do direito defendem que não há razões para qualquer diferenciação entre os citados institutos, considerando esse debate estéril e inútil. Eles enxergam o processo umbilicalmente ligado com a jurisdição, incabível, portanto, a sua utilização no âmbito administrativo. Advogam a tese de que fora da jurisdição, somente é possível falar em “procedimento administrativo”.

Os seguintes juristas podem ser citados como representantes dessas correntes doutrinárias: Eduardo J. Couture, Jorge Clariá Olmedo, Gustavo Bacacorzo, Juan Carlos Cassagne, Roberto Dromi, Carlos Ari Sundfeld, Alberto Xavier, Marcello Caetano.³

Entretanto, o tema não se esgota nessa análise superficial, e merece uma maior profundidade na busca por dimensões e detalhamentos mais complexos. Por conta dessa complexidade, faz-se necessária uma atenção mais precisa na direção de perspectivas mais densas, construídas por abalizada doutrina jurídica.

Inicialmente, destaca-se a posição da doutrina majoritária que reconhece a aplicação dos termos processo e procedimento ao Direito Administrativo. Esse reconhecimento predominante firma-se em uma visão de processualidade mais

³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed., São Paulo; Saraiva, 2012, p. 39 a 46.

ampla, de forma a atingir os diferentes segmentos dos poderes estatais, com um núcleo comum de processualidade nas diferentes áreas da Administração Pública, onde seus elementos nucleares aparecem de forma destacada.⁴

Ao aderir a essa visão, não é possível identificar o processo como uso exclusivo da função jurisdicional, e tampouco imaginar que a difusão do termo processo, nas diferentes áreas da Administração Pública, possa trazer prejuízos à atividade jurisdicional ou ainda banalizar e descaracterizar a figura jurídica do processo. Nessa mesma abordagem, destacam-se as contribuições de Odete Medauar:

A resistência ao uso do vocábulo “processo” no campo da Administração Pública, explicada pelo receio de confusão com o processo jurisdicional, deixa de ter consistência no momento em que se acolhe a processualidade ampla, isto é, a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Em decorrência, há processo jurisdicional, processo legislativo, processo administrativo; ou seja, o processo recebe a adjetivação provinda do poder ou função de que é instrumento. A adjetivação, dessa forma, permite especificar a que âmbito de atividade estatal se refere determinado processo.⁵

Restringir o processo ao âmbito jurisdicional (sem se ater às peculiaridades e necessidades dos diferentes poderes do Estado) é limitar o alcance de um instituto que visa também garantir o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito.

O tipo de relação jurídica existente permite identificar quais os princípios aplicáveis às formas de exercício da função executiva, tal afirmação é reforçada por Sérgio André Rocha:⁶

Isto porque, como dita, a relação jurídica que surge no âmbito do processo é regida, em todos os seus aspectos, pelo princípio do devido processo legal e os demais princípios que deste decorrem, e é exatamente dessa regência que se inferem todos seus traços característicos, que fazem com que não se possa confundir a relação jurídica processual com a relação que anima os procedimentos administrativos.⁷

⁴ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 29.

⁵ MEDAUAR, Odete. *Ibidem*, p. 40–41.

⁶ “Nessa ordem de convicções, é possível esclarecer que a caracterização de um processo é decorrência de, através de sua instauração, o Estado exercer uma de suas Funções, não sendo o fenômeno processual, portanto, restringível ao exercício da Função Jurisdicional, que é apenas uma de suas facetas, embora, deva-se reconhecer, a mais difundida nos estudos jurídicos.” ROCHA, Sérgio André. **Processo administrativo fiscal: controle administrativo do lançamento tributário**, 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 34–35.

⁷ ROCHA, Sérgio André. *Ibidem*, p. 35.

Destarte, essa relação jurídica processual une as partes em litígio, desenvolve-se por um rito denominado procedimento, ou seja, o procedimento se traduz em um método que concretiza o processo. Diante dessa perspectiva, pode-se também afirmar que processo e procedimento se diferenciam por conta de seus conteúdos jurídicos. O processo retrata a relação jurídica específica e o procedimento estabelece a sequência dos atos e fatos que configuram o caminho para se atingir o ato final.⁸

A própria Constituição Federal consignou em alguns dos seus artigos a distinção entre processo e procedimento administrativo. Essa distinção não pode ser minimizada, pois a intenção do Constituinte foi estabelecer garantias fundamentais ao cidadão quando for parte em um processo administrativo ou judicial.

O conteúdo constitucional deve ser respeitado e valorizado, pois a inclusão da palavra processo administrativo em artigos do texto constitucional, que prescrevem direitos e garantias fundamentais ao cidadão, não foi acidental e inócua. Na verdade, buscou-se assegurar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, entre outras importantes garantias prescritas pela Constituição brasileira.⁹

Nesse contexto, é recomendável considerar as consequências práticas da terminologia empregada, bem como esclarecer os aspectos envolvendo as garantias constitucionais que atingem particularmente o processo. Quando a Administração Pública atua em um procedimento administrativo há certas consequências jurídicas, ao atuar na atividade processual, surgem outras, portanto, o enquadramento efetuado estabelece o espectro de garantias constitucionais aplicáveis ao caso.

Conforme acentuam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, esse traço distintivo ocupa papel de relevância para o Direito Administrativo, pois a atuação da Administração Pública em um processo administrativo cumpre duas finalidades destacadas: primeiro no sentido de uma atuação equilibrada e eficiente da administração, e no segundo momento, assegura-se à participação efetiva do

⁸ NEDER, Marcos Vinícius e LÓPEZ, Maria Teresa Martinez. **Processo administrativo fiscal federal comentado**. 3. ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 30.

⁹ "... Saliente-se que o emprego de noções categoriais como processo ou procedimento administrativo não está calcado em questão abstráida do sistema jurídico brasileiro. Não se trata de tomar a posição mais justa ou mais conveniente à ideologia do intérprete. Funda-se, mormente, no texto constitucional. Afinal, o art. 5º, LV, da CF junte o conceito de processo administrativo a litigantes e acusados, sob a égide do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ele inerentes. A opção constitucional pelo 'processo administrativo' ultrapassa as fronteiras de uma mera preferência terminológica. Comporta o reconhecimento expresso da exigência do regime jurídico processual nas atividades administrativas delimitadas pela Carta Magna". BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 49.

contribuinte/cidadão na própria atividade administrativa, com o necessário contraponto entre as limitações a ele impostas (que podem atingir a sua liberdade) decorrentes dessa própria ação.¹⁰

Essa característica democrática da atuação processual é destacada por Egon Bockmann Moreira: “Talvez a atividade processual seja a maneira mais democrática de se chegar à prolação de um ato administrativo”.¹¹

Ainda nessa perspectiva democrática, o processo administrativo ganhou importância como instrumento que viabiliza a efetiva participação do cidadão nas atividades da Administração Pública, passando enfim, o vínculo jurídico entre a administração e os cidadãos de mero ato administrativo para uma relação jurídica administrativa, ou seja, todos os atores (administração e cidadão) possuem poderes e deveres obrigatórios e correlatos, os quais determinam a validade, inclusive, do ato final.¹²

Nesse contexto, pode-se afirmar que essa concepção de relação jurídica administrativa não tem o condão de eliminar a superioridade do interesse público ou do Estado em relação ao cidadão, mas traduz o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento substancial dessa relação, ao apontar direitos e obrigações equilibrados, e também com a aprovação e aproveitamento de uma contribuição efetiva do cidadão nessa construção de relações dignas e com respeito recíprocos.

Esses aspectos de segurança e de respeito ao cidadão, os quais qualificam o processo em sua abordagem constitucional, foram abordados pelos doutrinadores Ferraz e Dallari:

O constituinte de 1988 teve ouvidos sensíveis a esses reclamos e os acolheu, outorgando ao processo administrativo (expressão escolhida pela Lei das Leis) a mesma índole e o mesmo alcance do processo judicial no que diz respeito às garantias da cidadania. Como amesquinhar essa notável definição, de índole substantiva (“processo” como direito público subjetivo), na apertada síntese de uma única expressão de índole precipuamente instrumental e adjetiva, como é próprio da locução “procedimento administrativo”?¹³

¹⁰ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 54.

¹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.784/99. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70.

¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 47.

¹³ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 54.

Configurada a existência de uma processualidade abrangente, reforçada pela nitidez e propósito da Constituição em aplicar o contexto processual ao âmbito administrativo, torna-se imperioso distinguir o alcance de cada um dos institutos, definindo-os com clareza em seus aspectos mais relevantes.

Um dos pontos fundamentais na distinção entre o processo e procedimento administrativo é a ocorrência de um litígio, de uma controvérsia. Estabelecido o conflito, configura-se a exigência do processo com a devida aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, conforme a prescrição do inciso LV do artigo 5º¹⁴ da Constituição Federal. Sem a atividade administrativa conflituosa, configura-se a fase procedimental, de caráter inquisitório, com potencial de exteriorização formal da pretensão da Administração Estatal.¹⁵

Processo e procedimento possuem características similares em determinados aspectos, pois são compostos de atos sucessivos, encadeados e inter-relacionados com os quais se visa à obtenção de um ato final. Esse ato final, no caso de um processo, conforme indica Rocha, afeta o exercício de direitos de particulares (controle prévio dos atos administrativos) ou ainda ratifica a legalidade de determinado ato já configurado (controle ulterior da legalidade dos atos administrativos).¹⁶

Por outro lado, há um procedimento administrativo quando esse ato final não interferir na esfera de direitos dos cidadãos, e se, eventualmente, interferir, haverá, obrigatoriamente, a necessidade de formalização de um processo administrativo para resguardar os seus direitos constitucionais. Portanto, a finalidade do ato estatal (regime jurídico) é que irá qualificar a exigência de um processo ou a configuração de um mero procedimento administrativo.¹⁷

A correta distinção entre processo e procedimento é apresentada por Bacellar Filho:

Dos argumentos jurídicos colacionados, afirma-se, primeiramente, que (i) todo processo é procedimento, porém, a recíproca não é verdadeira; nem todo procedimento converte-se em processo. Ora, nem sempre o exercício

¹⁴ Artigo 5º, LV da Constituição Federal: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁵ NEDER, Marcos Vinícius; LÓPEZ, Maria Teresa Martinez. *Op. Cit.*, p. 29.

¹⁶ ROCHA, Sérgio André. *Op. Cit.*, p. 38.

¹⁷ ROCHA, Sérgio André. *Idem*.

da competência envolve a atuação de interessados sob a incidência do contraditório e ampla defesa.¹⁸

Enfim, sempre haverá a obrigação da existência de um processo em atos administrativos que envolvam conflitos entre a administração e o cidadão, pois, não se trata de uma faculdade da Administração Pública adotá-lo quando praticar um ato revestido de sua face autoridade (ao se interferir nos direitos de particulares ou de servidores públicos).¹⁹

Pelo exposto, pode-se afirmar, com conclusividade, que o procedimento não se confunde necessariamente com função administrativa, tampouco o processo confunde-se com a função jurisdicional. O fato relevante e imprescindível é a correta diferenciação entre essas duas noções, as quais adquirem configurações próprias inerentes com a competência a ser exteriorizada (administrativa, judicial ou legislativa).²⁰

Em conformidade com as conclusões do jurista Bacellar Filho, entende-se que não se trata de defender a “jurisdicionalização do processo administrativo” (tese defendida por quem identifica o processo com a jurisdição). Incorreria em erro similar quem defendesse a simples transferência de institutos do direito processual civil ou penal para o direito administrativo, sem observar as características dinamizadoras do exercício da função administrativa. O processo proporciona garantias constitucionais amplas e possui plena aplicação no âmbito administrativo.²¹

1.2 O REGIME CONSTITUCIONAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Após a apresentação da distinção jurídica entre o processo e procedimento administrativos, será analisado o processo administrativo disciplinar no contexto constitucional.

¹⁸ “(...) Se o agir administrativo deve exercitar-se, em certos casos, nos moldes do processo, extrai-se a possibilidade da ampliação das garantias processuais para mais um quadrante do poder estatal. A possibilidade do núcleo comum de processualidade resulta da percepção de que a unidade dos fundamentos do direito público justifica, dogmaticamente, a analogia de soluções para problemas comuns. O núcleo diferenciado persiste como decorrência das características de cada função”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 50–51-54-55.

¹⁹ ROCHA, Sérgio André. *Op. Cit.*, p. 39.

²⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Ibidem*, p. 58.

²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem*.

A proteção contra a demissão de servidores públicos encontrou amparo nas diferentes Constituições brasileiras (desde a Constituição Federal de 1934). Há muito tempo exige-se a formalização de um processo administrativo (com a garantia da ampla defesa) para a perda do cargo público. Ressalta-se também, que a Constituição Federal de 1988 apresentou dispositivos nesse mesmo sentido, conforme dispõe o seu artigo 41, com as alterações da Emenda Constitucional nº 19/98:²²

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.
 § 1º O servidor estável só perderá o cargo:
 I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
 II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;
 III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.
 § 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito à indenização, aproveitando em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.
 § 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.
 § 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.²³

José Afonso da Silva aborda as mudanças decorrentes da Emenda Constitucional 19/98:

A EC-19/98 transformou bastante o art. 41 da Constituição. Dizia: São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso. Agora diz: São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. Antes aplicava-se a qualquer servidor nomeado em virtude de concurso público: para cargo ou emprego, nos termos do art. 37. Agora só se aplica a servidor nomeado em virtude de concurso para cargo de provimento efetivo.²⁴

Chama a atenção, entretanto, a necessidade de não interpretar, o artigo 41 da Constituição, isoladamente e a adequada hermenêutica exige a análise em

²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 58.

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 41. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 697.

conjunto com o disposto no artigo 5º, LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Deve-se incluir, também, nessa interpretação, o inciso LIV do artigo 5º que prescreve: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.²⁵

Com essa visão sistêmica, fica evidenciada a necessidade do amparo das garantias constitucionais no processo que pode resultar na perda de cargo público. Trata-se da garantia assegurada ao processo administrativo, da qual o processo administrativo disciplinar, em nenhuma hipótese, se distancia.

Com a Constituição de 1988 houve, conforme as lições de Bacellar Filho, elevação do status do processo administrativo, ao migrar de sua anterior garantia jurídica para uma garantia constitucional. Essa importante mudança acarreta uma sólida e ampliada proteção ao cidadão e ainda orienta e define a futura elaboração legislativa.²⁶

Nesse contexto constitucional é importante delimitar, no âmbito do processo administrativo, qual o significado das expressões “litigantes” e “acusados”, com vistas a estabelecer a devida extensão dessas expressões. Quando a Constituição Federal refere-se a “litigantes” e “acusados”, fixa a atuação a sujeitos processuais com potencial jurídico para apresentar demandas perante a administração ou ainda, oferecer resistência a pretensões da administração ou de terceiros.²⁷

Independentemente da gravidade ou do grau de punição a ser empregado, se houver potencial punitivo na acusação, deve existir a proteção assegurada constitucionalmente pelo processo administrativo. Se o ato administrativo não implicar sanção de qualquer espécie ou ainda, se a ação da administração não atingir a esfera jurídica individual do servidor, configura-se um procedimento administrativo, sem as garantias inerentes ao processo.²⁸

²⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 60-61.

²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Ibidem*, p. 62-64.

²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Ibidem*, p. 69-70.

²⁸ “No processo administrativo, a garantia de status ativo aos que litigam (com ou perante a administração) ou são acusados (pela administração) deixa claro que o contraditório e a ampla defesa, nesses processos, não são menos significativos do que aqueles garantidos no processo judicial. Pelo contrário, o status *activus processualis* corresponde à própria garantia dos direitos fundamentais. Não há justificativa para pretender a realização dos direitos fundamentais no processo judicial em detrimento do administrativo, ou vice-versa”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Ibidem*, p. 76.

O processo administrativo disciplinar, de fato e de direito, é o instrumento adequado para a identificação do cometimento de infrações disciplinares e, quando for o caso, para aplicação das respectivas sanções administrativas aos servidores públicos. Esse instrumento administrativo deve observar em seu bojo as garantias constitucionais previstas no art. 5º, LIV²⁹ e LV da CF.

Para reforçar as reflexões já realizadas no presente estudo, apresentam-se as ponderações de Marçal Justen Filho:

Mas a possibilidade de imposição na via administrativa não elimina a garantia fundamental do devido processo legal, assegurados o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do julgador.

Lembre-se que a punição administrativa é suficiente para gerar efeitos negativos em relação ao sujeito punido. Isso não apenas deriva do reflexo sobre a opinião pública, mas envolve a própria situação psicológica individual: sofrer a sanção imposta pelo Estado significa um juízo de reprovação proveniente da comunidade, sendo dotada de alta carga simbólica que afeta a subjetividade do punido.

[...] Por isso, a imposição da sanção administrativa está sujeita a garantias muito severas, entre as quais avulta de importância a observância do processo administrativo.³⁰

Além das punições decorrentes da conduta infracional do servidor público, a Constituição Federal (inciso III do § 1º³¹ e § 4º do artigo 41³²) prescreve outra possibilidade de exclusão do servidor público dos quadros da Administração Pública. Trata-se da denominada insuficiência de desempenho. Esse novo enquadramento, por interferir na situação jurídica dos servidores, exigirá a devida instauração de processo administrativo disciplinar.

A Súmula nº 21³³ do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da Constituição de 1988, não deixa dúvidas de que a demissão ou mesmo a exoneração (quando considerados incapazes ou inadequados ao serviço público) de

²⁹ Artigo 5º, LIV da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 903.

³¹ Artigo 41, § 1º, III da Constituição Federal: “mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³² Artigo 41, § 4º da Constituição Federal: “Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³³ Súmula n. 21 do Supremo Tribunal Federal: “funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Imprensa Nacional**, p. 39, Brasília, DF: 1964.

servidor público não estável, mas concursado, deve observar as prescrições constitucionais relativas ao processo administrativo.

A demissão e a exoneração são atos administrativos que causam a saída do servidor do serviço público, entretanto, são institutos que não devem ser confundidos. A exoneração não é decorrente de faltas ou delitos administrativos, trata-se, na verdade, de uma dispensa a pedido do servidor, ou por decisão da administração em virtude de conveniência administrativa. Já a demissão é decorrente da aplicação de uma punição por cometimento de delitos administrativos.³⁴

Nesse contexto, José dos Santos Carvalho Filho, traz o seguinte alerta sobre a avaliação periódica do servidor:

De um lado, a Constituição impõe o cumprimento de requisito temporal (art. 41, caput) e, de outro, exige que o servidor tenha seu desempenho aprovado por comissão de avaliação (art. 41, § 4º). Dependendo da situação, todavia, poder-se-á enfrentar conflito aparente de normas, a ser resolvido pela ponderação dos interesses tutelados pelas citadas regras. Caso a Administração não institua a comissão ou esta retarde sua decisão para após o prazo de três anos, deverá considerar-se que o servidor, cumprido o prazo, terá adquirido a estabilidade, mesmo sem a avaliação da comissão.³⁵

As ponderações de Justen Filho, as quais definem o formato da avaliação e do contraditório, complementam as observações efetuadas:

A autoridade encarregada da avaliação deverá produzir relatório escrito, cujo conteúdo deverá ser levado ao conhecimento público e do próprio interessado. Deverá abrir-se oportunidade para manifestação e, se for o caso, defesa por parte do sujeito interessado. Em princípio, o procedimento é público, tendo em vista a relevância dos fatos para a comunidade. Mas é possível adotar o sigilo, desde que haja algum dado que assim o imponha,

³⁴ “Cumpre não confundir, como não raro acontece, demissão com exoneração. Ambas são atos administrativos que implicam o desligamento do servidor do serviço público. Mas a demissão é penalidade aplicada em consequência de delitos administrativos. A exoneração não constitui penalidade. É concedida a pedido do servidor ou, ao arbítrio da administração, quando o servidor, exonerável *ad nutum*, não mais merece a confiança da autoridade competente ou se torna dispensável ao serviço, ou quando, ainda em estágio probatório, não preencheu os requisitos de confirmação.” SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 697.

³⁵ “(...) É que a norma da avaliação funcional por comissão especial foi criada em favor da Administração, de modo que, se esta não concretiza a faculdade constitucional, deve entender-se que tacitamente avaliou o servidor de forma positiva. Assim, para conciliar os citados dispositivos, será necessário concluir que a avaliação do servidor pela comissão deverá encerrar-se antes de findo o prazo necessário para a aquisição da estabilidade, para, então, se for o caso, ser providenciado o processo de exoneração do servidor avaliado negativamente.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 23. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p. 723.

especialmente considerando a necessidade de proteção à intimidade privada.³⁶

Destaca-se, todavia, que a exoneração de servidores não estáveis, em estágio probatório ou detentores de estabilidade excepcional decorrente do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias³⁷, em virtude de excesso de quadros, não necessitará de processo administrativo disciplinar.

Na Constituição Federal deve ser encontrada a unidade do direito administrativo no Brasil, tendo como diretriz o caput do artigo 37³⁸, assim, os princípios ali manifestos, devem incidir sobre as legislações disciplinares de todas as esferas da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

No âmbito do processo administrativo disciplinar, outra circunstância relevante, diz respeito à regra constitucional de competências dos entes federados. Em uma visão inicial, até apressada, haveria dificuldades na definição de competência para legislar sobre o regime procedimental e processual disciplinar. Entretanto, essa dificuldade não é real, pois o próprio texto constitucional resolve essa dúvida.

