

CURSO DE DIREITO

Remisio Schnell Wilms

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: DISCRICIONARIEDADE E
INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO**

Capão da Canoa
2015

Remisio Schnell Wilms

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: DISCRICIONARIEDADE E
INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof.^a Ana Helena Karnas Hoefel Pamplona
Orientadora

Capão da Canoa
2015

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, do acadêmico Remisio Schnell Wilms, adequado para ser apresentado na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Capão da Canoa, 03 de novembro de 2015.

Prof.^a Ana Helena Karnas Hoefel Pamplona
Orientadora

Dedico este trabalho a minha família, pelo apoio e incentivo nos estudos. Aos meus amigos, colegas de trabalho que sempre me incentivaram a nunca desistir dos meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me possibilitar a conclusão deste trabalho. Aos meus pais Osmar Wilms e Noeli Schnell Wilms que mesmo morando longe sempre me deram apoio e incentivo em todos os momentos desta caminhada. A minha esposa Juliana Medeiros Dutra, pelo companheirismo e compreensão. Aos meus tios Mário Luis Sobrosa Friedl e Marli Schnell Friedl, exemplos de caráter.

A minha orientadora, Mestra Ana Helena Karnas Hoefel Pamplona, o meu sincero agradecimento pelos ensinamentos e apoio prestados. Agradeço pelo incentivo na realização deste trabalho, e principalmente pela paciência com este acadêmico, reconhecidamente um exemplo de profissional, com bom domínio de conteúdo, admirada e respeitada pelo corpo docente.

A todos, que direta e indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho.

“Não há tirania mais cruel que a exercida à sombra das leis e com as cores da justiça”.

Montesquieu

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata do tema "discricionariedade e intervenção judiciária no processo administrativo disciplinar". Analisam-se todas as fases do processo administrativo disciplinar regido pela lei nº 8.112/1990 no âmbito Federal, as possíveis consequências no caso de não observância do trâmite legal. Busca-se, expor todos os requisitos dos atos administrativos e sua aplicabilidade no processo administrativo disciplinar como forma de garantir sua validade e existência jurídica. Aborda-se em quais situações o ato administrativo será vinculado ou discricionário conforme entendimento doutrinário, exemplificando sua ocorrência na lei nº 8.112/1990. Diante da inércia da Administração Pública que não exerce o poder de auto-tutela para anular ou revogar atos administrativos praticados com abusos, ilegalidades e desvio de finalidade, a importância do controle externo pelo Poder Judiciário tem se mostrado indispensável no estado democrático de direito. A evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal com a constitucionalização do direito administrativo passando a realizar um controle jurisdicional mais amplo dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários, fundamentados numa concepção de legalidade em observância aos demais princípios constitucionais. A presente monografia foi realizada através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial com utilização do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Processo administrativo disciplinar. Discricionariedade. Controle jurisdicional.

ABSTRACT

This monograph deals with the theme "discretion and judicial intervention in administrative process". All phases are analyzed disciplinary administrative proceedings governed by Law n^o. 8.112 / 1990 at the Federal level, the possible consequences in case of non-compliance of the legal tramite. The aim is to expose all the requirements of administrative acts and their applicability in administrative process in order to ensure its validity and legal existence. It addresses in which the administrative act or discretionary situations will be linked as doctrinal understanding, exemplifying its occurrence in Law n^o. 8.112 / 1990. Faced with the inertia of the public administration does not exercise the power of self-protection to annul or revoke administrative acts with abuses, illegalities and deviation of purpose, the importance of external control by the judiciary has proven indispensable in the democratic rule of law. The evolution of the jurisprudence of the Supreme Court and the Supreme Court with a constitution of administrative law going to carry out a wider judicial review of administrative acts, whether related or discretionary, based on a conception of legality in compliance with the other constitutional principles. This monograph was conducted through bibliographical and jurisprudential research using the hypothetical-deductive method.

Keywords: Administrative disciplinary process. Discretion. Jurisdictional control.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	11
2.1	Da sindicância.....	12
2.2	Fases do processo administrativo disciplinar	15
2.2.1	Da instauração.....	15
2.2.2	Da instrução	18
2.2.3	Da defesa	19
2.2.4	Do relatório	22
2.2.5	Da decisão	23
3	OS REQUISITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	25
3.1	A competência do ato administrativo.....	25
3.2	A forma do ato administrativo.....	30
3.3	O motivo do ato administrativo.....	32
3.4	O objeto do ato administrativo.....	35
3.5	A finalidade do ato administrativo.....	37
4	O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	41
4.1	O princípio da legalidade na Administração Pública	41
4.1.1	Dos atos administrativos vinculados	44
4.1.2	Dos atos administrativos discricionários.....	45
4.2	O controle Jurisdicional dos atos vinculados e discricionários na concepção doutrinária.....	47
4.3	A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto a possibilidade de controle jurisdicional dos atos no processo administrativo disciplinar	51
5	CONCLUSÃO	56
	REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo deste trabalho trata da discricionariedade e vinculação dos atos no processo administrativo disciplinar e a possibilidade de controle Pelo Poder Judiciário. Analisar-se-á todas as fases existentes no processo administrativo disciplinar regido pela lei nº 8.112/1990, que disciplina o Regime Jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Aborda-se a questão envolvendo a sindicância, delineando em quais hipóteses a autoridade administrativa poderá aplicar uma punição ao servidor utilizando-se da sindicância e da necessidade ou não de garantir o contraditório e a ampla defesa ao servidor. Ademais, será verificado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade de um processo administrativo disciplinar instaurado através de denúncia anônima frente ao poder-dever de autotutela da Administração Pública na verificação das informações.

Em segundo momento estudar-se-á os requisitos dos atos administrativos que consistem na competência, forma, objeto, motivo e finalidade, destacando o posicionamento doutrinário acerca de tais requisitos, se constituem atos vinculados ou atos discricionários da Administração Pública. Deste modo, será exemplificado a aplicação destes requisitos no processo administrativo disciplinar.

Como prosseguimento, será abordado o princípio da legalidade administrativa, no sentido de analisar como ele vem sendo empregado no controle dos atos administrativos vinculados e discricionários conforme o posicionamento doutrinário.

Tendo em vista que cada vez mais frequente ocorrem arbitrariedades, abusos de poder, desvio de finalidade e demais ilegalidades por parte das autoridades administrativas no tocante ao processo administrativo disciplinar, e que, na maioria das vezes a Administração Pública se mantém inerte e não exerce o poder de autotutela para revogar ou anular estes atos, surge a necessidade de um controle externo para fazer a revisão destes atos mediante a provocação da parte interessada. Assim, verificar-se-á o limite de atuação do poder Judiciário no controle dos atos no processo administrativo disciplinar segundo posicionamento doutrinário, bem como jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, destacando os princípios envolvidos e os argumentos utilizados pelos operadores do direito na possibilidade ou não de realizar o controle amplo destes

atos administrativos, especialmente quando o processo administrativo disciplinar resulta em pena de demissão do servidor público.

Para a realização do presente trabalho será utilizado o método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica na doutrina de direito administrativo, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nas legislações pertinentes e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Qualquer irregularidade que seja comunicada a Administração Pública, ou que esta tome ciência de ofício, deve ser apurada através de instrumentos específicos que garantem a validade e existência jurídica de seus atos. Tratando-se de irregularidades cometidas por servidores no exercício de suas funções, os instrumentos utilizados para a apuração das mesmas na esfera administrativa são o processo administrativo disciplinar e a sindicância.

Desse modo, antes de adentrar na caracterização conceitual do processo administrativo disciplinar, indispensável se faz uma breve consideração do que consiste o processo.

O processo consiste em um conjunto de atos coordenados visando à decisão sobre uma controvérsia que pode existir tanto na esfera judicial quanto na administrativa.¹

O conceito trazido por Meirelles, define o processo administrativo disciplinar como meio utilizado pela administração Pública visando apurar e punir as faltas graves cometidas pelos servidores públicos e demais pessoas alcançadas pelo regime funcional.²

Para Mello, não existe distinção entre processo administrativo e procedimento administrativo, sendo que ambas as expressões consistem na sucessão organizada de atos administrativos objetivando um resultado final e conclusivo.³

Por sua vez a definição estabelecida pela lei nº 8.112/1990 que institui o regime jurídico único dos servidores da União, das autarquias e das fundações públicas federais, traz o conceito de processo administrativo disciplinar no art. 148, definindo como “o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”.⁴

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 718.

² *Ibidem*, p. 730.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 495.

⁴ BRASIL. Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 41 dispõe que o processo administrativo disciplinar será obrigatório para a aplicação das penas que impliquem perda de cargo para o funcionário estável. Além disso, a lei nº 8.112/1990 exige a instauração de processo administrativo disciplinar para as penas de suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, e destituição do cargo em comissão.

Por fim, quanto à sistemática de apuração da responsabilidade administrativa, o Brasil adotou um sistema misto ou também denominado de jurisdição moderada, que consiste na intervenção de determinados órgãos estranhos à relação entre funcionário e superior hierárquico, com função geralmente opinativa, sendo a pena aplicada pelo superior hierárquico.⁵

2.1 Da sindicância

A sindicância difere do processo administrativo disciplinar, pois é considerada um meio sumário para elucidar determinados fatos ou até mesmo a aplicação de penalidades disciplinares menores.

Leciona Nohara, que antes da edição da lei nº 8.112/1990, na esfera federal a sindicância era considerada somente um procedimento de investigação ou apuração de fatos irregulares preliminares à instauração de um processo administrativo disciplinar. Todavia, com a previsão de punição conforme disciplina o art. 145, inciso II da lei nº 8.112/1990, a sindicância perdeu a sua característica de apenas ser considerada um procedimento inquisitivo, que não exigia a presença de ampla defesa e passou a ser considerada uma espécie de processo administrativo e conseqüentemente devendo obedecer às garantias constitucionais, especialmente ampla defesa e contraditório.⁶ Entretanto, nada impede que nas outras esferas a sindicância continue com suas características normais.

A doutrina de Alexandrino e Paulo ensina que:

Em, alguns casos, a sindicância, pelo menos até determinado momento, constitui um procedimento meramente investigatório, sem a formalização de acusação a qualquer servidor. Nessa situação, não se cogita observância de contraditório e ampla defesa. Por outras palavras,

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 693.

⁶ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 290.

enquanto a sindicância tem caráter meramente investigativo (inquisitório), sem que exista acusação formal a um servidor, ou alguma imputação que possa ser contraditada, não cabe exigir contraditório e ampla defesa no procedimento.⁷

De outra banda, alguns doutrinadores definem a sindicância como um processo administrativo com procedimento simplificado, tendo em vista se tratar de infração de menor gravidade a ser apurada.⁸ Assim, a autoridade administrativa poderá instaurar a sindicância quando estimar que a gravidade da infração consiste em aplicação de advertência ou suspensão de até trinta dias. Todavia não é hipótese de impedimento à instauração de sindicância tratando-se de infrações teoricamente mais severas. Ocorre que, se existem elementos suficientes de autoria e materialidade para instaurar o processo administrativo disciplinar seria um desperdício de tempo à realização de sindicância, tendo em vista que as provas e evidências coligidas nesta deverão integrar o processo administrativo disciplinar.⁹

Imperativo expor que a Controladoria Geral da União traz uma concepção interessante ao distinguir sindicância inquisitorial de sindicância contraditória. Deste modo na sindicância inquisitorial não poderá ocorrer acusação, muito menos aplicação de penalidades, pois é considerada investigativa ou preparatória ao passo que na sindicância contraditória inserida no art. 145, da lei nº 8.112/90, o acusado poderá ser punido com aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 dias, com observância da garantia de defesa.¹⁰

O Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento de que na sindicância inquisitorial é dispensada a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, não ensejando possibilidade de anulação de demissão:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. SINDICÂNCIA. PROCEDIMENTO QUE ANTECEDE A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCINDIBILIDADE DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 5. 1. O Supremo Tribunal Federal já assentou ser dispensada a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa no decorrer da sindicância, procedimento que antecede a instauração do

⁷ ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 405.