A Constituição Federal de 1988, por vezes, trata o direito administrativo (material e procedimental/processual) de forma segmentada, entretanto, é possível afirmar que o ente federado que possui a competência constitucional para legislar sobre o direito administrativo disciplinar material, detém a competência para legislar sobre procedimento e processo administrativo disciplinar dos seus servidores públicos.³⁹ Cármen Lúcia Antunes Rocha esclarece a questão:

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 903.

³⁷ Artigo 19 do Ato das disposições constitucionais transitórias: “Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988.

³⁸ Artigo 37 da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³⁹ “A matéria está compreendida no ‘regime jurídico’, previsto no art. 61, § 1º, II, alínea c, da Constituição Federal. Força convir que cada ente da Federação, ao legislar sobre regime jurídico dos servidores da administração pública direta, será competente também para legislar sobre procedimento e processo administrativo disciplinar (...)” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 89.

(...) tanto o processo administrativo, quanto os procedimentos que lhe são inerentes são objetos precípuos de tratamento autônomo de cada qual das entidades da Federação brasileira e a referência à legislação processual que compete privativamente à União, por definição constitucional expressa, é tão somente aquela correspondente à unidade do direito processual judicial (civil ou penal).⁴⁰

A farta produção legislativa dos entes federados gera uma complexa heterogeneidade legal, entretanto, é salutar afirmar que a constitucionalidade de determinada lei é definida primordialmente pelo seu conteúdo. Um dos principais elementos nesse conteúdo são as garantias constitucionais, então não haverá maiores dificuldades por conta da nomenclatura utilizada para definir determinado tipo de ato administrativo.

Com a finalidade de disciplinar o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, a União editou a Lei nº 9.784/99. Trata-se de lei originada da União, mas mesmo assim, devem os Estados, Distrito Federal e os Municípios, aplicá-la, analogicamente, quando não tiverem leis próprias para tratar desse assunto. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO.

DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE LEI ESTADUAL ESPECÍFICA. LEI 9.784/99. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. QUESTÃO NÃO ARGUIDA NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO DE TESE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, ausente lei específica, a Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos Estados-Membros, tendo em vista que se trata de norma que deve nortear toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus demais órgãos.

2. Em sede de agravo regimental ou de embargos de declaração, não cabe à parte inovar para conduzir à apreciação desta Corte temas não ventilados no recurso especial.

3. Agravo regimental improvido.⁴¹

É importante ter em mente que a Lei n. 8.112/90 não foi revogada, pois regula processo administrativo específico, os quais foram preservados pela nova lei. Nessa linha, quando da aplicação da Lei n. 8.112/90 é preciso observar o conteúdo

⁴⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**. 1997, p. 11.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo 815.532/RJ, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 23 de abril de 2007. Brasília, DF: 2007.

da matéria constitucional, expressamente previsto no inciso II, § 1º do artigo 41⁴², bem como no já citado artigo 37 com relação ao princípio da moralidade e na plena aplicação das garantias (direitos fundamentais da pessoa humana) do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Com a perspectiva de que a nomenclatura não constitui o elemento mais importante para a definição do alcance da norma jurídica a ser interpretada, parte-se agora para a avaliação de algumas modalidades específicas existentes no Direito Administrativo Disciplinar. Assim, é interessante analisar as situações conhecidas na doutrina administrativa como “verdade sabida” e sindicância para a apuração de ilícitos disciplinares.

É consenso que a verdade sabida, após o advento da Constituição de 1988, não mais existe no ordenamento jurídico pátrio. Como a “verdade sabida” partia de uma situação pré-definida, com a impossibilidade da apresentação de considerações/apontamentos pelo acusado ou litigante, não havia como se manter tal instituto. A “verdade sabida” foi mortalmente atingida pela Lei Suprema de 1988.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha “(...) a denominada ‘verdade sabida’ não pode ter qualquer aceitação no sistema jurídico vigente, por contrariar, cabalmente, o princípio do devido processo legal e cercear, em sua raiz, a ampla defesa constitucionalmente assegurada”.⁴³

Nessa mesma linha conclusiva, também assevera Daniel Ferreira: “(...) de igual forma não há em nosso ordenamento pátrio a mais remota possibilidade de se impor sanções, por mais leves que se apresentem, mediante invocação do ultrapassado e inconstitucional primado da ‘verdade sabida’”.⁴⁴

No caso da sindicância, no entanto, devem ser seguidas certas formalidades para sua utilização. A sindicância deve servir, inicialmente, de simples atividade investigatória, como procedimento administrativo similar ao inquérito policial. Na presença de litígio ou acusação, deve-se migrar para um processo administrativo com a aplicação do contraditório e da ampla defesa.

Carvalho Filho avalia os meios sumários no processo administrativo disciplinar com a seguinte análise:

⁴² Artigo 41, § 1º, II da Constituição Federal: “O servidor público estável só perderá o cargo: (...) II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 20.

⁴⁴ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 113, 2001.

Essas formas sumárias de apuração, contudo, não mais se compatibilizam com as linhas atuais da vigente Constituição. As normas constantes de estatutos funcionais que as preveem não foram recepcionadas pela Carta de 1988, que foi peremptória em assegurar a ampla defesa e o contraditório em processos administrativos onde houvesse litígio, bem como naqueles em que alguém estivesse na situação de acusado.⁴⁵

A sindicância não deve ser tratada como mero meio para o processo, mas como procedimento, respeitando-se os princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.⁴⁶

A sindicância não pode limitar a abrangência das garantias constitucionais. É recomendável agir com a devida cautela na busca por procedimentos mais rápidos ou em questões que envolvem a atenuação da profundidade/extensão da cognição do julgador.

Não se pode limitar a defesa do acusado/litigante, ao se atuar de forma desproporcional na busca por celeridade e simplificação de procedimentos. Ampliar a sumariedade da sindicância, sem observar os cuidados necessários e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, é macular de inconstitucionalidade tal instituto jurídico.

O próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ – manifestou-se sobre o tema em 2009, firmando jurisprudência sobre a sindicância:

A sindicância, quando instaurada com caráter punitivo e não meramente investigatório ou preparatório de um processo disciplinar, tem natureza de verdadeiro processo disciplinar principal, no qual é indispensável a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa e, além disso, do princípio da impessoalidade e da imparcialidade, mediante a convocação de uma comissão disciplinar composta por três servidores.⁴⁷

O processo administrativo disciplinar não constitui uma proteção somente ao servidor que adquiriu estabilidade, mas abrange situações com maior amplitude. Ele

⁴⁵ “Quanto à sindicância sumária, já vimos exaustivamente que tal processo não pode gerar punição, e se vai gerar não é sindicância, mas sim processo disciplinar principal. Não mais serve como meio sumário de punição. A verdade sabida e o termo de declarações, a seu turno, também não dão ensejo a que o servidor exerça seu amplo direito de defesa”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, p. 1.085.

⁴⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 99.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 509.318/PR, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 2 de março de 2009. Brasília, DF: 2009.

também é exigido para perda de cargo em comissão, emprego ou função pública quando o servidor for acusado da prática de outros ilícitos administrativos e também para outras situações punitivas similares.

Conforme a doutrina de Justen Filho a garantia constitucional deve ser aplicada a todas as formas do processo administrativo disciplinar: “Em face dessas circunstâncias, cabe reconhecer que o processo administrativo (com todas as suas garantias) haverá em todas as hipóteses de apuração de ilícitos funcionais e de imposição de sanção administrativa – mesmo de advertência”.⁴⁸

Finalizadas as análises e ponderações relativas ao regime constitucional do processo administrativo disciplinar, direciona-se o foco do presente estudo para a apreciação dos princípios constitucionais processuais no contexto administrativo-disciplinar.

1.3 A INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Os princípios constitucionais são elementos vitais para o funcionamento do sistema jurídico nacional. Não é possível avançar no campo da ciência do direito sem ter em perspectiva a aplicação dos princípios na prática jurídica.

O tributarista Roque Antonio Carraza ao tratar do tema princípio assim se expressa: “Por igual modo, em qualquer Ciência, princípio é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a pedra angular de qualquer sistema”.⁴⁹

Os institutos e normas que compõem o sistema jurídico encontram sustentação e ordenação em um conjunto de princípios norteadores. Nesse sentido, seguem as palavras de Medauar: “(...) consistem em ‘enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 903.

⁴⁹ CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 28. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 45.

para sua aplicação e integração e para a elaboração de novas normas'. Constituem a base nas quais assentam institutos e normas jurídicas".⁵⁰

Para o tributarista Paulo de Barros Carvalho os princípios possuem a característica de unificar e agregar os setores normativos, bem como se apresentam graduados em princípios e sobreprincípios:

Os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão dos setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força da sua presença. Algumas vezes constam de preceito expresso, logrando o legislador constitucional enunciá-los com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de feitiço indutivo para percebê-los e isolá-los. São os princípios implícitos. Entre eles e os expressos não se pode falar em supremacia, a não ser pelo conteúdo intrínseco que representam para a ideologia do intérprete, momento em que surge a oportunidade de cogitar-se de princípios e sobreprincípios.⁵¹

Ao observar o conteúdo normativo constitucional de diferentes países, percebe-se, de forma preponderante, que as normas que as compõem estão divididas entre regras e princípios. As regras prescrevem, de forma objetiva, comportamentos que devem ser seguidos pelo seu destinatário. No caso dos princípios há a presença de um fundamento que orienta o intérprete da norma na direção a ser tomada.⁵²

Em relação à composição normativa da Constituição de 1988, Bacellar Filho assim aduz: "Considera-se, em síntese, o sistema constitucional como 'sistema de regras e princípios', capaz de enquadrar dentro da normatividade tanto as normas constitucionais com mais densidade normativa (regras), como aquelas com maior abertura (princípios)".⁵³

Em conformidade com a concepção de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, destaca-se que um modelo constitucional composto somente de regras, embora propiciasse maior segurança jurídica, teria pouca praticidade em virtude da não satisfação da necessidade de abarcar de forma plena

⁵⁰ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 29.

⁵¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 197.

⁵² TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. **Princípio do duplo grau de jurisdição**. 1. ed., Curitiba, Editora Juruá, 2009, p. 29.

⁵³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 152.

e detalhada as diversas situações importantes, sem contar que dificultaria o desenvolvimento da ordem social, ou seja, existiria um sistema constitucional mais fechado. Por outro lado, um sistema baseado somente em princípios traria total insegurança nas relações sociais.⁵⁴

Bacellar Filho alerta sobre os cuidados do intérprete na aplicação prática dos princípios: “As normas constitucionais principiológicas são normas abertas. Exigem um processo de densificação mais intenso e, logicamente, um maior comprometimento do intérprete para que não incida em arbitrariedade, atribuindo significados a partir de vontades preexistentes (vontade do legislador constitucional, vontade da Constituição)”.⁵⁵

Os princípios possuem um grau de abstração muito elevado ao contrário das regras onde a abstração é bem menor. Nesse sentido os princípios seriam normas que carecem de concretização dado o seu caráter vago e indeterminado e as regras podem ser aplicadas diretamente. Como possuem um papel determinante e vital para o funcionamento do sistema jurídico, considera-se que os princípios são mais importantes do que as regras dado o seu caráter de permeiar todo o sistema e harmonizá-lo.⁵⁶

No entanto, do ponto de vista formal, as regras e princípios possuem o mesmo valor, pois são elementos integrantes da mesma Lei Fundamental. Trata-se do princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.⁵⁷

A hierarquia entre princípios e regras é elucidada pela doutrina de Bacellar Filho: “Os princípios constitucionais estão no mesmo plano hierárquico-normativo das regras constitucionais. Vigora, no sistema brasileiro, o princípio da unidade normativa da Constituição, o que não impede a afirmação da hierarquia axiológica (material e não formal) dos princípios sobre as regras”.⁵⁸

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85.

⁵⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 148.

⁵⁶ HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 13, 2008.

⁵⁷ HARGER, Marcelo. *Ibidem*, p. 16.

⁵⁸ Ainda em relação aos princípios, Bacellar Filho assevera: “Em função da primariedade, ‘atuam como estacas da construção jurídica que sobre eles se constrói e em seus conteúdos se sustenta’. Funcionam como ponto de partida de toda a interpretação, condicionando o sentido e valoração atribuída às demais regras constitucionais. Trata-se de primariedade lógica, porque mantém a congruência e a compatibilidade das normas pertencentes ao ordenamento jurídico, primariedade ideológica, fornecendo a ideia de direito, ligando-se ao ideal de justiça de uma sociedade em concreto. (...) Primariedade não é sinônimo de superioridade hierárquica”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 152–153.

Para Carraza a não observância dos princípios constitucionais acarreta efeitos nocivos para o sistema jurídico: “Muito bem, em razão do seu caráter normativo, os princípios constitucionais demandam estrita observância, até porque, tendo amplitude maior, sua desobediência acarreta consequências muito mais danosas ao sistema jurídico que o descumprimento de uma simples regra, ainda que constitucional”.⁵⁹

Os princípios são normas gerais pelo fato de serem aplicáveis a uma quantidade indeterminada de indivíduos e são abstratos porque são aplicáveis a um número indeterminado de situações. Destaca-se, não obstante, que mesmo um princípio menos denso possui elementos de concreção e assim, o operador do direito necessita tê-los como referência ao elaborar ou aplicar as normas do ordenamento jurídico.⁶⁰

De fato os princípios constituem a base estrutural do sistema jurídico, o seu alicerce. Servem de base para que o trabalho dos intérpretes e operadores do Direito seja realizado com excelência e harmonia. O resultado esperado é a solidez e coerência na aplicação das normas jurídicas, e assim criam-se as condições para um sentido harmônico e efetivo em todo o sistema.⁶¹ Sem a presença dos princípios não há um sistema constitucional, afinal os princípios atuam como critério interpretativo e integrativo do texto constitucional.

Portanto, pode-se afirmar que uma Constituição formada apenas por regras seria extremamente restrita e impossibilitaria o desenvolvimento social do País. Um sistema para ser considerado como tal, deve ser bem mais do que um conjunto de regras. Esse conjunto, segundo Bacellar Filho, deve obter da aplicação dos princípios a necessária qualificação, ou seja, conjunto qualificado pela similitude e ordenação. Desse modo, é possível um sistema constitucional construído por regras e princípios.⁶² Destaca-se que essa é a posição doutrinária adotada no presente trabalho.

Por fim, antes de uma abordagem mais específica, convém apresentar os ensinamentos de Daniel Wunder Hachem no tocante à configuração jurídica dos princípios:

⁵⁹ CARRAZA, Roque Antonio. *Op. Cit.*, p. 50.

⁶⁰ HARGER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 23–24.

⁶¹ TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. *Op. Cit.*, p. 26.

⁶² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 153.

A compreensão do sentido de qualquer princípio inscrito em um sistema normativo pressupõe o conhecimento da sua configuração jurídica. Além de reconhecer o seu fundamento de validade no Direito positivo, é imprescindível identificar os elementos que o compõem, como premissa para definir o seu conteúdo e as consequências jurídicas, bem como a sua forma de incidência nos casos concretos.⁶³

Feita essa breve introdução sobre as características essenciais dos princípios, parte-se agora para a apreciação específica de alguns princípios constitucionais de interesse para o presente estudo: a) contraditório; b) ampla defesa e c) juiz natural.

a) Contraditório: Ao abordar o princípio constitucional do contraditório é importante ter em mente que esse princípio possibilita o desenvolvimento do processo com a contribuição efetiva de todas as partes processuais, nesse sentido abandona-se a antiga concepção carismática do processo, a qual era tarefa exclusiva do órgão estatal julgador.⁶⁴

Com relação aos elementos definidores do princípio sob estudo, Medauar aduz: “Em essência, o contraditório significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem”.⁶⁵

Nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha essa participação efetiva é o ponto focal do princípio do contraditório: “O contraditório garante não apenas a oitiva da parte, mas que tudo quanto apresente ela no processo, suas considerações, argumentos, provas sobre a questão, sejam devidamente levadas em conta pelo julgador, de tal modo que a contradita tenha efetividade e não apenas se cinja à formalidade de sua presença”.⁶⁶

Pelo princípio do contraditório a parte tem direito de informação e de reação, ou seja, deve ser informado tempestivamente sobre todo conteúdo processual e assim, participar e reagir, apresentado suas considerações sobre quaisquer documentos e afirmações apresentados pela parte contrária. Desse modo, faz-se necessário que, o interessado nos fatos, seja cientificado, por meio de intimações e

⁶³ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Dissertação de Mestrado em Direito do Estado na Universidade do Paraná – UFPR, 2011, p. 112.

⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 231.

⁶⁵ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 29.

⁶⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 18.

notificações, a assim é possível obter pleno conhecimento do conteúdo e da dinâmica processual.⁶⁷

Na verdade, deve a Administração Pública atuar para facilitar o exercício do contraditório ao particular, postura essa defendida na doutrina de Moreira: “A Administração não pode comportar-se tal como se defendesse um interesse secundário, buscando suprimir as chances de êxito do administrado. Ao contrário”.⁶⁸

Em uma abordagem mais pragmática, o contraditório irá facilitar a busca da verdade processual com base nos fatos e nas determinações da lei. Na prática, conta-se com a imprescindível realização da atividade contraposta das partes e com a mediação da autoridade julgadora.⁶⁹

De fato, o contraditório requer a participação de pelo menos dois atores que se contraditam e assumem posição antagônica no desenvolvimento do processo. Um dos atores pode também ser o responsável pela decisão no processo (fato comum no processo administrativo disciplinar) e mesmo nessa posição decisiva, em princípio, tal situação não acarretará ilegalidade processual.

Alerta-se, entretanto, quando a administração for parte e acusador, deve ocupar o mesmo plano da parte acusada, ou seja, não pode haver supremacia da administração, pois não seria possível o exercício pleno do contraditório e comprometeria as garantias inerentes ao processo.⁷⁰

Pela análise do conteúdo jurídico dessa relação, estabelecida no âmbito do processo administrativo disciplinar, percebe-se que se trata de uma relação delicada que requer um cuidado especial para não ferir as garantias constitucionais que protegem o servidor público. Tal conclusão apóia-se nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha: “A aplicação do princípio da separação dos poderes desguarnece, aqui, de sua aplicação mais clara e rigorosa, cedendo lugar a uma relação que é, então, extremamente sensível, delicada e vulnerável”.⁷¹

Sendo assim, ao princípio do contraditório é imprescindível o acréscimo da noção de igualdade. Em última instância deve ocorrer um equilíbrio de armas entre

⁶⁷ HARGER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 142.

⁶⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. Cit.*, p. 319.

⁶⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 239.

⁷⁰ BACELLAR FILHO, *Idem*.

⁷¹ ROCHA, Cármen Lúcia. *Open Cit.*, p. 24

as partes antagônicas. Ao direito de informação e reação deve ser acrescido o elemento de isonomia entre as partes.⁷²

Com destaque para o necessário equilíbrio de armas, assim assevera Bacellar Filho: “O equilíbrio do contraditório, no processo administrativo disciplinar, exigirá que o servidor acusado ou litigante possua, no mínimo, instrumentos para contrapor-se à competência da autoridade administrativa prescrita em lei”.⁷³

Portanto, em virtude desse papel duplo exercido pela administração, há sempre um juízo parcial e relativo, afinal a decisão administrativa constituirá um juízo de opinião confrontado com a opinião do acusado, o qual também possui status ativo no processo.⁷⁴

Ressalta-se que toda a instrução processual deve ser contraditória. É imprescindível que o litigante ou acusado tenha a possibilidade de apresentar suas provas e suas razões. Entretanto, a sua participação é muito mais ampla, não se exaure com a simples apresentação de provas e razões.

Ao cidadão deve ser assegurada a possibilidade de avaliar e, se for o caso, discordar dos fundamentos e outros elementos de prova que possam lhe trazer prejuízo. Enfim, não só a Administração Pública tem a prerrogativa de colher argumentos e provas (conforme seu juízo de conveniência e oportunidade), mas, as demais partes, também devem contribuir significativamente para a plena instrução processual.⁷⁵

O contraditório procura garantir a capacidade de influência dos sujeitos processuais na formação da convicção do órgão julgador. Buscam-se, com a observância do princípio, decisões mais adequadas, proporcionais e razoáveis em relação ao direito vigente e mais próxima dos fatos e da sua verdade.⁷⁶

A falta de observação ao princípio do contraditório acarreta a nulidade do processo, portanto, trata-se de princípio que deve observado, salvo eventuais

⁷² HARGER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 142-143.

⁷³ No processo administrativo, a administração, quando na posição de contraditor, deve equiparar-se ao particular para que ambos os sujeitos possam participar segundo um esquema contraditório: ações, reações e controles recíprocos. (...) O tema guarda íntima conexão com a estabilidade do objeto do processo, vedando a possibilidade da modificação arbitrária do thema disputandum no curso do processo. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 244.

⁷⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Ibidem*, p. 239-240.

⁷⁵ “O princípio do contraditório exige a possibilidade de um diálogo, com o ensejamento da alternância das manifestações das partes interessadas, durante a fase instrutória. A decisão final deve fluir da dialética processual, o que significa que todas as razões produzidas devem ser sopesadas, especialmente aquelas apresentadas por quem esteja sendo acusado, direta ou indiretamente, de algo sancionável.” FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 113-114.