⁸ JUSTIN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.1060.

⁹ *Ibidem*, p. 1061.

¹⁰ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 290.

processo administrativo disciplinar. Precedentes. 2. 'A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição' (Súmula Vinculante 5). 3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.¹¹

De outra banda, quando se trata de sindicância instaurada com caráter punitivo como nos casos de punição de advertência e de suspensão de até 30 dias, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é unânime em afirmar que o procedimento deverá garantir o contraditório e a ampla defesa:

Servidor público. Aplicação da pena de advertência sem a instauração de sindicância na qual se daria o exercício da ampla defesa dos que vieram a ser punidos. Nulidade. - Do sistema da Lei 8.112/90 resulta que, sendo a apuração de irregularidade no serviço público feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurada ao acusado ampla defesa (art. 143), um desses dois procedimentos terá de ser adotado para essa apuração, o que implica dizer que o processo administrativo não pressupõe necessariamente a existência de uma sindicância, mas, se o instaurado for a sindicância, é preciso distinguir: se dela resultar a instauração do processo administrativo disciplinar, é ela mero procedimento preparatório deste, e neste é que será imprescindível se dê a ampla defesa do servidor; se, porém, da sindicância decorrer a possibilidade de aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até 30 dias, essa aplicação só poderá ser feita se for assegurado ao servidor, nesse procedimento, sua ampla defesa. - No caso, não se instaurou nem sindicância, nem processo administrativo, e sem se dar, por isso mesmo, qualquer oportunidade de defesa aos impetrantes, foi-lhes aplicada a pena de advertência, por decisão que foi tomada, como se vê da cópia a fls. 10, em processo administrativo contra terceiro e no qual os impetrantes constituíram a comissão de inquérito. Recurso ordinário a que se dá provimento.¹²

Para Meirelles, a sindicância administrativa pode ser iniciada com a simples indicação de falta a apurar, dispensando procedimento formal, publicidade, bem como defesa do sindicado, pois é considerada um verdadeiro inquérito administrativo, que antecede o processo administrativo disciplinar.¹³ Prevê o art. 145 da lei nº 8.112/1990, que da sindicância poderá resultar arquivamento do processo;

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*. nº 71579, Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000279808&base=baseAcordaos> >. Acesso em: 13 out. 2015. Grifos no original.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança* nº 22789, Relator Ministro Moreira Alves, 1999. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000108716&base=baseAcordaos> >. Acesso em: 13 out. 2015. Grifos no original.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 733.

aplicação das penalidades de advertência ou suspensão por até 30 dias ou instauração de processo administrativo disciplinar.

Quando a sindicância concluir pela abertura de processo administrativo disciplinar, os autos da sindicância deverão integrar o mesmo, conforme preconiza o art. 154 da lei nº 8.112/1990.¹⁴

Desse modo, caso a administração pública possua a intenção de aplicar uma punição disciplinar com base apenas em procedimento de sindicância deverá obrigatoriamente garantir ao servidor o contraditório e a ampla defesa.¹⁵ Entretanto, é de se observar que a sindicância não constitui etapa do processo administrativo disciplinar, nem deve precedê-lo obrigatoriamente, pois determinadas apurações podem ser iniciadas de imediato com o processo administrativo disciplinar.

2.2 Fases do processo administrativo disciplinar

O processo administrativo disciplinar possui atos ordenados cronologicamente em razão de sua finalidade, sendo tais atos denominados de fases. É necessário frisar que as fases não apresentam um espaço de tempo previamente estabelecido nem têm momento exato de início e término.¹⁶

Leciona Meirelles, que as fases comuns ao processo administrativo são cinco e se desenvolvem nesta ordem: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento.¹⁷

2.2.1 Da instauração

Dispõe o art. 146 da lei nº 8.112/1990, que a instauração do processo administrativo disciplinar no âmbito federal será obrigatória quando a conduta ilícita praticada pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais

¹⁴ Art. 154. Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução. BRASIL. Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

¹⁵ ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 405.

¹⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1008.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores 2010, p. 725.

de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão.¹⁸

A instauração do processo administrativo disciplinar será pela publicação da portaria de designação da comissão responsável pelos trabalhos de investigação e apresentação do relatório final sobre a procedência ou não das acusações colhidas. Vale frisar que instauração deve ser precisa quanto à qualificação do fato e sua ocorrência no tempo e no espaço, sob pena de nulidade do processo.¹⁹

Leciona Di Pietro que a portaria deve ser bem elaborada para atender a legalidade do processo, pois é considerada similar à denúncia no processo penal e, se não constar elementos suficientes, poderá prejudicar a defesa.²⁰

Assim, quando a autoridade administrativa tiver ciência de alguma irregularidade e havendo elementos suficientes, deverá instaurar o processo administrativo disciplinar. O art. 149 da lei nº 8112/1990, dispõe que:

Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.²¹

Ademais, quanto à competência para instauração do processo administrativo disciplinar, em princípio, será da autoridade com competência para imposição da sanção administrativa, todavia poderá ser prevista em lei ou regulamento a dissociação das competências, respeitando-se as regras genéricas dispostas no art. 141 da lei nº 8.112/1990.²²

A muito se discutiu sobre a validade de um processo administrativo disciplinar instaurado com base em denúncia anônima. Atualmente o Supremo Tribunal Federal entende que a denúncia anônima é apta a deflagrar processo administrativo

¹⁸ BRASIL. Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112compilado.htm >. Acesso em: 26 mai. 2015.

¹⁹ ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 405.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas 2012, p. 694.

²¹ BRASIL. Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112compilado.htm >. Acesso em: 26 mai. 2015.

²² JUSTIN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1066.

disciplinar, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade, pois se trata de um dever de autotutela à administração realizar a apuração dos fatos que lhe são comunicados, conforme se verifica no acórdão:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INSTAURAÇÃO A PARTIR DO RESULTADO DE SINDICÂNCIA QUE APUROU FATOS NARRADOS EM DENÚNCIA ANÔNIMA. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 134 DA LEI N. 8.112/1990; OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGADA NULIDADE DO PROCESSO E DA PENA APLICADA. INEXISTÊNCIA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.²³

Nesse mesmo sentido posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE. PORTARIA INAUGURAL. AUSÊNCIA DENULIDADE. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO VIOLAÇÃO.²⁴

Ressalta-se a possibilidade de afastamento preventivo do acusado que deverá ser determinado pela autoridade instauradora do processo administrativo disciplinar, visando assegurar a não influência do acusado na apuração da infração disciplinar, sendo que tal medida não consiste em punição, pois o servidor continua recebendo sua remuneração integralmente.²⁵

Necessário frisar que o ato de instauração irá constituir termo inicial para o prazo de conclusão do processo administrativo disciplinar, que será de sessenta dias, prorrogáveis por igual período, segundo previsão do art. 152 da lei nº 8.112/1990. A fase subsequente ao da instauração consiste na instrução do processo administrativo disciplinar.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de segurança nº 29198*, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000197034&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 13 out. 2015.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos declaratórios no Recurso Especial nº 1096274/RJ*, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24868854&num_registro=200802170819&data=20130205&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 13 out. 2015.

²⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 286.

2.2.2 Da instrução

A instrução está inserida no inquérito e consiste na fase de elucidação dos fatos, sendo considerada a principal fase investigatória do processo administrativo disciplinar.

Nesse liame a doutrina de Di Pietro esclarece que a instrução é regida pelos princípios da oficialidade e do contraditório. Com base no primeiro a comissão processante toma iniciativa para o levantamento das provas, com a possibilidade de realizar ou determinar diligências necessárias e com base no segundo o indiciado toma ciência da acusação e possui a oportunidade de acompanhar a instrução.²⁶

Leciona Alexandrino e Paulo:

É durante a instrução que a comissão procurará levantar o maior número possível de fatos, evidências e depoimentos, enfim, todos os elementos capazes de confirmar ou refutar as acusações que pesam sobre o servidor.²⁷

Ademais, a comissão poderá ouvir testemunhas arroladas pelo acusado, por ela própria ou por terceiros, todavia é vedado as testemunhas levarem seus depoimentos por escrito. Deste modo, o depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo.²⁸

O presidente da comissão processante possui a faculdade de denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos, sendo tal disposição prevista no art. 156, § 1º da lei nº 8112/1990. Cabe ressaltar que as providências instrutórias são de competência da autoridade ou comissão processante e os defeitos da instrução podem levar a invalidação do processo ou seu julgamento.²⁹

Depois de concluídos os procedimentos, a comissão decidirá com base nos elementos de provas colhidos, se o servidor deverá ou não ser indiciado. Caso a comissão entender não haver provas ou os fatos não constituem infração o processo

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 694.

²⁷ ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 407.

²⁸ *Ibidem*, p. 407.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores 2010, p. 725.

será arquivado. Porém, se o entendimento da comissão for pela tipificação da infração disciplinar, o acusado passa a ser indiciado.³⁰

Após o indiciamento do servidor, este será citado pessoalmente para apresentar defesa escrita no prazo de 10 dias conforme previsão do art. 161 da lei nº 8112/1990. No entanto, se o servidor não for encontrado a citação será feita pela imprensa oficial e em jornal de grande circulação no ultimo domicilio conhecido, com prazo de 15 dias para defesa.

2.2.3 Da defesa

Garantida pelo art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a ampla defesa assegura aos litigantes e acusados em geral, seja em processo judicial ou administrativo a utilização de todos os meios e recursos a ela inerentes.³¹ Esta garantia é aplicada em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou que envolva o poder sancionatório do Estado sobre pessoas físicas e jurídicas.³² Este dispositivo legal combinado com o art. 133 do mesmo diploma, que preceitua a figura do advogado como sendo indispensável à administração da justiça, leva a impressão que a presença do advogado é obrigatória no processo administrativo disciplinar.

A corroborar a súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 21/09/2007, dispõe que “é obrigatória à presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.³³

Ocorre que, essa obrigatoriedade deixou de ser aplicada, devido à edição da súmula vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal, publicada em 16/05/2008, expondo que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não

³⁰ ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 408.

³¹ Art. 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. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2015.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 686.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 343*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=189>>. Acesso em: 26 mai. 2015.

ofende a Constituição".³⁴ Deste modo, trata-se de mera faculdade de que o servidor público dispõe, que lhe é dada pelo artigo 156 da lei nº 8.112/1990.

Não obstante, há duas exceções em que é indispensável à presença de advogado, quais sejam, quando o servidor não for encontrado e tem que ser nomeado um procurador para defendê-lo e quando a questão objeto do processo for muito complexa, dificultando a compreensão por parte do servidor. Deste modo, se o servidor não dispuser de recursos para contratar um advogado, cabe ao órgão público colocar um defensor a sua disposição.