⁷⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 242.

decisões judiciais que afastem a aplicação do princípio. No entanto, no caso de direitos disponíveis, não ofende o contraditório a decisão da parte não se manifestar. Também é dever dos atores processuais aceitar a atuação no processo dos demais participantes e nesse sentido o princípio é um direito e também ônus da parte.⁷⁷

b) Ampla Defesa: Outro princípio que caminha de mãos dadas com o princípio do contraditório é o princípio da ampla defesa.

Para Fábio Medina Osório: “No plano formal, já no Direito brasileiro, sabe-se que o devido processo legal implica direito ao contraditório e a ampla defesa, princípios que lhe são imanentes, embora ostentem autonomia formal na CF/88”.⁷⁸ Segundo Ferreira, a interconexão entre esses dois princípios é tão evidente que não há possibilidade de uma aplicação separada entre eles.⁷⁹

Em relação aos princípios estudados, a Constituição de 1988 apresentou consideráveis avanços, pois, com a referência explícita ao processo administrativo, dirimiram-se quaisquer dúvidas sobre a extensão da aplicação dos princípios constitucionais na seara administrativa. No regime constitucional anterior, somente, acusados de crimes poderiam invocar a proteção dessas importantes garantias constitucionais. De forma apropriada, a atual Constituição estendeu o seu alcance para litigantes e acusados em qualquer processo.⁸⁰

No caso da ampla defesa, na Constituição anterior os meios e recursos inerentes deveriam ser “definidos em lei”, entretanto, a atual Lei Maior suprimiu tal exigência. Assim, é possível inferir que cabe à Administração Pública, independentemente de normas infraconstitucionais, possibilitar concretamente o direito de defesa do cidadão.⁸¹

De fato com a nova configuração constitucional a ampla defesa tornou-se uma ferramenta indispensável para a garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Esse status constitucional é materializado em diferentes direitos, entre os quais se podem destacar: a necessidade de individualização das condutas, a autodefesa

⁷⁷ HARGER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 143.

⁷⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 171.

⁷⁹ “Frise-se, ab initio, que ‘o entrelaçamento do exercício da ampla defesa com o do contraditório é tão gritante que não se pode imaginar a existência de um sem a do outro’ – motivo, esse, pelo qual se alude à ‘interconexão profunda’ dos dois princípios, o que gera dificuldade teórica e prática de separar com precisão os respectivos desdobramentos, dada sua mescla no andamento processual”. FERREIRA, Daniel. *Op. Cit.*, p. 106.

⁸⁰ HARGER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 173.

⁸¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 302–303.

(ação ativa do acusado), a defesa prévia, a defesa técnica, o direito à prova, o direito de petição e a proibição da “*reformatio in pejus*”. Todos esses pontos serão abordados no presente estudo.

Inicia-se essa abordagem com a constatação da imperiosa necessidade da individualização de condutas no ato de instauração do processo administrativo disciplinar. Os comportamentos considerados irregulares devem ser pormenorizados para que a ação da defesa seja executada em sua plenitude. Tal exigência, além de constitucional, também é reforçada pelos termos do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em seu art. 8º, 2, b⁸². Portanto, a inobservância dessa individualização detalhada da conduta, redundará em nulidade processual.⁸³

Em reforço à argumentação desenvolvida, seguem as considerações de Ferraz e Dallari:

O primeiro requisito para que alguém possa exercer o direito de defesa de maneira eficiente é saber do que está sendo acusado. Por isso, é essencial que qualquer processo – particularmente o de cunho punitivo – comece pela informação, ao acusado ou interessado, daquilo que, precisamente, pese contra ele.⁸⁴

Também a defesa prévia, antes da imposição da pena, constitui elemento decisivo para a ampla defesa. A moderna doutrina reconhece que a defesa prévia está estreitamente ligada ao contraditório e exige o constante debate entre defesa e acusação, de modo a oportunizar o exercício da ampla defesa em cada movimento processual.⁸⁵

Nessa mesma vertente, Hager faz coro à necessidade de se garantir a defesa prévia ao acusado ou litigante: “A ampla defesa pressupõe a utilização de todos os meios existentes com o objetivo de infirmar as pretensões da parte opositora. Consiste no direito de resistir às postulações que possam acarretar

⁸² Artigo 8º, 2b da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”. BRASIL. Decreto n. 678. **Diário Oficial da União**. 9 nov. Brasília, DF: 1992.

⁸³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 307-309.

⁸⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 110

⁸⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 306–307.

prejuízo de alguma espécie. Essa defesa deve ser prévia em relação ao ato decisório”.⁸⁶

De fato o princípio da ampla defesa exige a defesa prévia, bem como estabelece a necessidade da defesa técnica e admite a possibilidade da autodefesa.

Segundo assevera Medauar: “A defesa técnica e a autodefesa figuram, na doutrina processualista, como as duas vertentes da ampla defesa, quanto à pessoa que realiza as atuações dela oriundas”.⁸⁷

Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem afirmam que a defesa técnica é imprescindível para se materializar a ampla defesa:

A nosso ver, a defesa técnica constitui elemento indispensável da ampla defesa, sendo indiferente a gravidade da pena que possa resultar do processo. A Constituição Federal, no art. 5º, LV, não assegura uma defesa qualquer, mas uma defesa ampla. Isso significa que a defesa não deve ser mais ou menos robusta conforme a intensidade da sanção que puder advir da decisão proferida no bojo do processo administrativo disciplinar: a mera possibilidade de o processo culminar em restrição à esfera jurídica individual do servidor reclama a maximização dos mecanismos de defesa.⁸⁸

De fato a defesa técnica, realizada por profissional legalmente habilitado e dotado de capacidade profissional efetiva para o exercício criterioso da defesa, constitui uma das facetas da ampla defesa. A sua ausência configura uma limitação inaceitável à defesa do acusado, o qual não pode prescindir de um acompanhamento técnico em questões que afetam diretamente a sua imagem e reputação e ainda, com potencial de ocasionar a sua demissão e assim, cessar o desempenho de sua atividade profissional e o seu sustento financeiro.

A não exigência de defesa técnica atinge, com maior força e amplitude, os acusados que carecem de meios e de recursos para a contratação de um advogado. Afinal, se não houver a exigência legal da presença do advogado, não haverá a obrigatoriedade do socorro jurídico aos desamparados pela defensoria pública (ou quem a substitua). Aquele que possui uma situação financeira equilibrada, independentemente da exigência da defesa técnica, terá condições de contratar um

⁸⁶ HARGER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 173.

⁸⁷ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 117.

⁸⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante n. 5 do STF. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – RDAC**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jan., 2010, p. 3.

advogado e assim realizar uma defesa material e processual mais adequada para rebater as acusações que lhes são atribuídas.

Embora o Supremo Tribunal Federal, em 2008, através da Súmula Vinculante n. 5⁸⁹, tenha decidido no sentido da não exigência de defesa técnica no processo administrativo disciplinar, percebe-se que a controvérsia ainda não se encontra pacificada e demandará novas reflexões da Suprema Corte.⁹⁰

Em artigo que analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal e os seus efeitos, Bacellar Filho e Hachem concluem:

E com isso foi consagrada, data vênia, manifesta inconstitucionalidade, em desprestígio às conquistas da doutrina em matéria de garantias constitucionais do processo administrativo disciplinar, ensejando repercussões negativas em todas as esferas da Administração Pública e autorizando solenemente a violação de direitos fundamentais do cidadão até então reconhecidos pela jurisprudência pátria.⁹¹

Como pode ser claramente percebido, é predominante entre os maiores expoentes da doutrina jurídica o entendimento de que a existência de tal controvérsia não pode persistir no âmbito do processo administrativo disciplinar, pois o advogado é insubstituível para se garantir a ampla defesa.⁹²

Destaca-se que no ano de 2007 o STJ publicou a Súmula n. 343⁹³, na qual confirma a exigência de advogado no processo administrativo disciplinar. Entretanto, como já citado, em 2008, o STF manifesta-se de modo contrário ao entendimento do STJ. Esses posicionamentos conflitantes demonstram que a controvérsia carece de maior aprofundamento.

Para Ferraz e Dallari, o STF cometeu um erro grave ao editar a Súmula n. 5:

⁸⁹ Súmula n. 5 do Supremo Tribunal Federal: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial de Justiça**. Publicada em 16 de maio de 2008. Brasília, DF: 2008.

⁹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 313.

⁹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. Cit.*, p. 1

⁹² “(...) Na verdade, o advogado é um profissional habilitado para a defesa de direitos e interesses, que pode ressaltar ou expor com maior eficiência os fatos ou argumentos favoráveis ao seu constituinte ou impedir que sofra algum dano ou constrangimento, sem que, de qualquer forma, isso possa prejudicar os legítimos interesses da Administração. Daí dever ter-se como indispensável sua presença, sobretudo no processo administrativo disciplinar”. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 111–112.

⁹³ Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Diário Oficial de Justiça**. Publicada em 21 de setembro de 2007. Brasília, DF: 2007.

Mas também não desconhecemos que o STF, por mais qualificada que seja sua composição, é composto por homens, e, por isso mesmo, capaz de errar. No caso da Súmula Vinculante 5 o erro é grave, por isso que restaurador de uma prática administrativa que afeta a igualdade de armas e a amplitude do direito de defesa, destarte, violando a garantia constitucional da ampla defesa.⁹⁴

Encontra-se pendente de julgamento no STF requerimento, apresentado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no qual é proposto o cancelamento da Súmula n. 5 do STF. No citado requerimento são rebatidos e desmontados ponto a ponto os argumentos utilizados como justificativa para a edição da citada súmula.⁹⁵ Aguarda-se com expectativa a apreciação do requerimento com a esperança do restabelecimento pleno da ampla defesa em processos administrativos disciplinares.

Além da defesa técnica, ao acusado é garantido o direito de atuar ativamente na busca pela demonstração da sua inocência. Essa manifestação ativa da autodefesa foi objeto de reflexão de Ferraz e Dallari: “(...) no curso do processo é preciso assegurar o acesso aos autos, a possibilidade de apresentar razões e documentos, de produzir provas testemunhais ou periciais, se necessário, e, ao final, de conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida”.⁹⁶

Assim, a produção de provas pelo acusado, com vistas a demonstrar a sua inocência, surge como mais um elemento inerente à ampla defesa. Nesse sentido convergem a doutrina e a jurisprudência ao garantir a produção de provas pelo acusado em processo administrativo disciplinar.⁹⁷ Ressalta-se, todavia, que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI da CF)⁹⁸ e

⁹⁴ “Tanto mais lastimável, aliás, se revela a dicção da Súmula Vinculante 5 quando se sabe que o STJ já havia pacificado seu entendimento pela imprescindibilidade da assistência técnica por advogado nos processos administrativos em que veiculado litígio ou acusação, consagrando-a em sua Súmula 343, cujo enunciado foi acima transcrito”. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 112–113.

⁹⁵ “Conforme evidenciado na proposta de cancelamento da súmula, a ausência de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar afronta diretamente o direito fundamental à ampla defesa, (...). Para demonstrar a ofensa que a inditosa Súmula Vinculante n. 5 provocou ao tecido constitucional, basta analisar os frágeis e facilmente contraditáveis argumentos utilizados no acórdão que lhe ofereceu ensejo.” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 316.

⁹⁶ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 110.

⁹⁷ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 119.

⁹⁸ Artigo 5º, LVI da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

tal disposição vale para todos os atores que compõem o respectivo processo administrativo.⁹⁹

Medauar, ao analisar a ampla defesa, destaca também o direito constitucional de petição, o qual está intimamente ligado ao direito de interpor recurso administrativo:

O direito de interpor recurso administrativo independe de previsão expressa em lei ou demais normas, visto ter respaldo no direito de petição, que no ordenamento pátrio vem consignado pela Constituição Federal (...). Além disso, nos processos administrativos o direito de recorrer está baseado na garantia da ampla defesa, como uma de suas consequências.¹⁰⁰

Todavia, é preciso ficar consignado que o uso da esfera recursal não deve trazer prejuízo ao recorrente, pois tal situação caracteriza um desrespeito à garantia da ampla defesa em virtude do potencial caráter inibitório de uma decisão mais gravosa em julgamento recursal.¹⁰¹

Nessa mesma linha argumentativa assevera Harger: “O princípio da ampla defesa seria obstativo da *reformatio in pejus*, pois a Constituição Federal assegura o direito de recorrer como uma extensão do direito à ampla defesa”.¹⁰² Enfim, a “*reformatio in pejus*” não deve ser permitida no âmbito do processo administrativo disciplinar e nesse sentido a Lei n. 9.784/99, no parágrafo único do art. 65, expressamente veda o agravamento da sanção em processos revisivos.

Destarte, se em processos revisivos não se permite uma reforma que agrave a situação do servidor, muito menos, quando ocorra um recurso voluntário, deve-se admitir tal agravamento. A permissão da “*reformatio in pejus*” iria afrontar severamente o princípio da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana.¹⁰³

c) Juiz Natural: A Constituição Federal ao estabelecer, nos incisos XXXVII¹⁰⁴ e LIII¹⁰⁵ do art. 5º, que não haverá juízo ou tribunal de exceção e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, firma a

⁹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 346–347.

¹⁰⁰ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 117.

¹⁰¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 348.

¹⁰² HARGER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 173.

¹⁰³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 352.

¹⁰⁴ Artigo 5º, XXXVII da Constituição Federal: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁰⁵ Artigo 5º, LIII da Constituição Federal: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

necessidade do respeito ao princípio do juiz natural por todo o ordenamento jurídico, inclusive no âmbito administrativo.¹⁰⁶

Para Nelson Nery Júnior: “O princípio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos, tem grande importância na garantia do Estado de Direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional (...)”.¹⁰⁷

Na esteira dos ensinamentos doutrinários de Cármen Lúcia Antunes Rocha, conclui-se que o princípio do juiz natural possui caracteres ligados ao sistema democrático e ao princípio da igualdade jurídica:

Princípio constitucional processual encarecido no sistema democrático e que tem raízes remotas é o do juiz natural. Emanada também do princípio da igualdade jurídica (que proíbe a discriminação beneficiadora tanto quanto a prejudicial a alguém, o que, no caso, ocorreria pela escolha específica de julgador para determinado caso e pessoa), o princípio do juiz natural compõe-se da garantia de juízo pré-constituído, de um lado, e pela segurança de que o julgamento será feito por um órgão e agentes pré-qualificados, sem vinculação ao caso posto à análise, o que assegura a imparcialidade do julgado. Daí a expressão constitucional no sentido de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, inciso LIII, da Constituição da República).¹⁰⁸

A existência do Estado de Direito somente é garantida pela efetiva observância desse importante princípio, ou seja, a existência do juiz natural que julga as controvérsias de uma sociedade estruturada em um Estado de Direito deve observar os seguintes requisitos: a) somente a lei pode instituir o órgão julgador e estabelecer a sua competência; b) o juízo deve ser preexistente ao fato objeto do processo; c) deve haver uma ordem taxativa de competência.¹⁰⁹

A obediência aos citados requisitos visa assegurar a garantia efetiva da imparcialidade e objetividade de julgamento. Desse modo, uma autoridade pré-constituída pode ser afastada, sem que isso acarrete ilegalidade, quando seja considerada suspeita ou impedida. A imparcialidade do julgador é condição precípua para validade do julgamento e qualquer dúvida sobre essa situação, impõe a substituição da autoridade julgadora. No entanto, é imperiosa a necessidade de lei

¹⁰⁶ HARGER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 152–153.

¹⁰⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 65.

¹⁰⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁰⁹ HARGER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 152–153.

anterior que defina o rito a ser seguido para a transferência da competência julgadora para um juízo diferente do originário.¹¹⁰

Como já aventado, o princípio em comento também possui aplicação no campo processual administrativo, e nesse sentido assevera Ana Cláudia Finger: “O princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar é instrumento que garante a plenitude do direito de defesa, especialmente para se evitarem desvios e abusos no exercício do poder punitivo da Administração Pública”.¹¹¹

Todavia, no campo administrativo, ocorre, com frequência, a instauração do juízo posteriormente ao fato a ser apurado. Cármen Lúcia Antunes Rocha faz o seguinte alerta sobre a constituição do juízo, no âmbito administrativo, após a ocorrência do fato a ser investigado:¹¹²

Todavia, há casos em que a Comissão processante é instituída, quando surge uma situação a exigir apuração, no âmbito de um processo. Aí se tem, então, uma competência estabelecida posteriormente ao fato ou à situação que exige o processo, mantendo-se, entretanto, a obrigatória exigência de definição da medida de capacidade de ação do órgão constituído, sua condição de independência, insuspeição e condição de imparcialidade em relação ao processado, sob pena de arguição de nulidade de sua constituição e de seu trabalho por lesão aos direitos do interessado.¹¹³

Observa-se pela jurisprudência dominante que tem sido mais frequente no âmbito administrativo eventual responsabilização do julgador e da entidade pública condutora do julgamento. Credita-se tal fato pela maior dificuldade de se garantir um juízo pré-constituído na seara do processo administrativo, fato que dificulta a realização de um juízo imparcial e independente. Por outro lado, no campo judicial muito pouco se avançou nesse aspecto de responsabilização.

Essa diferenciação de tratamento jurisprudencial no campo da responsabilização é criticada por Cármen Lúcia Antunes Rocha: “A responsabilidade, todavia, é inerente à atuação da entidade pública no exercício de qualquer de suas funções, inclusive a jurisdicional, donde inexistir qualquer

¹¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 396–399.

¹¹¹ FINGER, Ana Cláudia. *Op. Cit.*, p. 235.

¹¹² Romeu Felipe Bacellar Filho também traz o seguinte alerta: “O princípio do juiz natural contém um plus que não está compreendido no princípio da impessoalidade: a obrigatória pré-constituição do juízo, ou seja, a proibição de juízos criados após o fato para resolução de um caso concreto. Trata-se de característica ligada ao plano da referência temporal”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 446.

¹¹³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 26.

explicação para os entraves opostos ao pleno acatamento do princípio quando se cuida de conduta pública apurada em processo judicial (...).¹¹⁴

Percebe-se, por conta de toda essa conjuntura, no âmbito da Administração pública (Poder Executivo), um incremento na instituição de corregedorias, com vistas a assegurar previamente a competência para os processos administrativos disciplinares, conforme recomenda o princípio constitucional do juiz natural.

Sempre haverá a necessidade de cuidados e do devido acompanhamento da atuação das corregedorias, com a finalidade de impedir a atitude corporativa de simular um processo de apuração disciplinar, com a falta de isenção para a investigação do acusado. Eventual absolvição, nessas circunstâncias, agride todos os princípios assecuratórios da realização do interesse público. De forma inversa, também se exige a devida atenção para não ocorrer um pré-julgamento do servidor acusado, de modo a imputar-lhe uma condenação sem, contudo, respaldo nas razões e provas do processo.¹¹⁵

Afinal, de que adiantaria respeitar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em processos administrativos, em especial os disciplinares, se não fosse exigida a garantia do juiz natural? Sem essa garantia, poderia ser escolhido determinado julgador com a incumbência de condenar ou absolver o acusado, independentemente do que for apurado no processo. Trata-se de um simulacro de julgamento processual, sem nenhum respeito às garantias estabelecidas na Lei Maior.¹¹⁶

Conclui-se, com amparo nas lições de Bacellar Filho, que o contraditório e a ampla defesa constituem os instrumentos positivos da garantia constitucional, pois permitem a presença ativa e crítica dos servidores investigados (garantia de ação). Por outro lado, constitui instrumento negativo, a observação do princípio do juiz natural, ao impedir qualquer obstrução à citada participação do servidor (garantia de não obstrução). A harmonia desse conjunto de garantias tem o potencial de efetivar concretamente a imparcialidade da administração na competência disciplinar.¹¹⁷

Nessa mesma linha, adverte-nos Finger, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

¹¹⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 27.

¹¹⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ibidem*, p. 26.

¹¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 406.

¹¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Ibidem*, p. 406–407-411-441.

a observância do princípio da naturalidade do juízo representa, no plano da atividade disciplinar do Estado, condição inafastável para a legítima imposição, a qualquer agente público, notadamente aos magistrados, de sanções de caráter administrativo. A incidência do postulado do juiz natural, portanto, mesmo tratando-se de procedimento administrativo-disciplinar, guarda íntima vinculação com a exigência de atuação impessoal, imparcial e independente do órgão julgador, que não pode, por isso mesmo, ser instituído 'a doc' ou 'ad personam', eis que designações casuísticas dos membros que o integram conflitam, de modo ostensivo, com essa expressiva garantia de ordem constitucional.¹¹⁸

A análise do conjunto de características, que compõem o princípio do juiz natural, permite concluir a sua plena aplicação ao processo administrativo. Para se alcançar um mínimo de independência e imparcialidade nos julgamentos administrativos, é imperioso o respeito ao juiz natural. Ao se tomar esse cuidado, torna-se mais factível a aproximação da aplicação efetiva do princípio no âmbito administrativo nos moldes observados no processo judicial.¹¹⁹

¹¹⁸ FINGER, Ana Cláudia. *Op. Cit.*, p. 236.

¹¹⁹ HARGER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 154.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

2.1 SANÇÃO ADMINISTRATIVA E CULPABILIDADE

É direito de todo cidadão brasileiro, assegurado constitucionalmente, ser considerado e tratado como inocente pelo Estado, no âmbito administrativo ou judicial, quando estiver na posição de acusado pela prática de determinada conduta infracional sujeita ao recebimento de uma sanção. Nesse sentido, antes da condenação definitiva ou ainda, quando possível impetração de recurso contra a decisão condenatória, o administrado é inocente e deverá ser considerado e tratado como tal em todas as nuances jurídicas e administrativas.

As questões relativas às sanções administrativas e à culpabilidade são relevantes nesse contexto e tal atenção a essa temática decorre da importância desses institutos jurídicos, os quais precisam ser clarificados em sua relação íntima com a presunção de inocência.

A sanção, do ponto de vista jurídico, pode ser considerada como o resultado estabelecido pelas normas legais, em determinado sistema jurídico, visando combater comportamento comissivo ou omissivo em desacordo com arcabouço normativo vigente, independentemente da natureza da norma (permissiva, obrigacional ou proibitiva). Tal possibilidade de punição visa motivar, no destinatário da norma, o adimplemento voluntário da determinação jurídica, devido ao estímulo causado pelos efeitos nocivos decorrentes do seu descumprimento e pela concreta aplicação da sanção pelo órgão estatal competente, observadas às determinações contidas na lei.¹²⁰

Estabelecida a noção de sanção jurídica, parte-se agora para o correto entendimento do que vem a ser a sanção administrativa. Alerta-se, no entanto, para a necessária ponderação na adoção da sistemática do direito penal no campo do direito administrativo sancionador, tal procedimento é possível, desde que observadas certas cautelas metodológicas, pois esses ramos jurídicos apresentam um núcleo comum, e são formados por princípios constitucionais que constroem o

¹²⁰ FERREIRA, Daniel. *Op. Cit.*, p. 14.

Estado de Direito. Os mencionados princípios devem ser observados em qualquer manifestação do poder punitivo estatal, independentemente, da sanção ser aplicada pelo Poder Judiciário (sanções penais) ou pela Administração Pública (sanções administrativas).¹²¹

Para Ferreira: “(...) toda sanção imposta no exercício da função jurisdicional jamais haverá de ser reconhecida como administrativa pelo próprio regime jurídico aplicável, o que já oferece uma razoável delimitação do nosso objeto de estudo”.¹²²

A sanção administrativa, mesmo próxima e mantendo afinidade com outros sistemas sancionatórios, possui regime jurídico próprio e deve ser inserida no âmbito mais geral do poder punitivo estatal, dentro do universo do Direito Público Punitivo, apartando-a de outros institutos similares.¹²³ Pode-se afirmar que a distinção da sanção administrativa é decorrente da necessária presença da Administração Pública em um dos polos e a ausência de natureza penal da sanção, ou seja, a Administração Pública estará presente como lesada e não haverá, em decorrência de eventual sanção, a aplicação da pena privativa de liberdade.

Um dos pontos destacados na doutrina de Osório é o fato da aplicação da sanção administrativa, com plena adoção na seara disciplinar, acarretar um mal ou castigo ao seu destinatário por conta de seus efeitos aflitivos.¹²⁴

De posse dessas características específicas e fundamentais da sanção administrativa, é possível conceituá-la em conformidade com a doutrina de Ferreira: “Conceituamos sanção administrativa como a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da

¹²¹ MELLO, Rafael Munhoz. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A & C**, ano 5, n. 22, out/dez. 2005, p. 25.

¹²² FERREIRA, Daniel. *Op. Cit.*, p. 32.

¹²³ Na avaliação de Rafael Munhoz de Mello: “A sanção administrativa é uma sanção jurídica. (...) Mas há peculiaridades que identificam a sanção administrativa entre as demais sanções jurídicas. A principal peculiaridade diz respeito ao sujeito competente para sua imposição, a saber, a própria Administração Pública. Trata-se de elemento decisivo para identificá-la. Se a medida punitiva não é imposta pela Administração Pública de sanção administrativa não se trata. Logo, é o elemento subjetivo que permite diferenciar a sanção administrativa da sanção penal”. MELLO, Rafael Munhoz, *Op. Cit.*, Sanção Administrativa..., p. 1-2.

¹²⁴ Para Fábio Medina Osório: “Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas.” OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 100.

função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo”.¹²⁵

Destaca-se que a restrição de direitos imposta no exercício da função administrativa não requer qualquer autorização judicial. Ou seja, diante de uma situação que configure a necessidade de aplicação da sanção, o agente público competente, não poderá deixar de aplicá-la. Não deve ser entendida tal assertiva como negativa da existência de certo grau de discricionariedade na aplicação da sanção, em virtude de cada caso concreto e dos limites permissivos da lei. Configura-se, na verdade, pela aplicação do devido processo legal, afinal quando constatada a existência de uma infração administrativa, a sanção é medida que se impõe. Enfim, todos devem ser tratados com absoluta igualdade de condições por imperativo constitucional.¹²⁶

A doutrina de Mello apresenta a distinção entre a sanção administrativa retributiva e a sanção administrativa ressarcitória:

A sanção administrativa retributiva esgota-se na aplicação de um mal ao infrator. Trata-se de medida de simples retribuição pela prática da infração, sem qualquer pretensão de ressarcimento do dano causado pela conduta delituosa ou de restauração do status quo ante.

Reconhecer que a sanção administrativa retributiva esgota-se na imposição de um mal ao infrator não significa aceitar que a finalidade de tal medida seja a de punir. A finalidade da sanção retributiva, penal ou administrativa, é preventiva: pune-se para prevenir a ocorrência de novas infrações, desestimulando a prática de comportamentos tipificados como ilícitos.

Já a sanção administrativa ressarcitória não se esgota na imposição de um mal ao infrator, mais vai além: a medida afluiva imposta pela Administração Pública altera a situação de fato existente, reparando o dano causado à vítima da infração. O ilícito consiste, aqui, na violação do dever geral de não causar danos a terceiros.¹²⁷

Para o estudo do princípio da presunção de inocência, interessam, de forma mais acentuada, as sanções tipificadas como retributivas, pois, o foco das reflexões da presente monografia centra-se especialmente nesse aspecto (infligir um mal ao infrator em decorrência de um ato ilícito), no qual se pretende prevenir a ocorrência de novas infrações.

Diante dessa opção, alerta-se para as circunstâncias fáticas das infrações administrativas, as quais são elementos essenciais para a correta definição da “justa

¹²⁵ FERREIRA, Daniel. *Op. Cit.*, p. 34.

¹²⁶ FERREIRA, Daniel. *Ibidem.*, p. 34-40-41.

¹²⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, Sanção administrativa..., p. 3.

medida” na aplicação da sanção. Seria absolutamente arbitrária a sanção imposta com inobservância desses elementos objetivos, constituindo-se desrespeito ao princípio da proporcionalidade. Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça – STJ: “A aplicação genérica e indiscriminada da sanção máxima aos servidores envolvidos em processo administrativo, sem que observada a diversidade das condutas praticadas, fere os princípios da individualização e da proporcionalidade das reprimendas”.¹²⁸

Nesse contexto, aparece com relevo a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade, visando à adequada aplicação da sanção administrativa retributiva. Em uma visão mais sintética do princípio pode-se entender a proporcionalidade como a necessidade de racionalidade de forma a se exigir nos atos estatais um mínimo de sustentabilidade.¹²⁹

Nas palavras de André Ramos Tavares são identificados os três elementos necessários ao princípio da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, abarca três necessários elementos, quais sejam: 1) a conformidade ou adequação dos meios empregados; 2) a necessidade ou exigibilidade da medida adotada e 3) a proporcionalidade em sentido estrito.

Entende-se que os dois primeiros elementos citados correspondem aos pressupostos fáticos do princípio, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito equivale à ponderação jurídica destes. Sua compreensão deve orientar-se de forma que não basta que os requisitos fáticos estejam atendidos, sendo também necessário que haja concordância entre eles e os valores encampados no ordenamento jurídico.¹³⁰

Embora não se trate de aplicação no contexto sancionatório, cita-se, como bom exemplo prático da aplicação do princípio da proporcionalidade, as considerações do professor José Roberto Vieira:

(...) Trata-se do tríplex exame da proporcionalidade: verificar se as medidas escolhidas são adequadas à finalidade extrafiscal perseguida (adequação, na relação “meio x fim”); se, diante da existência de medidas alternativas, as adotadas são as menos restritivas e prejudiciais à igualdade (necessidade, na relação “meio x meio”); e se as vantagens derivadas da finalidade extrafiscal almejada são proporcionais às desvantagens oriundas das

¹²⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 174.

¹²⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva. 2002, p. 506.

¹³⁰ TAVARES, André Ramos. *Ibidem*, p. 513.

desigualdades estabelecidas (proporcionalidade em sentido estrito, na relação “vantagens x desvantagens”).¹³¹

Ao aplicar o princípio da proporcionalidade na sanção administrativa retributiva, conclui-se que somente as ações típicas, ilícitas e culpáveis podem ser sancionadas. Nesse contexto a aplicação sancionatória depende da constatação da culpa do infrator, em decorrência do sub-princípio da adequação, existente no princípio da proporcionalidade. Sendo assim, é inadequada a medida sancionadora direcionada ao indivíduo que não praticou conduta dolosa, ou não atuou com culpa *stricto sensu* (negligência, imperícia, imprudência).¹³²

Como a finalidade da sanção administrativa é impedir o surgimento de novas infrações administrativas, quando inexistir dolo ou culpa, a aplicação da sanção retributiva não atua de modo a prevenir futuros atos infracionais administrativos. A sanção não modificará o comportamento do cidadão que agiu sem culpa ao praticar o comportamento típico. Não serve, tampouco, como prevenção geral.¹³³

Por tudo que já foi exposto, pode-se concluir que a culpabilidade exige a necessidade de imposição da sanção administrativa ao sujeito que, mesmo devendo agir de determinada maneira, inadvertidamente não a observa e pratica a conduta típica. Quem age desse modo é culpado pela ocorrência da infração administrativa. Nesse sentido “ser culpado” é conduzir a sua ação ao encontro da infração administrativa, mesmo sabendo que era possível e esperada determinada conduta diversa.¹³⁴

¹³¹ VIEIRA, José Roberto. A extrafiscalidade da Lei nº 12.715/2012 e a capacidade contributiva: a convivência do lobo e do cordeiro? **Revista de Direito Tributário nº 118 – Junho de 2013**. São Paulo: Editora Malheiros. 2013, p. 23.

¹³² MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, Sanção administrativa..., p. 8.

¹³³ Nas palavras de Rafael Munhoz de Mello: “Sendo medida inapta a atingir sua finalidade, a sanção administrativa retributiva imposta a quem age sem dolo ou culpa fere o princípio da adequação, corolário do princípio da proporcionalidade que exige que o meio utilizado pelo agente estatal seja idôneo para atingir o fim previsto na lei. De consequência, o princípio da proporcionalidade tem como corolário, no direito administrativo sancionador, o princípio da culpabilidade”. MELLO, Rafael Munhoz. *Ibidem*, p. 8–10.

¹³⁴ “O princípio da culpabilidade veda a imposição de sanção administrativa retributiva a pessoas que não contribuíram de modo algum para a ocorrência da infração administrativa, ou o fizeram a despeito de terem agido licitamente e adotado a diligência exigida no caso concreto”. MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, Princípios constitucionais..., p. 184.

2.2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal no artigo 5º, LVII, determina: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O conteúdo constitucional revela a consagração da presunção de inocência como princípio constitucional e direito fundamental do cidadão.¹³⁵

Existiu, inicialmente, uma tentativa de restringir o alcance do princípio da presunção de inocência, pela literalidade do dispositivo constitucional que fala em “sentença penal condenatória”. Defensores dessa corrente minoritária professavam que a presunção de inocência estaria restrita à matéria penal.¹³⁶

Não há atualmente, no entanto, qualquer sustentação jurídica que fundamente tal posicionamento restritivo do alcance do princípio no interior do processo ou fora dele, afinal, além da determinação contida no citado artigo 5º, LVII da Constituição, o Estado Brasileiro aderiu e incorporou ao ordenamento jurídico nacional às disposições do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Nesse sentido o artigo 8º, 2º¹³⁷ do Pacto expressamente refere-se à presunção de inocência de forma ampla, bem como determina o artigo 5º, 4º¹³⁸, que aos acusados deve ser conferido, mesmo fora da esfera processual, tratamento como inocentes.¹³⁹

Essa configuração ampliada do alcance da presunção de inocência também encontra expresse respaldo constitucional no princípio da máxima efetividade das garantias constitucionais.¹⁴⁰

Importante destacar, que a atual jurisprudência pátria, em especial a dos Tribunais Superiores brasileiros, encontra-se convergente com essa aplicação

¹³⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 365.

¹³⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 397.

¹³⁷ Artigo 8º, 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. BRASIL. Decreto n. 678. **Diário Oficial da União**. Publicado em 9 de novembro de 1992, Brasília, DF: 1992.

¹³⁸ Artigo 5º, 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, a ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas”. BRASIL. Decreto n. 678. **Diário Oficial da União**. Publicado em 9 de novembro de 1992, Brasília, DF: 1992.

¹³⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 366.

¹⁴⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, Princípios constitucionais... p. 244–245.

ampliada do princípio da presunção de inocência, principalmente em processos punitivos.¹⁴¹

Sendo assim, pode-se afirmar que o processo administrativo, em especial o disciplinar, deve contemplar configurações assemelhadas ao processo jurisdicional, como, por exemplo, o *in dubio pro reo* e o *in dubio pro operário*, pois, nessa perspectiva das garantias constitucionais, o Estado-parte deve se despojar do seu manto de supremacia para resguardar as prerrogativas constitucionais do cidadão/acusado, destacando-se as vantagens do *in dubio*.¹⁴²

Presume-se que o acusado em processo administrativo é inocente até a decisão final definitiva (da qual não caiba recurso) que o considere culpado. Atingida essa conclusão definitiva, o acusado deve então ser punido pela Administração Pública.¹⁴³

Ferraz e Dallari apresentam o real alcance da presunção de inocência:

Em tomo inicial, cabe recordar que a presunção de inocência é garantia constitucional (CF, art. 5º, LVII). Não importa se a parte/interessado tem uma, cinco ou cem condenações em curso. A presunção de inocência só cede passo com sentença judicial condenatória transitada em julgado. Condenações, ainda que várias, em tramitação podem ser revertidas, por uma única, última e definitiva oportunidade, em grau de embargos em recurso extraordinário, no STF, após cinco ou seis condenações anteriores no mesmo processo. Por isso é que somente o trânsito em julgado cassa a referida presunção, com todas as consequências daí provenientes.¹⁴⁴

Portanto, o sistema constitucional brasileiro adota uma série de princípios garantidores dos direitos fundamentais do cidadão, dentre eles destaca-se a presunção de inocência, a qual está conectada com outros importantes princípios que visam o pleno estabelecimento de um Estado Democrático de Direito no Brasil.

Dentre os princípios fundamentais que mantém conexão com a presunção de inocência, aflora o da dignidade da pessoa humana. Essa relevante conexão é sintetizada nas palavras de Mello:

Assim entendida, a garantia constitucional da presunção de inocência é inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a aplicação de uma sanção retributiva, com toda carga negativa que a acompanha, antes da conclusão do processo correspondente é medida

¹⁴¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 404.

¹⁴² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 255.

¹⁴³ HARGER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 150–151.

¹⁴⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 255–256.

nitidamente ofensiva à dignidade da pessoa humana, já que ainda não há uma decisão definitiva acerca da culpabilidade do acusado, que pode ainda demonstrar sua inocência. Antes da conclusão do processo não há um culpado, mas sim um acusado, que não se deve sujeitar ao mal em que consiste a sanção retributiva.¹⁴⁵

O contraditório e a ampla defesa também mantêm íntima relação com o princípio da presunção de inocência, afinal, dada a sua condição de inocente no curso do processo, necessário se faz o estabelecimento de um ambiente favorável, com paridade de armas, visando o exercício da sua ampla defesa.

No mesmo contexto, ao imputado devem ser garantidos meios aptos para contestar tudo o que for alegado em seu desfavor. Portanto, o acusado pode produzir provas e contraprovas com a finalidade de desconfigurar as alegações e indícios deduzidos pela acusação e assim eliminar a credibilidade das provas apresentadas pelo acusador.¹⁴⁶

No direito comparado encontra-se importante contribuição que sustenta a conexão entre o contraditório e a presunção de inocência. Nesse sentido seguem as palavras de Lucía Alarcón Sotomayor:

(...) la contradicción es una garantía probatoria esencial impuesta por la presunción de inocencia en cualquier procedimiento punitivo sea judicial o administrativo. No es que no exista en el procedimiento sancionador, sino que se hace efectiva de distinta manera. A nuestro entender, las pruebas que se practiquen en el procedimiento sancionador con garantía de contradicción también merecen el concepto técnico-jurídico de << prueba >>. Lo esencial para ello es que se posibilite la presencia y participación activa del imputado en su realización.¹⁴⁷

Há também uma importante afinidade da presunção de inocência com o princípio do devido processo legal, pois somente com o ato final do processo pode ser imposta uma sanção administrativa, na qual foram esgotados todos os “meios e recursos” colocados à disposição do acusado para comprovar a sua inocência. Descumpre o princípio do devido processo legal, qualquer permissão antecipada da sanção, antes da conclusão do processo administrativo ou quando se imponha sanção sem a existência de qualquer processo administrativo.¹⁴⁸

¹⁴⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, Princípios constitucionais..., p. 245.

¹⁴⁶ BACELLAR FILHO. Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 368.

¹⁴⁷ SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. **El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales**. 1. ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson – Civitas. 2007, p. 369.

¹⁴⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, Princípios constitucionais..., p. 246.

Bacellar Filho destaca a importância das observações contidas no artigo 93, IX¹⁴⁹, da Constituição Federal e no artigo 50 da Lei n. 9.784/99¹⁵⁰ que determina a necessidade da motivação das decisões judiciais e a sua íntima relação com a presunção de inocência.¹⁵¹

As vinculações da presunção de inocência com outros relevantes princípios garantidores dos direitos fundamentais estão presentes em decisão proferida no ano de 2010 pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSORA ADJUNTA DO ENSINO FUNDAMENTAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA FALSO COM O OBJETIVO DE OBTER VANTAGENS FINANCEIRAS E FUNCIONAIS. DEMISSÃO. DOLO NÃO COMPROVADO. DESCONHECIMENTO DA FALSIDADE DO DOCUMENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO, PORÉM,

1. Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao Regime Jurídico Disciplinar de Servidor Público e mesmo a qualquer relação jurídica de Direito Sancionador, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão do cometimento de infração disciplinar, de sorte que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais. Precedente.

2. Os danos materiais e morais derivados de uma punição injusta ou desproporcional ao ato infracional cometido são insuscetíveis de eliminação, por isso a imposição de sanção disciplinar está sujeita a garantias muito severas, entre as quais avulta de importância a observância da regra do in dubio pro reo, expressão jurídica do princípio da presunção de inocência, intimamente ligado ao princípio da legalidade.

(...)

6. Recurso provido para anular a Portaria 135/06 - CONAE-2, da Assessora Técnica da Divisão de Recursos Humanos da Coordenadoria dos Núcleos

¹⁴⁹ Artigo 93, IX da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁵⁰ Artigo 50 da Lei n. 9.784/99: “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos...”. BRASIL. Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**. Publicada em 1º de fevereiro de 1999. Brasília, DF: 1999.

¹⁵¹ “Acresça-se ainda o princípio da motivação das decisões judiciais, determinado no art. 93, IX, da Constituição – ‘todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade’ – e estendido às decisões administrativas pelo art. 50 da Lei Federal n. 9.784/99, que impõe aos órgãos decisórios, de natureza judicial ou administrativa, o dever de fundamentar os seus julgamentos. Em relação aos processos sancionatórios, o princípio consubstancia expressão do direito à presunção de inocência, pelo fato de exigir do julgador uma motivação expressa e probatoriamente referenciada para declarar a culpabilidade do acusado, sob pena de macular a decisão de invalidade”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 369.

de Ação Educativa da Secretaria de Educação do Município de São Paulo, de 20.04.2006, que demitiu a impetrante do cargo de Professora Adjunta do Ensino Fundamental I, promovendo-se sua imediata reintegração, com o pagamento dos vencimentos e cômputo de tempo para todos os efeitos legais.¹⁵²

Ao aprofundar a análise, encontram-se, na doutrina de Bacellar Filho, três significações primordiais que podem ser deduzidas do princípio da presunção de inocência. Destaca-se, inicialmente, a concepção como princípio fundante de um modelo de processo sancionatório (criminal ou administrativo), ao emanar um acervo de garantias ao investigado, com a finalidade, até a decisão definitiva, de preservar a sua liberdade através de um processo justo e que respeite as configurações legais. Tal manifestação impõe a todos os representantes do Estado, além de respeito e observância das garantias processuais do acusado (sentido negativo/função de defesa), a elaboração legislativa normativa para assegurar, com a devida tutela estatal, o respeito à presunção de inocência em sua máxima efetividade (sentido positivo/função prestacional).¹⁵³

Nesse sentido assevera Lima: “Em suma, vigora entre nós o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contidos no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais”.¹⁵⁴

A segunda significação, nas palavras de Bacellar Filho: “ (...) é a estipulação de uma regra de tratamento do acusado como inocente, tanto no curso do processo (...) – quanto fora dele – tornando-se imperioso o sigilo quanto à condição de acusado e a sua distinção em relação aos condenados”.¹⁵⁵ Nessa mesma linha, mesmo no âmbito extraprocessual, deverá ser possibilitado ao acusado um tratamento absolutamente cordial e respeitoso, independentemente do tipo penal ou da falta funcional investigada.