Entretanto, apesar de ser facultativa a presença de advogado no processo administrativo disciplinar, não significa que não deva ser respeitado o contraditório e a ampla defesa, pois no caso de servidor público estável preconiza o art. 41, § 1º, incisos I a III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, formalidades obrigatórias para demissão do servidor:

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 público 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.³⁵

A corroborar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera tratar-se de vício formal no processo administrativo disciplinar o cerceamento de defesa materializado na não observância do devido processo legal, devendo o ato de demissão ser considerado nulo, com a reintegração do servidor ao cargo.

ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO. TEORIA DAS NULIDADES DO ATOS ADMINISTRATIVOS. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N.º 211/STJ. MILITAR. PROMOÇÃO. INVIABILIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO ANULADO

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 5*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 26 mai. 2015.

³⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2015.

POR VÍCIO FORMAL E NÃO SUBSTANCIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. SÚMULA N.º 07/STJ.³⁶

No tocante ao processo administrativo no âmbito da União, dispõe o art. 2º, parágrafo único, inciso X, da lei nº 9.784/1999, que deverão ser observados os critérios de “garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”.³⁷

Vale frisar, que no processo administrativo disciplinar busca-se a verdade real ou material, diferentemente do que ocorre no processo civil, que vigora o princípio da verdade processual. Neste sentido, os efeitos da revelia, que no processo civil são nefastos para o réu, pois existe a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial, no processo administrativo disciplinar a ocorrência de revelia não faz surgir presunção legal alguma contra o servidor.³⁸

Assim, se o indiciado não apresentar sua defesa escrita no prazo legal, o ônus probatório continua sendo da administração, todavia, a autoridade instauradora do processo deverá indicar defensor dativo ao indiciado revel. Neste caso, o defensor dativo deverá ser ocupante de cargo efetivo de mesmo nível, ou superior, ou ter nível de escolaridade igual ou superior.³⁹

Leciona Meirelles que a autoridade responsável pelo processo administrativo poderá indeferir provas com objetivo protelatório ou impertinentes com a devida motivação, todavia, sem oportunidade de ampla defesa ou cerceamento de defesa o processo é nulo.⁴⁰

Portanto, a fase de defesa prevista no processo administrativo disciplinar é uma garantia constitucional dos acusados contra arbitrariedades de autoridades administrativas.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 798.283*, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21/05/2009. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501905178&dt_publicacao=17/12/2010>. Acesso em: 24 out. 2015.

³⁷ BRASIL. Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 24 out. 2015.

³⁸ ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 409.

³⁹ *Ibidem*, p.409.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 726.

2.2.4 Do relatório

Segundo disposição do art. 165 da lei nº 8.112/1990, após apreciação da defesa, compete à comissão processante a elaboração de relatório minucioso com resumo das peças principais dos autos, sendo mencionadas as provas em que se baseou para formação da convicção.⁴¹

A principal característica do relatório consiste na manifestação por parte da comissão, opinando quanto a inocência ou responsabilidade do servidor. Caso o relator opinar pela responsabilidade do servidor, deverão ser mencionados os dispositivos legais transgredidos e suas atenuantes ou agravantes caso existir.⁴²

Segundo Meirelles:

O relatório é a síntese do apurado no processo, feita por quem o presidiu individualmente ou pela comissão processante, com apreciação das provas, dos fatos apurados, do direito debatido e a proposta conclusiva para decisão da autoridade julgadora competente. É peça informativa e opinativa, sem efeito vinculante para a Administração ou para os interessados no processo. Daí por que pode a autoridade julgadora divergir das conclusões e sugestões do relatório, sem qualquer ofensa ao interesse público ou ao direito das partes, desde que fundamente sua decisão em elementos existentes no processo ou na insuficiência de provas para uma decisão punitiva ou, mesmo, deferitória ou indeferitória da pretensão postulada.⁴³

Após a elaboração do relatório, os autos serão encaminhados à autoridade, competente que instaurou o processo, que poderá ou não ser a titular da competência para decidir.⁴⁴

Assim, o relatório é apenas opinativo, não obrigando a autoridade competente para o julgamento acatar tal opinião. Neste sentido, a análise dos autos pode apresentar conclusão diversa, desde que a decisão seja devidamente fundamentada em elementos previstos no processo ou não existam provas para uma decisão punitiva.

⁴¹ Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção. BRASIL. Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112compilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

⁴² ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 409.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 726.

⁴⁴ JUSTIN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1066.

2.2.5 Da decisão

Prevê o art. 167 da lei nº 8.112/1990, que a autoridade julgadora deverá proferir decisão no prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo.⁴⁵

O julgamento consiste na decisão da autoridade ou órgão competente a respeito do objeto do processo. Normalmente as decisões são baseadas nas conclusões a que se chegou o relatório, todavia poderá o julgador chegar a conclusões fáticas diferentes das comissões processantes, ou se for o caso de quem realizou o julgamento individualmente.⁴⁶

É fundamental que a decisão seja baseada nas provas ou informações constantes nos autos do processo administrativo, sendo que nenhum argumento ou prova que não esteja contido no processo poderá ser fundamento da decisão.⁴⁷

Ensina Alexandrino, que o prazo de 20 dias previsto para julgamento do processo administrativo disciplinar é considerado impróprio, ou seja, o julgamento fora deste prazo não implica nulidade do processo. Assim vem se posicionando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a prorrogação do prazo para conclusão e julgamento do processo administrativo disciplinar, por si só, não acarreta em sua nulidade, especialmente quando não existe prejuízo à defesa, conforme acórdão abaixo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.[...]PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE CONCLUSÃO DO PROCESSO DISCIPLINAR. POSSIBILIDADE. IRREGULARIDADES QUE NÃO OFENDEM A AMPLA DEFESA.⁴⁸

⁴⁵ Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão. BRASIL. Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112compilado.htm >. Acesso em: 26 mai. 2015.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 726.

⁴⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1012.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 10.566/DF*, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435049&num_registro=200500608700&data=20150910&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2015.