Em concordância com o doutrinador paranaense e com destaque para a existência de significados essenciais do princípio em processos administrativos sancionadores, Sotomayor aduz:

¹⁵² BRASIL. Recurso em Mandado de Segurança n. 24.584/SP. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma. Superior Tribunal de Justiça. **Diário Oficial de Justiça**. 08 de março de 2010, Brasília, DF: 2010.

¹⁵³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 369–370.

¹⁵⁴ LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Op. Cit.*, p. 415.

¹⁵⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 370.

De un lado, constituye una regla de juicio, es decir, referida al juicio de hecho de la resolución sancionadora, con incidència sobre la prueba. De outro, entraña una regla de tratamiento, esto es, en relación al trato que debe darse al imputado durante la tramitación del expediente. Como regla probatoria, la presunción de inocência comporta múltiples exigencias. Si se reducen a su esencia lo que prohíbe es la sanción sin pruebas. Como regla de tratamiento, obliga a considerar al imputado inocente y a tratarlo como tal durante el procedimiento, dentro y fuera de éste, lo que conlleva que no pueda castigársele antes de que se pruebe su culpabilidad y que deban reducirse al mínimo las medidas que restrinjan sus derechos hasta ese momento.¹⁵⁶

Finalmente, a terceira acepção é referente à regra probatória ou de juízo (*in dubio pro reo*), que vem a ser a mais conhecida e aceita dedução do princípio da presunção de inocência. Nela é estipulado que é responsabilidade da acusação demonstrar cabalmente a culpabilidade do investigado, portanto, desonera-o de provar a sua inocência, ou seja, na dúvida quanto aos elementos probatórios apresentados, caberá ao julgador absolver o investigado de forma incondicional. Nas palavras de Bacellar Filho: “Trata-se, de um lado, da atribuição do *ônus probandi* à acusação e, de outro, da exigência de um juízo de certeza para que haja a condenação, sem o qual será inexorável a absolvição”.¹⁵⁷

Por conta dessa interpretação, infere-se a coincidência com o princípio *in dubio pro reo*, todavia, no balizamento com as três significações, desfaz-se a controvérsia sobre ser essa característica a única consequência do princípio da presunção de inocência.¹⁵⁸ Nesse sentido e com base na mesma argumentação, Sotomayor, no Direito Espanhol, defende que o princípio da presunção de inocência possui um alcance muito mais amplo do que o *in dubio pro reo*.¹⁵⁹

¹⁵⁶ SOTOMAYOR, Lúcia Alarcón. *Op. Cit.*, p. 347–348.

¹⁵⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 370

¹⁵⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem*.

¹⁵⁹ Nas palavras de Lucía Alarcón Sotomayor: “La presunción de inocencia es mucho más que eso, pues origina consecuencias esenciales en matéria probatória y repercute en otros ámbitos del procedimiento administrativo sancionador con efectos transcendentales”. SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *Op. Cit.*, p. 341.

2.3 CONSEQUÊNCIAS DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Realizadas as considerações iniciais relativas ao princípio da presunção de inocência em seu enfoque constitucional, parte-se agora para uma análise mais detalhada do princípio no âmbito do processo administrativo disciplinar em cada uma das suas fases específicas, ou seja, na instauração, na instrução e no julgamento processual.

a) Instauração: Em muitas situações que antecedem a abertura do processo administrativo disciplinar, antes de qualquer definição mais acurada sobre o ilícito administrativo e o agente público responsável, aparece a figura procedimental da sindicância. Nesse caso, em virtude do seu caráter investigativo e da presunção de inocência, não é permitido o direcionamento a uma pessoa em especial. Busca-se, na verdade, a apuração dos fatos e a identificação da autoria, pois não é presumível a culpabilidade do servidor com base em uma sindicância investigativa.¹⁶⁰

Da mesma forma, a “verdade sabida” serve, tão somente, para o início de um processo administrativo disciplinar, no qual todas as garantias e direitos fundamentais deverão ser observados. Portanto, em nenhuma hipótese é possível a aplicação de sanção administrativa disciplinar com base exclusiva na sindicância ou na denominada “verdade sabida”.¹⁶¹

Para Sotomayor as conclusões estabelecidas em procedimentos prévios não servem para constituir prova que seja legítima para imputar condenação ao acusado, pois nessa fase os direitos fundamentais do cidadão não foram devidamente respeitados.¹⁶²

No momento da instauração não podem ocorrer ações ou manifestações opinativas que configurem antecipação do julgamento do servidor, independentemente de indícios ou outros elementos que o indiquem como possível

¹⁶⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 373.

¹⁶¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Ibidem*, p. 374.

¹⁶² Na literalidade das palavras de Lucía Alarcón Sotomayor: “A nuestro entender, la regla general es que las actuaciones previas no tienen valor de prueba. La jurisprudencia afirma que en su realización no deben respetarse ni los derechos fundamentales que el imputado tiene en el procedimiento – que aún no há comenzado – ni las garantías básicas que rigen la práctica de las pruebas en la fase de instrucción: en esencia, el principio contradictorio. Por tanto, el futuro imputado no es todavía interesado en las diligencias preliminares: por lo general, no tiene derecho a que se le notifique su realización ni a estar presente e intervenir en la práctica de las mismas. La consecuencia que se desprende de esa jurisprudencia es que estas actuaciones carecen por sí mismas de fuerza probatoria para desvirtuar la presunción de inocencia”. SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *Op. Cit.*, p. 381.

infrator. Tais condutas ferem o princípio da presunção de inocência e devem ser peremptoriamente, rechaçadas.¹⁶³

Nesse sentido, somente é possível a instauração de um processo administrativo disciplinar quando existirem elementos substanciais que possam assegurar, minimamente, a presunção da autoria e a materialidade da ilicitude, tendo como base o resultado da sindicância, fatos confessados, documentalmente provados ou manifestamente evidentes.¹⁶⁴

b) Instrução: Cabe, no entanto, logo após a fase de instauração do processo disciplinar, a adoção de medidas acauteladoras ou preventivas. Segundo as considerações de Mello: “A medida acauteladora somente pode ser aplicada em hipóteses em que a continuidade de certa situação possa colocar em risco o interesse público, devendo ser observado o ‘princípio da necessidade’”.¹⁶⁵ A medida acauteladora não deve ser entendida como sanção administrativa, mas ser encarada no sentido de resguardar o interesse público.

Exemplo de medida acauteladora é a cessão imediata de uma atividade nociva e medida preventiva pode ser entendida como a adoção de imposições negativas, ao possível infrator, com a finalidade de evitar condutas similares no futuro.¹⁶⁶

A Lei n. 8.112/90 estabelece a medida cautelar em seu artigo 147¹⁶⁷ e esse dispositivo deve ser entendido na dimensão das palavras de Bacellar Filho: “(...) trata-se de medida efetivamente cautelar, cuja dupla finalidade repousa na garantia da instrução probatória e na preservação da dignidade do servidor”.¹⁶⁸

Osório apresenta a seguinte assertiva em relação ao afastamento preventivo: “No combate à corrupção (...), o afastamento automático das funções, no campo disciplinar, é consequência profícua que, ao menos em tese, viabiliza melhor

¹⁶³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 372.

¹⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Ibidem*, p. 374–375.

¹⁶⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, Princípios constitucionais..., p. 246.

¹⁶⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Idem*.

¹⁶⁷ Artigo 147 da Lei n. 8.112/90: “Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do cargo pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração”. BRASIL. Lei n. 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. **Diário Oficial da União**. Publicada em 14 de abril de 1990. Brasília, DF. 1990.

¹⁶⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 376.

proteção à saúde institucional, resguardada a presunção de inocência do indivíduo apontado como infrator”.¹⁶⁹

Mesmo com essa abalizada manifestação, o afastamento automático das funções não parece ser a melhor medida, pois a suspensão do agente público reclama, acima de tudo, uma motivação que demonstre que há risco processual na presença física do servidor em seu ambiente de trabalho. Essa presença física deve potencialmente comprometer a coleta das provas que serão úteis para a instrução processual, ou mesmo interferir na regular auditoria do acusado, tanto no campo processual, quanto fora dele. Nesse sentido, Bacellar Filho sustenta, novamente, a importância da exigência do princípio da motivação das decisões administrativas:

E é nesse exato ponto que incide o princípio da motivação das decisões administrativas, constante do art. 50 da Lei n. 9.784/99, que se entrelaça diretamente ao princípio da presunção de inocência. A conjugação desses dois princípios faz espargir a obrigatoriedade de fundamentação do ato administrativo que determinar o afastamento preventivo do acusado, sob pena de nulidade por violação legal (art. 50 da Lei n. 9784/99) e constitucional (art. 5º, LVII, da CF).¹⁷⁰

Destarte, nessa fase instrutória, para ocorrer o afastamento preventivo do agente público, será necessária a explicitação dos motivos que levaram a autoridade instauradora a determinar esse afastamento. A falta da motivação apta (salvaguardar a instrução probatória) para essa finalidade afrontará o direito fundamental à presunção de inocência, fato que desvirtuaria o caráter cautelar da medida.¹⁷¹ Nessa mesma linha manifesta-se Sotomayor:

Se impone, pues, a las medidas provisionales unos requisitos materiales, a los que se alude al exigir su proporcionalidad y racionalidad, y un requisito formal, su motivación en el acto que las acuerda. Si se cumplen estos requisitos, la medida provisional se considera constitucional y, en especial, conforme con la presunción de inocencia.¹⁷²

Na fase de instrução do processo administrativo disciplinar são apresentadas as provas que podem definir a situação do acusado. Nessa etapa a

¹⁶⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 420.

¹⁷⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 377.

¹⁷¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem.*

¹⁷² SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *Op. Cit.*, p. 457–458.

presunção de inocência estabelece que a Administração somente poderá punir o servidor público quando a culpabilidade for legalmente determinada.¹⁷³

A presunção de inocência determina que o ônus da prova compete ao acusador (Administração Pública), pois, segundo as palavras de Mello: “(...) Ao outorgar aos particulares tal garantia, a Constituição Federal os desincumbiu da produção da prova de sua própria inocência. A inocência é presumida; logo não é necessário prova-la”.¹⁷⁴

Convém, nesse momento, buscar na doutrina de Sotomayor, a importância do conteúdo probatório que respeite e cumpra as exigências estabelecidas pelo princípio da presunção de inocência:

La principal vertiente de la presunción de inocência la convierte em una regla probatoria que, como tal, comporta una exigencia esencial: la prohibición de sanción sin pruebas. A este respecto, importa señalar que la consagración constitucional de ese derecho conlleva que los efectos que causa sobre la prueba estén garantizados directamente por el art. 24.2 de la CE. Por tanto, la actividad probatoria en el procedimiento sancionador debe orientarse al cumplimiento de cada una de las exigencias específicas que la presunción de inocência del imputado origina en este ámbito, puesto que sólo así puede obtenerse una prueba de cargo idónea para destruirla y que, em consecuencia, permita sancionar.¹⁷⁵

Alerta-se, entretanto, que a presunção de inocência possui caráter relativo e que as provas apresentadas pela Administração podem ser desconstituídas, ou seja, para elidir a validade de uma prova, produzida legalmente pelo acusador, não é suficiente a simples negativa dos fatos apresentados pelo agente público. Deve o acusado apresentar prova em contrário, que em cotejo com prova trazida pelo acusador e demais elementos probatórios presentes nos autos, possibilite a análise da autoridade competente e a correspondente decisão quanto ao deslinde da causa.¹⁷⁶

De fato, uma das consequências da presunção de inocência é a validade do brocardo “*in dubio pro reo*”. Pois o acusado sempre será presumivelmente inocente até prova em contrário, e essa prova deve ser suficientemente concreta a ponto de

¹⁷³ HARGER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 151.

¹⁷⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, Princípios constitucionais..., p. 247.

¹⁷⁵ SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *Op. Cit.*, p. 348–349.

¹⁷⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, Princípios constitucionais..., p. 250.

não existir qualquer dúvida sobre a responsabilidade do suposto infrator quanto aos ilícitos investigados.¹⁷⁷

Como já visto, o *in dubio pro reo* está contido em uma das três significações do princípio da presunção de inocência e, portanto, o princípio em sua totalidade não se confunde com ele. Assim, é interessante apresentar posicionamento de Sotomayor, com a distinção entre os dois institutos jurídicos: “Mientras la aplicación de la máxima *in dubio pro reo* parte de la existencia de una duda (...), la presunción de inocência, como verdade interina afirmada y mantenida, exige que una prueba de cargo suficiente la desplace”.¹⁷⁸

Enfim, é imprescindível o juízo de certeza, e tal confirmação deve ser formalizada por robustas provas que respeitem às regras legais, o devido processo legal e os demais princípios e garantias inerentes à defesa do servidor público investigado. Para qualquer medida punitiva deve ser cabal a conclusão de responsabilidade do servidor. Se não forem suficientes as provas produzidas pela Administração, deve ser proferida decisão absolutória.¹⁷⁹

A doutrina de Bacellar Filho demonstra que cabe à Administração Pública comprovar: “(...) (i) a efetiva ocorrência de falta funcional; (ii) a autoria da conduta ilícita configurada. Nesse passo, a atividade probatória: “deve tender à verificação da existência dos fatos imputados, e não à investigação sobre as desculpas apresentadas pelo acusado”.¹⁸⁰

Convém lembrar, no entanto, que cabe ao acusado (defesa) a apresentação do conteúdo probatório nas causas justificatórias ou nas circunstâncias que o isentam da culpabilidade.¹⁸¹

Nesse sentido assevera Sotomayor: “En nuestra opinión, puede afirmarse con carácter general que la carga de probar las eximentes pesa sobre el imputado, es decir, que la presunción de inocencia no cubre los hechos excluyentes o extintivos”.¹⁸²

¹⁷⁷ HARGER, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 151.

¹⁷⁸ SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *Op. Cit.*, p. 346–347.

¹⁷⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 378.

¹⁸⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Ibidem*, p. 377–378.

¹⁸¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 431.

¹⁸² SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *Op. Cit.*, p. 398.

Nesse ponto do estudo referente às provas, é importante a análise sobre as questões dos indícios e da presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública.

Segundo o Código de Processo Penal, no artigo 239: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Nesse contexto é importante buscar o grau de veracidade da prova indiciária apresentada, conforme assevera Osório: “(...) O problema é analisar o caso concreto e verificar o grau de razoável credibilidade que apresentam as provas, de modo a extrair daí um razoável juízo de certeza, não uma certeza intocável e suprema que somente os ‘deuses’ possuem”.¹⁸³

Com o devido temperamento e reserva, é possível acolher os indícios nas decisões condenatórias que aplicam normas de Direito Administrativo Sancionador. Para isso deve ocorrer um ônus argumentativo muito denso no sentido de validar a sua utilização. A validade do indício repousa no sólido conjunto apresentado, o qual deve cabalmente demonstrar e gerar certeza quanto aos fatos.¹⁸⁴

A utilização do indício deve conduzir a uma convicção persuasiva para garantir a necessária e inafastável segurança jurídica, sem a qual o precedente gerado desrespeitará a presunção de inocência e não trará ganhos de justiça ou de mudança de comportamento, efeito que se busca nas sanções administrativas retributivas.

É bom lembrar que indícios isolados não têm qualquer valor probatório e que somente o conjunto indiciário poderá apresentar relevo suficiente idôneo para respaldar uma condenação, afinal o indício sempre irá requerer suficiente robustez para confrontar as demais alternativas suscitadas ou suscitáveis.¹⁸⁵

Alerta-se que mesmo no estágio investigativo, faz-se necessária à obediência aos rituais jurídicos que protegem os direitos fundamentais do cidadão e qualquer afronta à legalidade deve ser prontamente repelida.

¹⁸³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 409–412.

¹⁸⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Ibidem*, p. 412-413.

¹⁸⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Ibidem*, p. 409–412.

Dado o contexto em estudo, Osório alerta sobre a possível utilização indevida e maliciosa dos indícios para respaldar o início de procedimentos investigativos.¹⁸⁶

Realizadas as considerações relativas ao valor dos indícios em confronto com a presunção de inocência, deve-se, como passo sequencial, no âmbito do processo administrativo disciplinar, averiguar a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Os particulares quando precisam aferir segurança, certeza jurídica e fé pública aos seus atos procuram os serviços notariais, no entanto, nosso arcabouço legal já confere esses requisitos, desde o seu nascimento, para o ato administrativo emanado pela Administração Pública.¹⁸⁷

Segundo o entendimento de Ferreira, a presunção de legitimidade dos atos administrativos tem o seguinte alcance: “é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conforme ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salva expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo”.¹⁸⁸

Parte da doutrina jurídica entende que documentos em geral produzidos pela Administração Pública não podem ser considerados como meras denúncias, mas possuem configuração de meios de prova.¹⁸⁹ Para Osório: “(...) determinados atos administrativos, próprios à fase das investigações, possuem inegável e intenso valor probante, não sendo lícito ao intérprete invocar, genericamente, a presunção de inocência para derrubar a eficácia desses documentos”.¹⁹⁰

Contudo, essa afirmação deve ser vista com cautela, em especial no campo do Direito Administrativo Disciplinar, as denominadas presunções *iuris tantum* indicam conflitos com o primado da verdade material. Deve-se ter sempre em mente que há um dever imposto à Administração Pública no sentido de comprovar,

¹⁸⁶ Nas palavras de Fábio Medina Osório: “Finalmente, cabe dizer que, mesmo na etapa do desencadeamento de investigações, há que se exigir idoneidade de um indício. Lamentavelmente, não é raro constatar que autoridades públicas se utilizem de elementos informativos inidôneos, ou notícias de fatos atípicos, para respaldar ações estatais que, de um modo ou de outro, afetam e adentram esferas juridicamente protegidas de liberdades dos cidadãos. A submissão de um cidadão ao poder investigatório do Estado há de obedecer rituais jurídicos, resguardando-se direitos fundamentais contra o arbítrio, a prepotência ou mesmo a arrogância de representantes do Estado”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 413.

¹⁸⁷ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 212.

¹⁸⁸ FERREIRA, Daniel. *Op. Cit.*, p. 119.

¹⁸⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 406.

¹⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Ibidem*, p. 408.

peremptoriamente, o ilícito e identificar o agente infrator, preliminarmente a qualquer decisão sancionatória.

Parece claro que a adoção da presunção de legitimidade, no contexto sancionatório, tem o potencial de conflitar com o dispositivo constitucional da presunção de inocência, ou seja, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.¹⁹¹

Ao analisar esse aparente conflito, Osório defende que não há incompatibilidade entre as citadas presunções, pois compete ao acusado apresentar uma contraprova, passível de defendê-lo e de descaracterizar a validade e a eficácia da prova acusatória, ou, no mínimo, colocando-a em dúvida e censura. Nas suas exatas palavras: “(...) as provas acusatórias não podem traduzir presunções de natureza absoluta ou intocável, devendo restar uma margem para o exercício da ampla defesa do acusado, sendo esta uma das consequências da presunção de inocência”.¹⁹²

A doutrina de Mello também reconhece que a Administração Pública goza da presunção de legalidade dos atos administrativos, no entanto, ressalta a relatividade dessa presunção:

É natural que a Administração Pública goze de prerrogativas essenciais à sua atividade, dentre as quais se destaca a presunção de legalidade dos atos administrativos, que a coloca em inegável posição de superioridade em relação ao particular. A presunção, obviamente, não pode servir de escudo de ilegalidades praticadas pela Administração pública. Daí sustentar a doutrina, já há muito, que a presunção de legalidade dos atos administrativos não é absoluta, mas sim relativa, *juris tantum*, permitindo prova em contrário.¹⁹³

Nessa linha argumentativa Ferraz e Dallari asseveram: “(...) A presunção de legalidade dos atos administrativos, portanto, não significa um valor absoluto, tanto que se qualifica como presunção *iuris tantum*, ou seja, relativa, admitindo prova em contrário”.¹⁹⁴

Enfim, essa presunção deixa de existir a partir do instante que houver impugnação do ato administrativo. Desse momento em diante, em respeito ao princípio da isonomia e à busca da plena verdade, cabe a Administração demonstrar

¹⁹¹ FERREIRA, Daniel. *Op. Cit.*, p. 119.

¹⁹² OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 408.

¹⁹³ MELLO, Rafael Munhoz de. Processo administrativo, devido processo legal e a lei n. 9.784/99. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, ano 3. N. 11. Jan/mar, p. 9, 2003.

¹⁹⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 211.

a legalidade de seus atos. Ocorre, na verdade, a inversão do ônus da prova, afinal prevalece a afirmativa de que os particulares podem realizar tudo que a lei não proíbe, mas a Administração Pública está limitada a fazer, estritamente, o que é normatizado (autorizado ou determinado) pela lei. Não podem existir dúvidas em relação à conduta da Administração Pública, a qual tem o dever legal e moral de atuar em conformidade com a lei.¹⁹⁵

Nesse contexto, um importante argumento para sustentar eventual inversão do ônus da prova é a impossibilidade do particular prejudicado acessar os elementos que comprovam a sua inocência. Em muitos casos, os citados elementos estão em poder do ente estatal ou ainda, pela dificuldade de produção da prova de fato negativo.

O fato negativo, por vezes, apresenta limites intransponíveis para sua comprovação, fato corriqueiro nas situações de desvio de poder.¹⁹⁶ Sotomayor afirma que a jurisprudência constitucional espanhola proíbe a transferência do ônus probatório para o acusado, afinal é incabível impor ao acusado a prova de fato negativo:

En consecuencia, no es el imputado el que tiene que probar su inocencia. Si así fuera, habría de acometer la prueba de un hecho negativo: la inexistencia de la conducta constitutiva de infracción o la no participación en su realización, cosa que la jurisprudencia constitucional prohíbe expresamente. Así que, em el caso de que la Administración comine al imputado a que pruebe esos hechos, se origina una inversión de la carga de la prueba y, con ello, la lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia.¹⁹⁷

Em casos dessa magnitude cabe à Administração, e não ao acusado, a demonstração fática da existência de pressupostos que respaldam a ação questionada, com a demonstração de que o interesse público foi o elemento primordial para a conduta estatal. E não é possível entendimento diverso, afinal são os agentes públicos que estão tecnicamente capacitados a objetivar a legalidade do ato duvidoso. Embora a Lei n. 9.784/99 tenha silenciado sobre a inversão do ônus probatório, é fato inconteste a premissa de que qualquer ato administrativo deve ser precedido de avaliações e pareceres que atestem a sua regularidade.¹⁹⁸

¹⁹⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 211-212-213-254.

¹⁹⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, Processo administrativo..., p. 9.

¹⁹⁷ SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *Op. Cit.*, p. 392.

¹⁹⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, Processo administrativo..., p. 9-10.

Antes de concluir a exposição sobre a fase instrutória do processo administrativo disciplinar à luz do princípio da presunção de inocência, é interessante reservar um espaço para a tese apresentada por Osório em relação ao uso de provas ilícitas no contexto do princípio estudado. Nesse sentido segue a reflexão de Osório sobre o tema:

A norma constitucional brasileira não vincula a admissibilidade das provas ilícitas nos processos ao princípio da presunção de inocência, de modo que caberia realmente refletir a respeito dessa suposta vinculação. Se um acusado, em procedimento administrativo sancionador, ou em processo penal, produz provas por meios ilícitos que comprovem cabalmente sua inocência, poderá utilizá-las? Poderá a autoridade competente para o julgamento levar em conta tais provas? E se, abstraída a prova ilícita, resultasse um acervo reprovador satisfatório e suficiente para a condenação? Como se resolveria esse problema?¹⁹⁹

É de conhecimento geral o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil sobre a não permissão do uso de provas obtidas ilicitamente, conforme explicitado no artigo 5º, LVI²⁰⁰. Ao se buscar amparo no direito comparado, também são encontradas, nas lições de Sotomayor, disposições que proíbem a utilização de provas ilícitas em processos administrativos sancionadores:

El primer principio consiste en que las pruebas ilícitas son incapaces de enervar la presunción de inocencia del inculpado. En consecuencia, su resultado no puede ser apreciado por el órgano administrativo decisor.

(...)

El segundo principio consiste en que la mera existencia de una prueba ilícita no determina por sí misma um quebranto de la presunción de inocencia si figuran en el expediente otras pruebas de cargo válidas e independientes de la ilícita que legitiman la imposición de la sanción.²⁰¹

Portanto, a grande questão é o que fazer quando o acusado não cometeu o ato ilícito, entretanto, não possui meios idôneos para provar a sua inocência. A sua culpabilidade é indicada pelo conjunto probatório presente nos autos, todavia, somente com a utilização de meios considerados ilegítimos pela legislação, a vítima (acusado) conseguirá demonstrar a sua inocência.

¹⁹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 419.

²⁰⁰ Artigo 5º, LVI da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁰¹ SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *Op. Cit.*, p. 357–359.

Nesse contexto, Osório propõe que o acusado “poderá ser punido pela obtenção das provas por meios ilícitos, mas a autoridade competente não deverá desconsiderar essa prova no processo, dado que o princípio da presunção de inocência impediria o decreto condenatório”.²⁰²

Ao seguir essa mesma linha, Moreira, ao citar Moniz de Aragão, alerta: “é recomendável a admissão de ‘prova ilegalmente obtida se, ao ver do julgador, esse for o único meio possível e razoável de proteger valores mais urgentes e fundamentais – ‘princípio da proporcionalidade’ (...)”. Prossegue, Moreira, o seu raciocínio pela defesa da razoabilidade na aceitação de provas ilícitas, em situações muito especiais: “O certo é que não faz sentido deixar o ser humano ou a própria sociedade inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível a prova por meios ortodoxos”.²⁰³

Não há dúvidas que se trata de tema complexo e controverso, o qual demandará um aprofundamento doutrinário e jurisprudencial, no entanto, ressalta-se que a presunção de inocência é princípio fundante da ordem jurídica, que irradia efeitos concretos e vinculantes, os quais impõem aos diferentes atores do palco jurídico e administrativo condutas compatíveis com a força coesiva do princípio.²⁰⁴

c) Julgamento: Nessa fase cabe ao julgador buscar a verdade real. A presunção de inocência esparge efeitos concretos e vincula o julgador (subjetiva e objetivamente), em especial, no momento de impor decisões aflitivas ao acusado.²⁰⁵

Não será possível ao julgador decidir qualquer questão que não tenha passado pelo crivo do contraditório, ou seja, o debate exercido pelas partes constitui elemento essencial para respaldar o seu convencimento. Se o ponto a ser julgado não obedeceu ao princípio constitucional, caberá a autoridade julgadora submetê-lo para debate entre as partes, sob pena de nulidade da futura decisão. Além desse aspecto essencial, deve-se atentar para que todos os elementos de prova, carreados ao processo de forma isonômica, sejam apreciados e objetivamente avaliados pela autoridade julgadora. A decisão resultante dessa avaliação deve ser formalmente motivada, conforme determina a ordem jurídica vigente em nosso País.²⁰⁶

²⁰² OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 420.

²⁰³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. Cit.*, p. 366.

²⁰⁴ OSÓRIO, Fábio Medina, *Op. Cit.*, p. 420.

²⁰⁵ OSÓRIO, Fábio Medina, *Idem*.

²⁰⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 291.

Embora a Lei n. 8.112/90 não determine em seus dispositivos a realização de uma audiência final para o servidor acusado, antes do julgamento, como derradeira tentativa de convencimento de sua inocência perante a autoridade julgadora, tal providência parece ser a mais adequada para o pleno exercício da ampla defesa em julgamentos contraditórios.²⁰⁷

No entanto, mesmo com posições claras e favoráveis da doutrina, os tribunais adotam decisões que vão de encontro à necessidade de alegações finais no processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, colaciona-se recente manifestação, datada de 08 de maio de 2013, do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

DIREITO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO INTERESSADO APÓS O RELATÓRIO FINAL DE PAD.

Não é obrigatória a intimação do interessado para apresentar alegações finais após o relatório final de processo administrativo disciplinar. Isso porque não existe previsão legal nesse sentido. Precedentes citados: RMS 33.701-SC, Primeira Turma, DJe 10/6/2011; e MS 13.498-DF, Terceira Seção, DJe 2/6/2011. MS 18.090-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 8/5/2013.²⁰⁸

Para finalizar a análise da fase de julgamento, destaca-se que ao julgador caberá a adoção da interpretação mais favorável ao acusado, quando possível mais de uma interpretação no contexto processual. Nessa linha, segue a manifestação de Bacellar Filho: “Se o julgador se deparar com mais de uma interpretação possível em relação às circunstâncias do processo, deverá necessariamente adotar a mais favorável ao acusado, sob pena de violação da Constituição Federal”.²⁰⁹

Na configuração de um estado democrático de direito é imprescindível que o ente estatal observe a presunção de inocência, afinal esse princípio é inerente à opção política e aos valores defendidos na Lei Suprema. A presunção de inocência deve espargir, por todo o sistema jurídico (constitucional e infraconstitucional), o seu conteúdo axiológico e funcionar como um catalisador para a efetividade de um ordenamento fortemente calcado na justiça e no respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.²¹⁰

²⁰⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 295–296.

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 18.090-DF, Min. Humberto Martins. **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 21 de maio de 2013. Brasília, DF: 2013.

²⁰⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 378–379.

²¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem*.

2.3 A REPERCUSSÃO DA ABSOLVIÇÃO CRIMINAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Ao tratar da temática referente às repercussões das decisões penais absolutórias, surge a necessidade da apreciação das implicações decorrentes do princípio do *non bis in idem* no âmbito do direito administrativo disciplinar. Esse estudo é fundamental para o correto entendimento do funcionamento das aplicações de sanções administrativas e penais no Brasil e no Direito Estrangeiro. Tal afirmativa é respaldada pela doutrina de Osório: “Insistimos de tal sorte, no seguinte ponto: pensar o *non bis in idem* é acima de tudo, refletir sobre as delicadas relações entre as esferas penal e administrativa, problema que não é novidade no Brasil ou no exterior”.²¹¹

O *non bis in idem* no Direito Espanhol, por exemplo, é reconhecido como um dos mais importantes princípios que atuam em conjunto com os princípios da proporcionalidade, da coisa julgada e da segurança jurídica. Nessa linha, apresenta-se a assertiva de María Jesús Gallardo Castillo em relação ao sistema jurídico espanhol:

Así, pues, nos encontramos ante uno de los principios más importantes de nuestro ordenamento – no sólo – administrativo, que puede considerarse como una de las más genuínas manifestaciones del Estado de Derecho y una garantía de los derechos de los ciudadanos, y del que poco se sabe.²¹²

Para uma compreensão adequada do que vem a ser o princípio em estudo, apresentam-se definições elaboradas pela doutrina administrativista. Nesse sentido se manifesta Ferreira: “(...) é o chamado *non bis in idem*, consoante o qual, num Estado Democrático de Direito, ninguém pode ser ‘reiteradamente’ sancionado por um mesmo ilícito”.²¹³

A Administração Pública deve respeitar o princípio ao não impor, a quem já sofreu uma primeira sanção, nova sanção pela mesma conduta. Nas palavras de Mello: “É dizer, uma vez imposta a sanção administrativa, esgota-se a competência

²¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina Osório. *Op. Cit.*, p. 282.

²¹² CASTILLO, MARÍA JESÚS GALLARDO. **Los principios de la potestade sancionadora** – teoría y práctica. 1. ed. Madrid – Espanha, 2008, p. 292.

²¹³ FERREIRA, Daniel. *Op. Cit.*, p. 133.

punitiva atribuída à Administração Pública, não sendo lícita a imposição de nova sanção pelo mesmo fato”.²¹⁴

Para Ferraz e Dallari somente em casos em que a lei previamente prevê a sua exclusão é possível não considerar a incidência do princípio:

Uma mesma ilicitude não pode dar azo à incidência de duas ou mais medidas sancionatórias de cunho administrativo. Trata-se de magistério já consagrado pelo STF em sua Súmula 19. A jurisprudência só admite duplicidade ou multiplicidade sancionatória, num mesmo campo, quando a própria lei assim o estatui. Importante considerar que não há *bis in idem* quando a Administração aplica, preliminar e provisoriamente, medida cautelar (por exemplo, afastamento do exercício do cargo por até 60 dias) a servidor que mais tarde seja punido, pela constatação da falta que também motivara a medida cautelar.²¹⁵

Osório busca na doutrina espanhola outra importante fonte referencial para tratar do tema. Segundo o doutrinador, na Espanha o *non bis in idem* recebe tratamento de “princípio geral de direito”, atuando em conjunto com os princípios da proporcionalidade e da coisa julgada. Com essa perspectiva ocorre a proibição de aplicação de efeitos punitivos, “nos quais se dê uma identidade de sujeitos, fatos e fundamentos”, seja em uma ou diferentes esferas sancionatórias, não se permite a imputação de sanções em dois ou mais procedimentos, e desde que não ocorra uma relação de supremacia especial da Administração Pública.²¹⁶

Ao avançar um pouco mais na análise comparativa com o Direito Espanhol, destaca-se a manifestação de Castillo sobre as características do princípio em estudo:

El principio *non bis in idem* cobra tal importancia en nuestro Estado de Derecho que no es dable consentir su tratamiento como si de un simple principio informador de la potestad sancionadora se tratara, sino como un derecho fundamental que, como tal, merece una más correcta y escrupulosa aplicación por parte de los operadores jurídicos y que está llamado a convertirse en un auténtico mandato al legislador a la hora de describir los tipos sancionadores y de preservar los distintos bienes jurídicos merecedores de protección. Entiendo que sólo así podrá estarse en condiciones de ofrecer a los ciudadanos, con la necesaria dosis de certeza y fiabilidad, este principio como una verdadera garantía constitucional sin temer correr el riesgo de acabar asumiendo las consecuencias de un

²¹⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. O regime jurídico das sanções administrativas. **Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil** – Seção do Paraná – n. 4 – Ago/Dez, 2009, p. 163–164.

²¹⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 257.

²¹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 301.

defectuoso funcionamiento de los distintos poderes públicos con potestades punitivas.²¹⁷

Lembre-se que é no sistema constitucional que se encontra estabelecido o *non bis in idem* de forma articulada e integrada. Ele se conecta com valores constitucionais imperiosos, entre os quais se destacam: a segurança jurídica, a racionalidade, a coerência, a boa-fé e, acentuadamente, o princípio da justiça que deve absorver a culpabilidade. Literalmente assim se expressa Osório: “Esse princípio de vedação ao *bis in idem* se reconduz com força ao postulado da proporcionalidade, que permeia todo o Estado Democrático de Direito, nele se integrando e dele derivando”.²¹⁸

A relação estabelecida com o princípio da proporcionalidade é reforçada por Mello que aduz: “Outro corolário do princípio da proporcionalidade é o *non bis in idem*, princípio que veda a cumulação de sanções. Ninguém pode ser reiteradamente punido pela prática de uma mesma conduta, reza o princípio do *non bis in idem*”.²¹⁹

Feito o reconhecimento inicial das características do princípio em estudo, é prudente examinar situações em que a doutrina e a jurisprudência relativizam a sua incidência. Nesse caminho adentra-se no ponto focal desse tópico em estudo, ou seja, parte-se para a avaliação específica da repercussão da sentença absolutória no campo penal e seus efeitos no processo administrativo disciplinar.

A doutrina majoritária e a jurisprudência atual²²⁰ informam que não há incompatibilidade, em situações específicas, na aplicação de uma penalidade penal e uma administrativa. No entanto, é preciso atentar para o fundamento absolutório e avaliar as suas consequências. O Código de Processo Penal, no artigo 386²²¹, descreve os diferentes fundamentos absolutórios.²²²

²¹⁷ CASTILLO, María Jesús Gallardo. *Op. Cit.*, p. 294-295.

²¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 296.

²¹⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, O regime jurídico..., p. 163.

²²⁰ Mandado de segurança n. 22.899: É tranqüila a jurisprudência desta Corte no sentido da independência das instâncias administrativa, civil e penal, independência essa que não fere a presunção de inocência, nem os artigos 126 da Lei 8.112/90 e 20 da Lei 8.429/92. (...). Mandado de segurança indeferido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Min. Moreira Alves. **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 16 de maio e 2003. Brasília, DF: 2003.

²²¹ Artigo 386 do Código de Processo Penal: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII –

Nesse sentido, segue ementa de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, reproduzida parcialmente, com manifestação das independências das instâncias quando a absolvição penal for decorrente de ausência de provas:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PERDA DE CARGO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. ILÍCITO PENAL. ART. 316 DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. PROVAS EMPRESTADAS. POSSIBILIDADE OBSERVADO O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. NÃO VINCULAÇÃO DA ESFERA PENAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (...) 3. Se a absolvição ocorreu por ausência de provas, a administração não está vinculada à decisão proferida na esfera penal, porquanto a conduta pode ser considerada infração administrativa disciplinar, conforme a iterativa jurisprudência desta Corte, no sentido de que, a sentença absolutória na esfera criminal somente repercute na esfera administrativa quando reconhecida a inexistência material do fato ou a negativa de sua autoria no âmbito criminal. Precedentes. 4. Como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, "há hipóteses em que os fundamentos da decisão absolutória na instância criminal não obstam a responsabilidade disciplinar na esfera administrativa, porquanto os resíduos podem veicular transgressões disciplinares de natureza grave, que ensejam o afastamento do servidor da função pública" (ARE 664930 AgReg, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012, Acórdão Eletrônico DJe-221 DIVULG 08-11-2012 PUBLIC 09-11-2012). (...) 6. Recurso especial improvido.²²³

Ao adotar essa mesma linha, assevera Mello: "Por outro lado, o princípio do *non bis in idem* não impede a cumulação de sanção administrativa com sanção penal. Uma mesma conduta pode ser tipificada pelo legislador como infração administrativa e como crime".²²⁴ Ferreira, também, ao abordar a cumulação entre penas administrativas e criminais assim se manifesta:

Para nós não há qualquer proibição, constitucional ou legal, de se impor, cumulativamente, consequências restritivas de direitos a um administrado através de uma pena (criminal) e uma sanção administrativa, bastando para tanto que seu comportamento tenha configurado uma conduta reprovável para essas duas ordens normativas.²²⁵

Portanto, nessa linha de entendimento, podem existir situações que permitem a cumulação de sanção administrativa e sanção penal decorrentes da

não existir prova suficiente para a condenação". BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689. **Diário Oficial da União**. Publicado em 13 de outubro de 1941. Brasília, DF: 1941.

²²² OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 284.

²²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1323123/SP. Relator Min. Humberto Martins, Segunda Turma. **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 16 de maio de 2013. Brasília, DF: 2013.

²²⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, O regime jurídico..., p. 165.

²²⁵ FERREIRA, Daniel. *Op. Cit.*, p. 133.

mesma conduta infracional, ou seja, um mesmo comportamento pode acarretar a instauração de um processo administrativo (visando eventual imposição de sanção administrativa) e um processo judicial (para eventual imposição de sanção penal).²²⁶

Sendo assim, cabe definir se todas as situações são passíveis de cumulação sancionatória ou se há exceções. Deve-se verificar também se esse posicionamento jurisprudencial e doutrinário está alicerçado em uma interpretação respeitosa aos comandos constitucionais, em especial, com as garantias assecuratórias dos direitos fundamentais do cidadão e com o Estado Democrático de Direito, valores tão caros à nação brasileira.

A Lei n. 8.112/90 dispõe no artigo 125: “As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si” e no artigo 126: “A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”. Ao analisar esse conteúdo da Lei, Bacellar Filho conclui:

(...) No caso em tela, a presunção de inocência exprime um princípio constitucional específico, que deve nortear a hermenêutica da legislação infraconstitucional: os arts. 125 e 126 da Lei n. 8.112/90”. Sobre o art. 125, deve-se registrar que a independência das instâncias a que se refere o dispositivo admite a possibilidade de cumular sanções de diferentes naturezas sem se incidir em *bis in idem*, o que não implica deduzir que uma esfera jamais poderá influenciar as demais. Quanto ao art. 126, o fato de o legislador não ter feito menção à absolvição por insuficiência de provas ou, mesmo, à extinção da punibilidade pela prescrição, não quer significar que as sentenças penais absolutórias alicerçadas nesses fundamentos não devam repercutir sobre a eventual aplicação de sanção no processo disciplinar.²²⁷

Enfim, nos casos das sentenças penais absolutórias, definidoras da inexistência do crime ou configuradoras de circunstâncias excludentes do crime, é pacífica e incontroversa a repercussão por todas as esferas (extrapenal, judicial ou administrativa), desqualificando eventuais peças acusatórias ainda existentes. Tais efeitos são decorrentes da necessidade, estabelecida em um Estado Democrático de Direito, de unidade e coerência interna no sistema jurídico estatal, em especial, quando presentes fundamentos absolutórios concretamente determinantes. Não há

²²⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, Princípios constitucionais..., p. 215.

²²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 383.

dúvidas que deverá se estender as consequências dessas sentenças penais para a esfera administrativa.²²⁸

Destarte, não pode ser considerada como absoluta a independência das instâncias. Nesse contexto assevera Mello: “Com efeito, não é permitido à Administração Pública ignorar decisão judicial que, em processo penal, absolve o réu pelo reconhecimento (i) da inexistência do fato ou (ii) da negativa da autoria”. E não poderia ser outro o entendimento, afinal se já houve uma definição pela esfera penal da não existência de determinada conduta infracional, e se, mesmo assim, a Administração impusesse uma sanção para a mesma situação tipificada, configuraria uma situação inadmissível. Essa decisão, necessariamente, seria submetida ao controle jurisdicional, o qual já firmou posição sobre o tema. Não seria razoável, portanto, defender a independência das instâncias nesse contexto.²²⁹

Há, no entanto, outras situações decorrentes da absolvição criminal que não comportam uma avaliação pacífica e incontroversa sobre os efeitos do *non bis in idem*. Considerável parcela da doutrina e da jurisprudência entende que a manifestação de absolvição por insuficiência de provas na esfera penal, não vincula à Administração Pública.

Quando o juiz penal afirma na sentença que há dúvida em relação à autoria do fato, para Osório, nesses casos, poderá “(...) persistir eventual ação civil por improbidade administrativa e procedimento ou processo administrativo apuratório da respectiva infração. Não há reflexos da sentença penal absolutória no terreno extrapenal, necessariamente”.²³⁰

O entendimento atual no âmbito doutrinário e jurisprudencial é no sentido de não haver repercussão da sentença penal absolutória por insuficiência de provas no âmbito administrativo disciplinar. O próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou no seguinte sentido:

O exercício do poder disciplinar pelo Estado não está sujeito ao prévio encerramento da *persecutio criminis* que venha a ser instaurada perante órgão competente do Poder Judiciário. As sanções penais e administrativas, qualificando-se como respostas autônomas do Estado à prática de atos ilícitos cometidos pelos servidores públicos, não se condicionam reciprocamente, tornando-se possível, em consequência, a imposição da punição disciplinar independentemente de prévia decisão judicial da

²²⁸ OSÓRIO, Fábio Medina Osório. *Op. Cit.*, p. 284–285.