Outra questão indispensável de expor diz respeito à prescrição quinquenal prevista no art. 142, inciso I, da lei nº 8.112/1990, quanto ao estabelecimento do marco inicial e a interrupção conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. PRESCRIÇÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR- PAD. MARCO INTERRUPTIVO. RETOMADA DA CONTAGEM DO PRAZO, POR INTEIRO, APÓS DECORRIDOS 140 DIAS DO INÍCIO DO PROCESSO. AÇÃO CAUTELAR. LIMINAR DEFERIDA PARA IMPEDIR A CONSUMAÇÃO DA DEMISSÃO. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM INVERTIDA. DEMISSÃO EFETIVADA. **PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA. SEGURANÇA DENEGADA.**⁴⁹

Desse modo, o que se observa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal é que parte das demandas Judiciais pleiteando anulação do processo administrativo disciplinar com fundamento na ocorrência de prescrição tem sido afastada, tendo em vista que a prescrição para apuração disciplinar é contado da data do conhecimento do fato pela autoridade competente, sendo interrompida com a instauração do processo disciplinar cujo prazo recomeça a contar por inteiro após o transcurso do lapso temporal de 140 dias que a Administração Pública tem para concluir o inquérito administrativo.

De outra banda, imperativo expor que o Superior Tribunal de Justiça tem considerado que somente a sindicância com caráter punitivo é capaz de interromper a prescrição, afastando deste modo a tese corriqueira utilizada pela Administração que somente após a sindicância investigativa tomou ciência dos fatos. Assim, deve a Administração ter o cuidado para que a sindicância punitiva ou o processo administrativo disciplinar seja instaurado antes do término do prazo prescricional contado a partir do momento em que a Administração tomou conhecimento, evitando que o servidor busque anulação judicial da pena disciplinar.

⁴⁹ BRASIL. Superior tribunal de justiça. *Mandado de Segurança nº 11.323/DF*, Relator Ministro Ericson Marinho, Terceira Seção, julgado em 24/06/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1415980&num_registro=200502142318&data=20150804&formato=PDF>. Acesso em : 25 out. 2015. Grifou-se.

3 OS REQUISITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

As funções administrativas exercidas pela Administração Pública são realizadas mediante atos jurídicos, sendo denominados atos administrativos. Estes atos consistem na manifestação unilateral da autoridade administrativa com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Nesse contexto, todo ato administrativo realizado pela Administração Pública deve observar uma série requisitos que visam assegurar a sua validade e eficácia. Assim, no processo administrativo disciplinar não é diferente, pois a observância dos requisitos legais tem como função primordial evitar ilegalidades e abusos em face do servidor acusado.

A doutrina administrativa costuma apontar cinco assim chamados requisitos ou elementos dos atos administrativos, a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto.⁵⁰ Desse modo, será analisado cada elemento do ato administrativo e sua aplicação no processo administrativo disciplinar no âmbito da lei nº 8.112/1990.

3.1 A competência do ato administrativo

A competência é a primeira condição de validade do ato administrativo e consiste na atribuição ao agente da administração para realizar determinadas funções.

Leciona Tácito citado por Meirelles “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito”.⁵¹ Nesse sentido, a competência será delimitada por normas jurídicas e se funda quanto a alguns critérios como natureza do ato, posição hierárquica do agente e assim por diante. Assim, a limitação da competência dos atos visa evitar erros e abusos.

Conforme a doutrina de Di Pietro aplica-se à competência as seguintes regras:

⁵⁰ ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 442.

⁵¹ TÁCITO, Caio, apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 155.

1. **decorre sempre da lei**, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, suas atribuições;
2. é **inderrogável**, seja pela vontade da administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público;
2. pode ser objeto de **delegação** ou de **avocação**, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei.⁵²

Ademais, podem ocorrer situações de omissão do legislador quanto à fixação da competência na realização de determinados atos. Assim, não havendo lei, entende-se que será competente o Chefe do Executivo, tendo em vista ser autoridade máxima da esfera administrativa. No entanto, existe exceção a esta regra, pois a lei nº 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, adotou critério diverso em seu artigo 17, prevendo que a inexistência da competência legal específica, permite que o processo administrativo seja iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.⁵³

A corroborar o art. 11 da lei nº 9.784/1999, dispõe que a competência é irrenunciável e deve ser exercida pelos órgãos administrativos com atribuição própria, exceto nos casos de delegação e avocação. Deste modo, através da aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público a competência é de exercício obrigatório.⁵⁴

Tendo como parâmetro a lei nº 8.112/1990 que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, o seu art. 149 prevê que a competência para conduzir o processo será da comissão processante, composta por três servidores estáveis que serão designados pela autoridade competente. Nesse sentido, a competência é definida pela lei e assegura ao administrado que o ato praticado por quem não esteja investido de

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 211. grifos do autor.

⁵³ Ibidem, p. 211.

⁵⁴ Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos. BRASIL. Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

certas atribuições ou quando o sujeito o pratica ultrapassando suas atribuições será considerado ilegal.⁵⁵

O art. 2º, alínea a, da lei nº 4.717/1965, menciona que é caso de nulidade os vícios quanto a incompetência.⁵⁶ Já a doutrina de Di Pietro utiliza a expressão vícios relativos ao sujeito e faz uma subdivisão de vícios quanto a incompetência e vícios quanto a incapacidade.⁵⁷ Os vícios quanto a competência são considerados pela doutrina clássica como a usurpação de função, excesso de poder e função de fato.

O excesso de poder fica caracterizado quando a autoridade administrativa atua fora ou além de sua esfera de competências, definida em lei. Entretanto, o vício de competência por excesso de poder nem sempre obriga à anulação do ato, pois pode ser convalidado, salvo em relação a competência da matéria e de competência exclusiva.⁵⁸

Assim, ocorrerá excesso de poder quando a autoridade competente para aplicar uma pena de suspensão no processo administrativo disciplinar aplica a pena de demissão que não é de sua atribuição.