²²⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. Cit.*, Princípios constitucionais..., p. 216.

²³⁰ OSÓRIO, Fábio Medina Osório. *Op. Cit.*, p. 286.

instância penal. Com a só exceção do reconhecimento judicial da inexistência de autoria ou da inocorrência material do próprio fato, ou, ainda, da configuração das causas de justificação penal, as decisões do Poder Judiciário não condicionam o pronunciamento censório da administração pública.²³¹

Com base nesse posicionamento de parcela da doutrina e da jurisprudência em relação à absolvição por insuficiência de provas, o acusado fica numa situação de extremo desconforto, afinal, não é declarado nem culpado nem inocente, está condenado a ser um “eterno suspeito”. Tal situação fere, com toda a certeza, o princípio da presunção de inocência, já que a absolvição, nesses termos, não se estende para a esfera administrativa. A interpretação em conformidade com a Constituição Federal indica que deve ser adotada nesses casos, não somente o *in dubio pro reo*, mas o princípio da presunção de inocência em sua plenitude. O *in dubio pro reo* somente beneficiará o acusado nas situações de dúvidas, já a presunção de inocência (com todas as suas significâncias) considera inocente o acusado, mesmo quando absolvido por insuficiência de provas.²³²

É notório que existem interpretações divergentes quanto à extensão, à abrangência ou em relação à conformação jurídica da presunção de inocência, todavia, para Bacellar Filho não há dúvidas que “a redação do texto constitucional é cristalina quando determina que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’”. Sustenta o doutrinador paranaense que deve necessariamente ser inocentado na seara disciplinar o servidor público que for inocentado por insuficiência de provas em sentença penal, pois não houve comprovação cabal da conduta infracional do servidor acusado.²³³

Em concordância com essa linha argumentativa, Castillo citando Quintero Olivares, afirma que, nessas situações controversas, há grande perigo para a segurança jurídica e também para a efetividade da decisão da esfera jurisdicional:

Comparto plenamente la opinión de este autor cuando afirma que << podría entenderse que la fuerza absolutória de la sentencia, en el sentido del art. 118 de la Constitución, cierra el paso a todo intento sancionatório, sin que la Administración pueda permitirse entrar en el análisis de si la absolución se funda en uno u otro motivo >>, pues esta posibilidad entrañaría grandes peligros para la seguridad y para el respeto a la primacía del Poder Judicial

²³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 381.

²³² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Ibidem*, p. 379.

²³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Ibidem*, p. 382.

y para lo que, cabría añadir, es más que dudosa la habilitación de la Administración para legítimamente realizarlo.²³⁴

Lembre-se que não há, de fato, hierarquia nas decisões absolutórias e a interpretação, definidora de pesos para os fundamentos da inocência, fere diretamente a presunção de inocência. Deve-se ter em conta, nas situações em que a esfera administrativa esteja julgando uma infração também configurada como ilícito penal, que a Constituição Federal estabelece a prevalência da esfera penal, ou seja, há reserva de jurisdição. Conforme os ensinamentos de Bacellar Filho: "(...) somente se poderá considerar alguém como culpado pela prática de um crime após o enfrentamento de um julgamento levado a efeito por órgão do Poder Judiciário, em que se tenha seguido o devido processo legal".²³⁵

Essa reserva de jurisdição impede que a Administração Pública declare a culpabilidade de um agente público por um crime tipificado na legislação penal, sem que tenha uma sentença penal condenatória sobre o caso em exame. A constituição Federal de 1988 reservou tal competência para o Poder Judiciário, sendo inconstitucional qualquer condenação que afronte esse dispositivo vinculante.²³⁶

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça corrobora a argumentação apresentada por Bacellar Filho. Em virtude da importância dessa sentença e do efeito didático da ementa, toma-se a liberdade de reproduzi-la de forma integral:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE DE POLÍCIA. HOMICÍDIO. ATO DEMISSÓRIO ALICERÇADO EXCLUSIVAMENTE EM TIPO PENAL. DEMISSÃO ANTES DE RESPOSTA, EM DEFINITIVO, DA INSTÂNCIA PENAL. INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DECISÃO ABSOLUTÓRIA NO JUÍZO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE FALTA RESIDUAL. COMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS. RECURSO PROVIDO.

1. O ilícito tomado como ensejador da aplicação da penalidade de demissão (art. 31, XLVIII, da Lei n. 6.425/72) é notadamente dependente da efetiva ocorrência de uma infração penal, tipificada pelas leis penais.

2. Inobstante a independência das instâncias penal e administrativa, estando o ato demissório alicerçado exclusivamente em tipo penal, imprescindível é que haja provimento condenatório com trânsito em julgado para que a demissão seja efetivada, sob pena de patente infringência ao princípio da presunção de inocência, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII, da Constituição Federal).

3. O recorrente foi absolvido na esfera penal, perante o 1º Tribunal do Júri da Comarca de Recife, do crime de homicídio que lhe foi imputado, por

²³⁴ CASTILLO, María Jesús Gallardo. *Op. Cit.*, p. 311.

²³⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 380.

²³⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem.*

estar amparado pela excludente da legítima defesa (art. 23, II, Código Penal), hipótese na qual não há crime. Nesta hipótese, não havendo o recorrente incidido na prática de qualquer infração penal, forçoso que se reconheça a não incidência do mesmo na transgressão disciplinar prevista no art. 31, XLVIII, da Lei n. 6.425/72, vez que esta requer, para sua materialização, a efetiva prática de uma infração penal.

4. Inocentado do ilícito penal que lhe foi imputado, não há que se falar na existência da chamada "falta residual" a que se refere a Súmula 18 - STF. Não havendo - como não há - falta residual, a absolvição na esfera criminal repercute na órbita administrativa, conforme inteligência a contrario sensu da Súmula 18 do STF.

5. Recurso conhecido e provido.²³⁷

Portanto, se até a emanção de uma sentença condenatória penal irrecorrível, conforme comando constitucional, ninguém pode ser considerado culpado, seria totalmente equivocado atribuir, antecipadamente, ao cidadão uma conduta criminosa no âmbito administrativo disciplinar.

O princípio da presunção de inocência, conjugado com o devido processo legal e outras garantias contra ações arbitrárias do Estado, determina que não é possível imputar qualquer comportamento, tipificado como criminoso, sem ter por base robusto feixe de provas que determine, de forma insofismável, a culpabilidade do investigado no âmbito judicial.

Qualquer condenação isolada na esfera disciplinar para condutas tipificadas como crime é inegavelmente inconstitucional. Também não é razoável ou proporcional atribuir sanções com base na existência de ações penais em curso, ainda não definitivamente julgadas²³⁸, pois tal fato é totalmente contrário ao que prescreve a Constituição Federal.²³⁹

Para uma melhor compreensão dessa perspectiva, segue a contribuição da doutrina espanhola de Castillo:

(...) En definitiva, desde esta perspectiva, no resulta admisible la adición de un nuevo reproche punitivo cuando concurren las << tres identidades >> que constituyen su presupuesto de hecho: sujeto, hecho y fundamento jurídico. Junto a esta consideración la STC 177/1999, de 11 de octubre, viene a reconocer que el cumplimiento de esta vertiente material encuentra su utilidad directa en beneficio del principio de tipicidade, es decir, << la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionador del Estado ante la eventual

²³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 14.405/PE. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Sexta Turma. **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 01 de julho de 2013. Brasília, DF: 2013.

²³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 795.174/DF. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma. **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 01 de março de 2010. Brasília, DF: 2010.

²³⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 385.

comisión de un hecho ilícito >>; cometido garantista que << devendría inútil si esse mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita >>.²⁴⁰

Portanto, para que não reste dúvida em relação ao que foi apresentado, que um dos pontos essenciais dessa convicção é que as situações fáticas investigadas devem se referir aos mesmos objetos, no entanto, se, eventualmente, os objetos forem diferentes, não haverá reserva de jurisdição e as instâncias serão devidamente independentes. Nas palavras de Bacellar Filho:

Por fim, saliente-se, para espancar qualquer dúvida, que não se trata de afirmar que para a aplicação de pena em processo administrativo disciplinar deva sempre ter havido condenação penal anterior; tal exigência só se fará necessária nos casos em que, no processo disciplinar, o servidor esteja sendo acusado de ter praticado um delito criminal, cujo enunciado configure, na exatidão e proporção, também falta funcional. Em tais casos, o processo administrativo deverá aguardar a solução definitiva do processo criminal, e, concluindo-se pela absolvição do acusado com base em qualquer fundamento que se adote, ele necessariamente será absolvido no processo disciplinar. Nem se alegue que tal providência haverá de inviabilizar a atuação administrativa nesses processos eternizando as suas conclusões. Afinal, quando aludimos à dignidade da pessoa humana, estamos ou não a cuidar de um componente de especial significação?²⁴¹

Contrapõe-se, todavia, as formulações do doutrinador paranaense, a tese defendida por Osório em relação ao tratamento a ser dado pelo Direito Disciplinar aos servidores públicos. Osório defende que deve existir um tratamento substancialmente rigoroso para os casos de improbidade administrativa, de forma a relativizar e mitigar a incidência do princípio do *non bis in idem* e confirmar a independência das instâncias administrativas e penais. Nesse contexto, devem ser aplicadas, aos servidores públicos, com maior rigor, as punições disciplinares e penais, em especial nos casos de improbidade administrativa, por conta da interpretação a ser dada ao artigo 37, § 4º, da Constituição de 1988: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.²⁴² Ainda em relação ao princípio do *non bis in idem*, sustenta o autor:

²⁴⁰ CASTILLO, María Jesús Gallardo, *Op. Cit.*, p. 296.

²⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. Cit.*, p. 384.

²⁴² OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 289.

A tutela da probidade encontra guarida num modelo punitivo mais rigoroso, com menor espaço ao princípio do *non bis in idem* por força do comando constitucional ostensivo. Há que se reconhecer os desdobramentos necessários aos comandos dos textos constitucionais, sob pena de os intérpretes desconhecerem limites democráticos às suas atividades.²⁴³

Nessa linha argumentativa, a mitigação do *non bis in idem*, no caso da tutela da improbidade, acarretará uma maior cautela e necessário rigor para disciplinar as interferências recíprocas entre as diferentes esferas de atuação sancionatória.²⁴⁴

Destaca ainda Osório: “(...) o texto constitucional, ao preocupar-se com a patologia social da improbidade administrativa, avançou e relativizou o princípio do *non bis in idem*, enfraquecendo-o nesse cenário tão especializado em homenagem à preservação de outros valores”.²⁴⁵ Afirma que no Direito espanhol, em que pese a amplitude do princípio do *non bis in idem*, essa garantia não se estende às relações disciplinares, pois não adentra o núcleo do Direito Disciplinar de modo similar às outras sanções administrativas, mesmo porque é possível que autoridades de ordens distintas analisem um mesmo fato por perspectivas e valorações diversas, sempre com respeito, por evidente, ao princípio da proporcionalidade e aos limites da tipicidade proibitiva.²⁴⁶

Aduz Osório que a limitação indicada pelo Direito Espanhol, em sua concepção, deve ser adotada no Direito brasileiro, pela similitude das situações existentes. O âmbito disciplinar possui características muito próprias, com aspectos significativos de sujeição especial. Justifica-se a diferenciação de tratamento em relação à esfera penal pelo propósito da medida gravosa. Enquanto que no âmbito disciplinar, a finalidade é a correição (educar, prevenir, castigar com objetivos internos, reinserir o servidor), no penal é reprimir o ato criminoso com vistas a evitar novos comportamentos ilegais. O ato de correição traduz-se como pontos distintivos dos regimes disciplinares, os quais não excluem outras singularidades do ato.²⁴⁷

Nessa perspectiva finalística afirma que a vocação disciplinar é voltada para a ordem interna da Administração Pública, focada no relacionamento hierárquico entre os atores envolvidos (autoridade administrativa e servidor acusado). Há necessidade de uma estrutura hierarquizada e respeito aos valores institucionais.

²⁴³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 334.

²⁴⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Ibidem*, p. 332-333.

²⁴⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Ibidem*, p. 289.

²⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Ibidem*, p. 303.

²⁴⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Ibidem*, p. 303-306.

Cabem, nesse contexto, sanções concomitantes do Direito Penal com o Direito Disciplinar e até mesmo com outras vertentes do Direito Administrativo Sancionador. Portanto, não é o caso de falar em mesma natureza factual ou normativa, ou nas mesmas razões que respaldem as sanções aplicadas, pois há diferentes valores e interesses a serem protegidos com graus diferentes de escalonamento.²⁴⁸

Ao confrontar a visão restritiva à presunção de inocência apresentada por Osório com a visão ampliada defendida por Bacellar Filho, vislumbram-se questões importantes a serem respondidas e que definirão qual o melhor posicionamento a ser adotado. Pergunta-se: Os servidores públicos devem ser tratados diferentemente do cidadão comum em relação às garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal? É possível apartar determinada categoria laboral, de modo a incidir sobre ela uma resposta estatal mais contundente e com limitações aos princípios constitucionais tão caros ao Estado Democrático de Direito?

Para uma melhor compreensão da importância dessas questões é importante reproduzir literalmente o conteúdo do caput do artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Ao indicar a mitigação dos princípios da presunção de inocência e do *non bis in idem* para os servidores públicos acusados de improbidade ou de qualquer outra infração administrativa disciplinar, incide-se em claro confronto com o princípio da igualdade.

Não foi por acaso que a Constituição já em seu início proclamou que todos são iguais perante a lei, e nesse sentido Celso Ribeiro Bastos assevera:

O atual artigo isonômico teve trasladada a sua topografia. Deixou de ser um direito individual tratado tecnicamente como os demais. Passou a encabeçar a lista destes direitos, que foram transformados em parágrafos do artigo igualizador.

Esta transformação é prenhe de significação. Com efeito, reconheceu-se à igualdade o papel que ela cumpre na ordem jurídica.

Na verdade, a sua função é a de um verdadeiro princípio a informar e a condicionar todo o restante do direito. É como se tivesse dito: assegura-se o direito de liberdade de expressão do pensamento, respeitada a igualdade de todos perante este direito.

²⁴⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 324.

Portanto, a igualdade não assegura nenhuma situação jurídica específica, mas na verdade garante o indivíduo contra toda má utilização que possa ser feita da ordem jurídica.

A igualdade é, portanto, o mais vasto dos princípios constitucionais, não se vendo recanto onde ela não seja impositiva.²⁴⁹

Pode-se concluir dessa significativa exposição sobre o princípio da igualdade, que é desproporcional mitigar princípios constitucionais elementares com a finalidade de reduzir o seu alcance e profundidade para determinado segmento social.

Lembre-se que o regime jurídico estabelecido na Lei 8.112/90 refere-se ao servidor público federal, no entanto, o trabalhador da área privada (em regra) obedece ao regramento jurídico previsto na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Portanto, a CLT e a Lei 8.112/90 já efetivam uma distinção, na medida das igualdades e desigualdades, entre esses diferentes trabalhadores. Tais distinções, no entanto, não permitem concluir que os princípios constitucionais não alcancem em sua plenitude os servidores públicos. Não há na Constituição ou na legislação infraconstitucional quaisquer indicativos que justifiquem eventual limitação na aplicação de princípios constitucionais aos servidores públicos.

A condição de servidor público pode até justificar uma pena mais elevada como decorrência de circunstâncias agravantes ou qualificadoras inerentes ao seu regime jurídico. Mas em respeito ao princípio da legalidade, tais situações já devem ser previamente previstas no ordenamento jurídico. Alerta-se, no entanto, que uma punição mais severa só poderá ser aplicada, após o reconhecimento definitivo da sua culpabilidade.

Na apuração da culpabilidade do agente público não é possível prescindir da plena aplicação dos princípios e comandos constitucionais. O cidadão, servidor público ou não, só pode ser considerado culpado com a comprovação adequada da sua conduta dolosa (ou mesmo culposa em situações mais raras previstas em lei) e essa comprovação exige a observância absoluta dos princípios constitucionais vigentes.

²⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. A nova redação do princípio da isonomia. In: BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 12–13.

Importantes e elucidativas são as afirmações de Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, ao avaliarem o alcance da Lei de Improbidade Administrativa:

O uso da Lei de Improbidade Administrativa não pode transformar os acusados em automaticamente culpados, antes de devidamente processados e condenados. Os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal e, especialmente, o da presunção de inocência devem ser respeitados e são essenciais à preservação do regime democrático.²⁵⁰

Para ampliar essa avaliação, Lima apresenta uma importante correlação entre os ilícitos administrativos e penais e os princípios intimamente ligados a essa relação:

Correlacionam-se os ilícitos administrativos e os ilícitos penais. Verificada a unidade entre os processos administrativo e judicial, aplicam-se os princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, a saber: a) princípio da culpabilidade; b) inexigibilidade de outra conduta; c) teoria da imputação objetiva; d) princípio da anterioridade; e) princípio da retroatividade da lei mais benéfica; f) princípio da taxatividade; g) princípios da proporcionalidade e razoabilidade; h) princípio da adequação social; i) princípio da insignificância; j) princípio do juiz natural; k) princípios do devido processo legal e ampla defesa; l) princípio da vedação da *reformatio in pejus*; m) princípio da presunção de inocência; n) princípio da duração razoável do processo; o) princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos; e p) princípio da individualização da pena.²⁵¹

Com base no que foi até aqui exposto, observa-se que o princípio da presunção de inocência se comunica intimamente com os princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da motivação das decisões administrativas, entre outros importantes princípios. Nesse sentido, pergunta-se novamente: É possível entender que a Constituição Federal excluiu os servidores públicos de parcela das garantias constitucionais? Os seus direitos são mais disponíveis do que o do cidadão comum?

Em uma avaliação proporcional e focada na justiça e na razoabilidade esperada da aplicação do Direito, a resposta deve ser não! Qualquer interpretação razoável deve partir da concepção de que o investigado, até prova em contrário, é inocente e neste diapasão não se pode conceber qualquer tratamento diferenciado

²⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Mendes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 255.

²⁵¹ LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Op. Cit.*, p. 447.

para uma classe de cidadãos, inferindo, preliminarmente, a sua provável culpabilidade. Aproveita-se, nesse sentido, a manifestação de Castillo sobre as consequências da desproporcionalidade de tratamento no âmbito do princípio do *non bis in idem*: “Todo lo cual es susceptible de traducirse en lo que podría percibirse por el ciudadano como un incomprensible retroceso y un empobrecimiento en sus garantías y derechos; un riesgo y precio que entiendo ciertamente inasumible en un Estado de Derecho como el nuestro”.²⁵²

O Direito Penal como a *ultima ratio* exige um maior rigor probatório e de meios para a aplicação de sanções afitivas aos acusados. Parece ser adequado que esse modelo seja estendido ao direito disciplinar, em especial, quando a conduta e tipificação legal são as mesmas nas duas esferas. Em conformidade com a Constituição Federal o cidadão somente pode ser considerado culpado, pela prática de um crime, com a devida sentença penal condenatória da qual não caiba mais recurso. Com a absolvição penal, independentemente dos fundamentos, devem ser estendidos os seus efeitos a esfera punitiva disciplinar.

A sociedade humana ocidental, com o passar dos séculos, evoluiu no sentido de equilibrar as relações do indivíduo com o Estado Soberano. Muitos deram a sua vida para garantir essa conquista democrática e igualitária e qualquer retrocesso nesse processo pode ser extremamente danoso e arriscado. Aceitas essas mitigações de princípios constitucionais, o risco estará sempre presente, pois em uma primeira etapa diminuem o alcance de princípios como a presunção de inocência e a igualdade e, após algum tempo, sem constatar avanços para a sociedade - dado que a diminuição dos efeitos dos princípios não contribui para a evolução social e humana -, surgem novos defensores de um Estado autoritário e absoluto para proclamar que são necessárias novas medidas restritivas com vistas a um “mundo melhor”. Todos conhecem esse enredo e as suas tristes consequências.

O sistema jurídico, embasado constitucionalmente, não pode sofrer pela incapacidade do Estado em criar mecanismos preventivos que impeçam a prática delituosa de seus agentes. Diante da acusação de um desvio de conduta criminoso, cabe ao Estado demonstrar, peremptoriamente, a culpabilidade do acusado. Nesse processo apuratório, todos os direitos e garantias, assegurados ao servidor público acusado, devem ser respeitados.

²⁵² CASTILLO, María Jesús Gallardo. *Op. Cit.*, p. 320.

Não há dúvidas que o corrupto, o infrator, o ímprobo, ou seja, todos os criminosos do âmbito administrativo devem ser punidos. O atual clamor das ruas indica que a tolerância com o Estado arbitrário e corrompido chegou ao seu limite, mas não é possível adotar a máxima de que “os fins justificam os meios”. O meio deve ser adequado e legalmente exercido, sob pena de corroer toda a estrutura jurídica. Afinal um meio inadequado pode até ser, eventualmente, usado para um fim nobre, entretanto, ocorre com maior frequência a sua utilização para fins autoritários, ilegais e sombrios.

Espera-se que a doutrina e a jurisprudência aprimorem os seus métodos interpretativos e hermenêuticos para a construção de um sistema jurídico realmente afinado com as disposições constitucionais, as quais emanam direitos e garantias fundamentais a serem aplicados em sua plenitude.

CONCLUSÃO

Nessa etapa final do trabalho, serão apresentados os principais pontos que sintetizam as conclusões do autor em cada um dos tópicos apresentados nas diferentes etapas dessa monografia. Essa conclusão está organizada conforme a ordem cronológica de apresentação e expõe um resumo das principais considerações (com base na doutrina e jurisprudência) realizadas ao longo do trabalho.

1. O cidadão brasileiro, em suas atividades pessoais e profissionais, relaciona-se, diuturnamente, com a Administração Pública. Essa relação é marcada por momentos conflituosos ou de interferência do ente estatal em sua liberdade ou em seu domínio econômico, desse modo, a Constituição Federal estabelece uma série de disposições para equilibrar essa relação. A Constituição de 1988 estendeu o alcance do processo para a seara administrativa ao definir uma série de garantias ao cidadão em sua relação com a Administração Pública. Para o particular não basta que a atuação estatal seja realizada por meio de um processo administrativo, impõe-se também a necessária e estrita observância dos ditames e princípios constitucionais.

2. A doutrina majoritária reconhece a distinção entre processo e procedimento administrativos. Tal reconhecimento firma-se em uma visão mais ampla que atinge os diferentes segmentos dos poderes estatais, com um núcleo comum de processualidade nas diferentes áreas da Administração Pública, onde seus elementos nucleares aparecem de forma destacada. Processo e procedimento administrativo distinguem-se pela ocorrência de um litígio, de uma controvérsia, ou seja, estabelecido o conflito o processo passa a ser exigido, e também a devida aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, em conformidade com a determinação da Constituição Federal em seu artigo 5º, LV.

Convém esclarecer que o procedimento não se confunde necessariamente com função administrativa, tampouco o processo confunde-se com a função jurisdicional. O fato relevante e imprescindível é a correta diferenciação entre essas duas noções, as quais adquirem configurações próprias inerentes com a competência a ser exteriorizada (administrativa, judicial ou legislativa). Não se defende que o processo ganhou status jurisdicional, na verdade o processo

administrativo possui características dinamizadoras do exercício da função administrativa com garantias constitucionais amplas e aplicação plena no âmbito administrativo. Restringir o processo ao âmbito jurisdicional (sem se ater as peculiaridades e necessidades dos diferentes poderes do Estado) é limitar o alcance de um instituto que visa também garantir o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito.

3. Nesse contexto processual, especificamente no campo disciplinar, fica evidenciada a necessidade do amparo das garantias constitucionais nas situações que podem resultar na perda de cargo público ou em outras sanções disciplinares. Trata-se da garantia assegurada ao processo administrativo, da qual o processo administrativo disciplinar, em nenhuma hipótese, se distancia. O processo administrativo disciplinar, de fato e de direito, é o instrumento adequado para a identificação de eventual servidor público responsável pelo cometimento de infrações disciplinares e, quando for o caso, para aplicação das respectivas sanções administrativas aos servidores e agentes públicos.

4. A “verdade sabida” foi mortalmente atingida pela Constituição de 1988. A denominada “verdade sabida”, na esfera disciplinar, consistia em uma situação pré-definida, com a impossibilidade da apresentação de considerações/apontamentos pelo acusado ou litigante, em total contradição com os mandamentos constitucionais. A sindicância, como meio sumário, não pode limitar a abrangência das garantias constitucionais, ao atuar de forma desproporcional na busca por celeridade e simplificação de procedimentos. Ampliar a sumariedade da sindicância, sem observar os cuidados necessários e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, é macular de inconstitucionalidade tal instituto jurídico.

5. Na seara do processo administrativo disciplinar, os princípios constitucionais possuem ampla aplicação e utilidade. Eles são imprescindíveis para garantir a constitucionalidade e o bom andamento das apurações disciplinares. Os princípios constitucionais constituem elementos vitais para o funcionamento do sistema jurídico nacional. Não é possível avançar no campo da ciência do direito sem ter em perspectiva a aplicação dos princípios na prática jurídica.

Ao observar o conteúdo normativo constitucional de diferentes países, percebe-se que, de forma preponderante, as normas que as compõem estão divididas entre regras e princípios. As regras prescrevem, de forma objetiva,

comportamentos que devem ser seguidos pelo seu destinatário. No caso dos princípios há a presença de um fundamento que orienta o intérprete da norma na direção a ser tomada. Como possuem um papel determinante e vital para o funcionamento do sistema jurídico, considera-se que os princípios são mais importantes do que as regras dado o seu caráter de permear todo o sistema e harmonizá-lo. Entretanto, do ponto de vista formal, as regras e princípios possuem o mesmo valor, trata-se do princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.

6. O princípio do contraditório possibilita o desenvolvimento do processo com a contribuição efetiva de todas as partes processuais, nesse sentido abandona-se a antiga concepção na qual o desenvolvimento processual era tarefa exclusiva do órgão estatal julgador. Pelo princípio do contraditório a parte tem direito de informação e de reação, ou seja, deve ser informado tempestivamente sobre todo conteúdo processual e assim, participar e reagir, com a apresentação de suas considerações sobre quaisquer documentos e afirmações expostos pela parte contrária.

Em uma abordagem mais pragmática, o contraditório irá facilitar a busca da verdade processual com base nos fatos e nas prescrições da lei. Para esse intento é imprescindível que ocorra a atividade contraposta das partes com a mediação da autoridade julgadora. A administração quanto atuar como parte e acusador, deve ocupar o mesmo patamar da parte acusada, ou seja, não pode haver supremacia da administração. Sendo assim, ao princípio do contraditório é imprescindível o acréscimo da noção de igualdade. Em última instância deve ocorrer um equilíbrio de armas entre as partes antagônicas. Ao direito de informação e reação deve ser acrescido o elemento de isonomia entre as partes.

7. A ampla defesa tornou-se uma ferramenta indispensável para a garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Esse status constitucional é materializado em diferentes direitos, entre os quais se podem destacar: a necessidade de individualização das condutas, a autodefesa (ação ativa do acusado), a defesa prévia, a defesa técnica, o direito à prova, o direito de petição e a proibição da “*reformatio in pejus*”.

A ausência de defesa técnica configura uma limitação inaceitável à defesa do acusado, o qual não pode prescindir de um acompanhamento técnico em questões que afetam diretamente a sua imagem e reputação e ainda, com potencial

de ocasionar a sua demissão e assim, cessar o desempenho de sua atividade profissional e o seu sustento financeiro. A não exigência de defesa técnica atinge, com maior força e amplitude, os acusados que carecem de meios e de recursos para a contratação de um advogado. Afinal, se não houver a exigência constitucional da presença do advogado, não haverá a obrigatoriedade do socorro jurídico aos desamparados pela defensoria pública (ou quem a substitua). Aquele que possui uma situação financeira equilibrada, independentemente da exigência ou não da lei, terá condições de contratar um advogado e assim realizar uma defesa material e processual mais adequada para rebater as acusações que lhes são atribuídas. Aguarda-se com expectativa o julgamento no STF do requerimento, apresentado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, no qual propõe o cancelamento da Súmula n. 5 do STF (essa súmula afirma que não contraria a Constituição a ausência do advogado nos processos administrativos disciplinares). O requerimento da OAB rebate e desmonta todos os argumentos utilizados como justificativa para a edição da citada súmula.

O direito de recorrer encontra-se albergado na garantia da ampla defesa. O uso da esfera recursal não deve trazer prejuízo ao recorrente, pois tal situação caracteriza um desrespeito a essa garantia em virtude do potencial caráter inibitório de uma decisão mais gravosa em julgamento recursal. A permissão da “*reformatio in pejus*” iria afrontar severamente o princípio da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana.

8. A Constituição Federal ao estabelecer, nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º, que não haverá juízo ou tribunal de exceção e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, firma a necessidade do respeito ao princípio do juiz natural por todo o ordenamento jurídico, inclusive no âmbito administrativo. A existência do juiz natural que julga as controvérsias de uma sociedade estruturada em um Estado de Direito deve observar os seguintes requisitos: a) somente a lei pode instituir o órgão julgador e estabelecer a sua competência; b) o juízo deve ser preexistente ao fato objeto do processo; c) deve haver uma ordem taxativa de competência. A análise do conjunto de características, que compõem o princípio do juiz natural, permite concluir a sua plena aplicação ao processo administrativo. Para se alcançar um mínimo de independência e

imparcialidade nos julgamentos administrativos, é imperioso o respeito ao juiz natural.

9. Todo cidadão brasileiro deve ser considerado e tratado como inocente pelo Estado, no âmbito administrativo ou judicial, quando estiver na posição de acusado pela prática de determinada conduta infracional sujeita ao recebimento de uma sanção. A Constituição Federal no artigo 5º, LVII, determina: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O conteúdo constitucional revela a consagração da presunção de inocência como princípio constitucional e direito fundamental do cidadão. A presunção de inocência é princípio fundante da ordem jurídica, que irradia efeitos concretos e vinculantes, os quais impõem aos diferentes atores do palco jurídico e administrativo condutas compatíveis com a força coesiva do princípio.

10. A sanção, do ponto de vista jurídico, pode ser considerada como o resultado estabelecido pelas normas legais, em determinado sistema jurídico, visando combater comportamento comissivo ou omissivo em desacordo com arcabouço normativo vigente, independentemente da natureza da norma (permissiva, obrigacional ou proibitiva). A sanção administrativa possui regime jurídico próprio e deve ser inserida no âmbito mais geral do poder punitivo estatal, dentro do universo do Direito Público Punitivo, apartando-a de outros institutos similares. A distinção da sanção administrativa é decorrente da necessária presença da Administração Pública em um dos polos e a ausência de natureza penal da sanção. Faz-se necessária à aplicação do princípio da proporcionalidade para se atingir uma adequada aplicação da sanção administrativa. Ao aplicar o princípio da proporcionalidade na sanção administrativa, conclui-se que somente as ações típicas, ilícitas e culpáveis podem ser sancionadas. Sendo assim, é inadequada a medida sancionadora aplicada ao indivíduo que não praticou conduta dolosa, ou pelo menos não atuou com culpa *stricto sensu* (negligência, imperícia, imprudência).

11. Dentre os princípios fundamentais que mantém conexão com a presunção de inocência, aflora o da dignidade da pessoa humana. O contraditório e a ampla defesa também mantém íntima relação com o princípio da presunção de inocência, afinal, dada a sua condição de inocente no curso do processo, necessário se faz o estabelecimento de um ambiente favorável, com paridade de armas, visando o exercício da sua ampla defesa. É importante observar, também, o

conteúdo do artigo 93, IX, da Constituição Federal e do artigo 50 da Lei n. 9.784/99 que determina a necessidade da motivação das decisões judiciais e a sua íntima relação com a presunção de inocência.

Existem três significações primordiais que podem ser deduzidas do princípio da presunção de inocência. Inicialmente como princípio fundante de um modelo de processo sancionatório (criminal ou administrativo), ao emanar um acervo de garantias ao investigado. A segunda significação refere-se ao fato do acusado ter o direito de ser tratado como inocente no processo e fora dele. E, finalmente, a terceira acepção é referente à regra probatório ou de juízo (*in dubio pro reo*), que vem a ser a mais conhecida e aceita dedução do princípio da presunção de inocência.

12. No momento da instauração não podem ocorrer ações ou manifestações opinativas que configurem antecipação do julgamento do servidor, independentemente de indícios ou outros elementos que indiquem o servidor como potencial infrator. Somente é possível a instauração de um processo administrativo disciplinar quando existirem elementos substanciais que possam assegurar, minimamente, a presunção da autoria e a materialidade da ilicitude, tendo como base o resultado da sindicância, fatos confessados, documentalmente provados ou manifestamente evidentes.

13. Na fase da instrução processual a medida acauteladora não deve ser entendida como sanção administrativa, mas ser encarada no sentido de resguardar o interesse público. Para ocorrer o afastamento preventivo do agente público, será necessária a explicitação dos motivos que levaram a autoridade instauradora a determinar esse afastamento. A falta da motivação apta (salvaguardar a instrução probatória) para essa finalidade afrontará o direito fundamental à presunção de inocência, fato que desvirtuaria o caráter cautelar da medida.

14. É imprescindível o juízo de certeza, e tal confirmação deve ser formalizada por robustas provas que respeitem às regras legais, o devido processo legal e os demais princípios e garantias inerentes à defesa do servidor público investigado. Para qualquer medida punitiva deve ser cabal a conclusão de responsabilidade do servidor. Não sendo suficientes as provas produzidas pela Administração, deve ser proferida decisão absolutória. No entanto, cabe ao acusado

a apresentação do conteúdo probatório nas causas justificatórias ou nas circunstâncias que o isentam da culpabilidade.

15. Com o devido temperamento e reserva, é possível acolher os indícios nas decisões condenatórias que aplicam normas de Direito Administrativo Sancionador. Para isso deve ocorrer um ônus argumentativo muito denso no sentido de validar a sua utilização. A validade do indício repousa no sólido conjunto apresentado, o qual deve cabalmente demonstrar e gerar certeza quanto aos fatos, ou seja, indícios isolados não têm qualquer valor probatório. Os particulares quando precisam aferir segurança, certeza jurídica e fé pública aos seus atos procuram os serviços notariais, no entanto, nosso sistema normativo confere esses requisitos, desde o seu nascimento, para o ato administrativo emanado pela Administração Pública. Enfim, essa presunção deixa de existir se houver impugnação do ato administrativo. Nesses casos, em respeito ao princípio da isonomia e à busca da plena verdade, cabe a Administração demonstrar a legalidade de seus atos.

16. Na fase do julgamento processual cabe ao julgador buscar a verdade real. A presunção de inocência esparge efeitos concretos e vincula o julgador (subjetiva e objetivamente), em especial, no momento de impor decisões aflitivas ao acusado. Não será possível ao julgador decidir qualquer questão que não tenha passado pelo crivo do contraditório, ou seja, o debate exercido pelas partes constitui elemento essencial para respaldar o convencimento do julgador. Na configuração de um estado democrático de direito é imprescindível que o ente estatal observe a presunção de inocência, afinal esse princípio é inerente à opção política e aos valores defendidos no Texto Supremo. A presunção de inocência deve espargir, por todo o sistema jurídico (constitucional e infraconstitucional), o seu conteúdo axiológico e funcionar como um catalisador para a efetividade de um ordenamento fortemente calcado na justiça e no respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

17. O estudo do princípio do *non bis in idem* é fundamental para o correto entendimento do funcionamento das aplicações de sanções administrativas e penais no Brasil e no Direito Estrangeiro. A Administração Pública deve respeitar o princípio ao não impor, a quem já sofreu uma primeira sanção, nova sanção pela mesma conduta. O *non bis in idem* se articula com valores constitucionais imperiosos, entre

os quais se destacam: a segurança jurídica, a racionalidade, a coerência, a boa-fé e, acentuadamente, o princípio da justiça que deve absorver a culpabilidade.

18. Nos casos das sentenças penais absolutórias, definidoras da inexistência do crime ou configuradoras de circunstâncias excludentes do crime, é pacífica e incontroversa a repercussão por todas as esferas (extrapenal, judicial ou administrativa), desqualificando eventuais peças acusatórias ainda existentes. Há, no entanto, outras situações decorrentes da absolvição criminal que não comportam uma avaliação pacífica e incontroversa sobre seus efeitos. Parcela da doutrina e da jurisprudência afirma que a absolvição por insuficiência de provas na esfera penal, não vincula à Administração Pública no processo administrativo disciplinar. Nesse contexto, o acusado fica numa situação de extremo desconforto, afinal, não é declarado nem culpado nem inocente, está condenado a ser um “eterno suspeito”. Tal situação fere, com toda a certeza, o princípio da presunção de inocência, já que a absolvição, nesses termos, não se estende para a esfera administrativa.

Não há, de fato, hierarquia nas decisões absolutórias e a utilização de pesos, conforme o fundamento utilizado para decretar a absolvição, fere o princípio da presunção de inocência. Deve-se ter em conta, nas situações em que a esfera administrativa esteja julgando uma infração também configurada como ilícito penal, que a Constituição Federal estabelece a prevalência da esfera penal, ou seja, há reserva de jurisdição. Portanto, seria totalmente equivocado atribuir, antecipadamente, ao cidadão uma conduta criminosa no âmbito administrativo disciplinar.

19. O princípio da presunção de inocência, conjugado com o devido processo legal e outras garantias contra ações arbitrárias do Estado, determina que não é possível imputar qualquer comportamento criminoso ao acusado, sem ter por base robusto feixe de provas que determine, de forma insofismável, a culpabilidade do investigado no âmbito judicial. Entretanto, as situações fáticas investigadas devem se referir ao mesmo objeto e se, eventualmente, os objetos forem diferentes, não haverá reserva de jurisdição e as instâncias serão devidamente independentes.

Em toda atividade interpretativa ou de julgamento, deve-se sempre atentar para o fato da presunção de inocência se conectar intimamente com os princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da motivação das decisões administrativas, entre outros importantes

princípios. O Direito Penal como a *ultima ratio* exige um maior rigor probatório e de meios para a aplicação de sanções aflictivas aos acusados. Esse modelo deve ser estendido ao direito disciplinar, em especial, quando a conduta e tipificação legal são as mesmas nas duas esferas. Em conformidade com a Constituição Federal o cidadão somente pode ser considerado culpado, por um fato tipificado como crime, com a devida sentença penal condenatória da qual não caiba recurso. Com a absolvição penal, independentemente dos fundamentos, devem ser estendidos os seus efeitos a esfera punitiva disciplinar.

A doutrina e a jurisprudência devem aprimorar os seus métodos interpretativos e hermenêuticos para a construção de um sistema jurídico realmente afinado com as disposições constitucionais, as quais emanam direitos e garantias fundamentais a serem aplicados em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante n. 5 do STF. A&C. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 39, p. 27-64, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. A nova redação do princípio da isonomia. In: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 2. São Paulo: Saraiva. 1989.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Convenção Americana de Direitos Humanos. Decreto n. 678. **Diário Oficial da União**. Publicado em 9 de novembro de 1992. Brasília, DF: 1992.

_____. Decreto-Lei n. 3.689. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Publicado em 13 de outubro de 1941. Brasília, DF: 1941.

_____. Lei n. 8.112/90. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**. Publicada em 14 de abril de 1990. Brasília, DF. 1990.

_____. Lei n. 9.784/99. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**. Publicada em 1º de fevereiro de 1999. Brasília, DF. 1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 18.090-DF, Relator Ministro Humberto Martins. **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 21 de maio de 2013. Brasília, DF: 2013.

_____. Recurso em Mandado de Segurança n. 24.584/SP. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 08 de março de 2010. Brasília, DF: 2010.

_____. Recurso em Mandado de Segurança n. 14.405/PE. Relatora Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 01 julho de 2013. Brasília, DF: 2013.

_____. Recurso Especial n. 509.318/PR. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 2 de março de 2009. Brasília, DF: STJ, 2009.

_____. Recurso Especial n. 795.174/DF. Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma. **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 01 março de 2010. Brasília, DF: 2010.

_____. Recurso Especial n. 1323123/SP. Min. Humberto Martins, Segunda Turma. **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 16 de maio de 2013. Brasília, DF: 2013.

_____. Súmula n. 343. **Diário Oficial de Justiça**. Publicada em 21 de setembro de 2007. Brasília, DF: STJ, 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 22.899. Relator Ministro Moreira Alves. **Diário Oficial de Justiça**. Publicado em 16 de maio de 2003. Brasília, DF: 2003.

_____. Súmula n. 5. **Diário Oficial de Justiça**. Publicada em 16 de maio de 2008. Brasília, DF: 2008.

_____. Súmula n. 21. **Diário Oficial de Justiça**. Publicada em 13 de dezembro de 1963. Brasília, DF: 1964.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTILLO, Maria Jesús Gallardo. **Los principios de la potestade sancionadora – teoria y práctica**. 1. Ed. Madrid – Espanha. 2008.

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

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FINGER, Ana Cláudia. A feição democrática do processo administrativo como instrumento de proteção do cidadão. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Orgs.), **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: Novas Perspectivas para o Desenvolvimento Econômico e Socioambiental - Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Dissertação de Mestrado em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná – UFPR. 2011.

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Os princípios do Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor Público: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Mendes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz de. O regime jurídico das sanções administrativas. **Revista eletrônica de estudos jurídicos da OAB/PR**, n. 4, p. 149-171, 2009.

_____. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da CF/88**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Processo administrativo, devido processo legal e a Lei n. 9.784/1999. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 11, p. 147-169, 2003.

_____. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 22, p. 25-57, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NEDER, Marcos Vinícius; LÓPEZ, Maria Teresa Martinez. **Processo administrativo fiscal federal comentado**. 3. Ed. São Paulo: Dialética, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil da Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 136, out./dez. 1997.

ROCHA, Sérgio André. **Processo administrativo fiscal**: controle administrativo do lançamento tributário. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. **El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales**. 1. ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson – Civitas. 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva. 2002.

TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. **Princípio do duplo grau de jurisdição**. 1. ed., Curitiba, Editora Juruá, 2009.

VIEIRA, José Roberto. A extrafiscalidade da Lei n. 12.715/2012 e a capacidade contributiva: a convivência do lobo e do cordeiro? **Revista de Direito Tributário**, n. 118, p. 18-42, 2013.