O vício por incompetência quanto ao funcionário de fato é aquele que ocorre quando o agente público exerce o cargo sem investidura legal, com investidura aparente ou ainda com investidura irregular.⁵⁹

A doutrina clássica disciplina que deve ser protegido o administrado de boa-fé no vício quanto ao funcionário de fato, tendo em vista que a desconstituição do ato o prejudicaria sem qualquer culpa do mesmo, entretanto, quando manifesta e evidente a incompetência, os atos deverão ser considerados nulos em virtude de inexistência de requisito moral para fundamentar a boa-fé do agente.⁶⁰

São exemplos de vícios quanto à função de fato:

falta de requisito legal para investidura, como certificado de sanidade mental vencido; inexistência de formação universitária para função que a exige, idade inferior ao mínimo legal; o mesmo ocorre quando o servidor está suspenso do cargo, ou exerce funções depois de vencido o prazo de sua

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 246.

⁵⁶ Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência. BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação Popular. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

⁵⁷ DI PIETRO, loc. cit.

⁵⁸ ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 446-7.

⁵⁹ NOHARA, Irene Patrícia, *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 198.

⁶⁰ DI PIETRO, loc. cit.

contratação, ou continue em exercício após a idade-limite para aposentadoria compulsória.⁶¹

Nesse sentido, se a autoridade designada para conduzir o processo administrativo disciplinar tendo por referência o art. 149 da lei nº 8.112/1990, estiver suspensa do cargo não deverá atuar nele, pois se esta diante de um vício por incompetência da função de fato.

Quanto ao vício por usurpação de função, vale frisar que este constitui ilícito penal, e ocorre quando alguém que não foi investido por nenhuma forma em cargo, emprego ou na função pública, exerce atribuições de agente público sem ter ligação funcional alguma com a administração pública.⁶²

No tocante aos vícios de incapacidade, a doutrina de Di Pietro notoriamente se aprofunda e traz as situações previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil e os resultantes de erro, dolo coação, simulação ou fraude, que não possuem capacidade para diferenciar a nulidade absoluta da relativa, como é verificado no direito privado, tendo em vista que no direito administrativo o critério é diferente.⁶³

Ademais, a lei nº 9.784/1999, disciplina duas situações de incapacidade do sujeito que pratica o ato administrativo, em seus artigos 18 e 20, que se refere as hipóteses de suspeição e impedimento.

Segundo dispõe o artigo 18, incisos I a III, da lei nº 9.784/1999, esta impedido de atuar no processo administrativo o servidor ou autoridade que tenha interesse direto ou indireto na matéria; tenha participado ou venha participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau ou esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.⁶⁴

Quanto a suspeição, o artigo 20 da lei nº 9.784/1999 preconiza a possibilidade de ser arguida em momento oportuno a suspeição de autoridade ou servidor que

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 247.

⁶² ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 447.

⁶³ DI PIETRO, op. cit., p. 248.

⁶⁴ BRASIL. Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

possua amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.⁶⁵

Importante asseverar que o impedimento gera a presunção absoluta de incapacidade e por derradeiro a autoridade administrativa fica proibida de atuar no processo, devendo obrigatoriamente informar o fato à autoridade competente, sob pena de incorrer em infração disciplinar, nos termos do artigo 19, caput, parágrafo único, da lei nº 9.784/1999.

Por sua vez a suspeição gera a presunção relativa de incapacidade, tratando-se de mera faculdade e, portanto devendo ser arguida em momento oportuno, sob pena de ser considerada sanada. Segundo Di Pietro, tanto o impedimento quanto a suspeição em matéria administrativa são atos enquadrados como anuláveis e portanto poderá ser convalidado por autoridade que não se encontre na situação de suspeição ou impedimento.⁶⁶

Caso caracterizada a violação da competência estabelecida pela lei ou regulamento, a invalidação do ato poderá se dar pela própria administração através do poder de autotutela ou mediante a provocação do Poder Judiciário pela parte interessada. Assim, a lei atinge o ato em suas origens e a invalidação produzirá efeitos retroativos à data do cometimento do ato ilegal.

Leciona Di Pietro que:

A anulação feita pela própria Administração independe de provocação do interessado uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância. No entanto, vai-se firmando o entendimento de que a anulação do ato administrativo, quando afete interesses ou direitos de terceiros, deve ser precedida do contraditório, por força do artigo 5º, LV, da Constituição.⁶⁷

A doutrina não é unânime em estabelecer se a anulação do ato pela própria Administração Pública consiste em caráter vinculado ou caráter discricionário. Deste modo a corrente doutrinária que entende ser um dever da administração anular o ato baseia-se no princípio da legalidade. Já a corrente doutrinária que defende ser uma

⁶⁵ Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau. . BRASIL. Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 248.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 243-4.

faculdade da administração a anulação do ato, invoca o princípio da predominância do interesse público perante o privado.⁶⁸

Diante do exposto, independentemente se a natureza do ato for discricionário ou vinculado o seu elemento competência é sempre vinculado e os vícios de competência no processo administrativo disciplinar considerados ilegais levam a nulidade ou anulação do mesmo.

3.2 A forma do ato administrativo

Enquanto no âmbito das relações privadas os particulares podem manifestar-se livremente, na Administração Pública para que os atos tenham validade devem observar procedimentos específicos e forma legal. A forma consiste na exteriorização do ato administrativo e apresenta natureza instrumental visando garantir segurança jurídica.

Desse modo, a forma do ato permite o controle das competências administrativas e também dos poderes estatais. A doutrina de Meirelles descreve que "o revestimento exteriorizador do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição".⁶⁹ Entretanto, a doutrina atual questiona o posicionamento de Meirelles, considerando via de regra elemento vinculado e não um caráter absoluto, conforme se pode extrair da lei nº 9.784/1999.

O vício quanto a forma vem disciplinado na lei nº 4.717/1965, no seu art. 2º, parágrafo único, alínea b, dispondo que "o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato".⁷⁰

Segundo o art. 22, parágrafo 1º, da lei nº 9.784/1999, os atos do processo administrativo no âmbito federal são em regra, realizados por escrito. Assim se a lei descreve determinada forma, não há que se falar em discricionariedade para a autoridade administrativa auterá-la. Todavia, o próprio art. 22 do mesmo dispositivo legal menciona que os atos do processo administrativo não dependem de forma

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 244.

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 156.

⁷⁰ Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: b) vício de forma. BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação Popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

determinada senão quando a lei estabelecer, tendo em vista o chamado formalismo mitigado próprio do processo administrativo.

Nesse sentido, assevera Alexandrino e Paulo:

- a) quando a lei não exigir forma determinada para os atos administrativos, cabe a administração adotar aquela que considere mais adequada, conforme seus critérios de conveniência e oportunidade administrativas; a liberdade da administração é, entretanto, estreita, porque a forma adotada deve proporcionar segurança jurídica e, se tratar de atos restritivos de direitos ou sancionatórios, deve possibilitar que os administrados exerçam plenamente o contraditório e a ampla defesa;
- b) diferentemente, sempre que a lei expressamente exigir determinada forma para a validade do ato, a inobservância acarretará a sua nulidade.⁷¹

Salienta Maffini que a forma do ato administrativo é diferente de sua formalidade, pois enquanto aquela consiste na exteriorização do ato, esta é o modo de especificação da forma.⁷² Ainda, as formalidades se dividem em essenciais e não essenciais, sendo que os vícios referentes as não essenciais conduzem a meras irregularidades que podem ser simplesmente corrigidas, enquanto que os vícios referentes as formalidades essenciais levam a invalidade do ato.⁷³

Para Medauar a forma em sentido amplo traduz a exteriorização da vontade ou exteriorização da decisão, tendo por objetivo produzir resultados no âmbito do direito.⁷⁴ A doutrina clássica menciona duas concepções de forma como requisito do ato administrativo.

A primeira concepção diz respeito a uma visão mais restritiva descrevendo que o ato pode se dar de forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, etc., Entretanto, no caso do processo administrativo disciplinar previsto no art. 143 da lei nº 8.112/1990, deve ser obrigatoriamente respeitada a forma escrita, pois a sua natureza assim o exige.

Por sua vez a concepção mais ampla engloba todas as formalidades que devem nortear o processo de formação da administração, inclusive os atos de

⁷¹ ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 450.

⁷² MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 91.

⁷³ *Ibidem*, p. 91.

⁷⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 150.

publicação do ato.⁷⁵ Como exemplo de observância das formalidades no processo administrativo disciplinar, pode-se mencionar o art. 151, inciso I a III da lei nº 8.112/1990, que dispõe que o processo disciplinar desenvolverá com a instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, o inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório e o julgamento. Assim, como exemplo, caso a autoridade competente para aplicação de punição disciplinar não respeitar o contraditório e a ampla defesa, tal punição será nula.⁷⁶

Na lição de Medauar:

Na verdade, forma do ato administrativo engloba tanto os modos de expressar a decisão em si quanto a comunicação e as fases preparatórias, pois todos dizem respeito à exteriorização do ato, independentemente do conteúdo. Nessa linha, alguns autores denominam formas internas os aspectos do corpo ou texto do ato em si, como assinatura, data, forma escrita; e formas externas, os aspectos exteriores ao corpo ou texto, como as medidas preparatórias, a publicação.⁷⁷

Por fim, mister lembrar, que a motivação integra o ato administrativo e sua ausência quando de observância obrigatória, levará a nulidade do ato por vício de forma, pois a lei nesses casos considera a forma essencial à validade do ato, tendo em vista que a sua ausência não permite verificar a legitimidade do ato.⁷⁸

3.3 O motivo do ato administrativo

O motivo consiste na situação de fato e de direito que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. A situação de fato traduz um corresponde conjunto de circunstâncias, de acontecimentos e situações que direcionam a Administração Pública a praticar o ato. Por sua vez, a situação de direito é o dispositivo legal que se baseia o ato. Alguns doutrinadores utilizam a palavra motivo e causa como sinônimos, todavia a terminologia mais moderna prefere a expressão motivo,

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 214

⁷⁶ BRASIL. Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112compilado.htm >. Acesso em: 26 mai. 2015.

⁷⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.150.

⁷⁸ ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 450.

justamente para evitar confusão com a causa do direito privado, que tem sentido diverso do âmbito Público.⁷⁹ Ainda, quando o motivo estiver previsto em lei o agente só poderá praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista, ou seja, está vinculado ao ato. Entretanto, quando não existir previsão legal, o agente possui a liberdade de escolher em vista da qual realizará o ato.⁸⁰

Assevera Mello:

É que, mesmo se a lei não alude expressamente aos motivos propiciatórios ou exigentes de um ato, nem por isto haverá liberdade para expedi-lo sem motivo ou perante um motivo qualquer. Só serão de aceitar os que possam ser havidos como implicitamente admitidos pela lei à vista daquele caso concreto, por corresponderem a supostos fáticos idôneos para demandar ou comportar a prática daquele específico ato, espelhando, dessarte, sintonia com a finalidade legal.⁸¹

Portanto, não é qualquer fato que constitui motivo para realização do ato administrativo, os motivos devem guardar pertinência lógica ao conteúdo do ato, pois se o agente fundamentar a ocorrência de determinado motivo, a validade do ato dependerá da existência real do motivo que foi embasado.

Ademais, a legislação brasileira conceitua vício de motivo no art. 2º, parágrafo único, alínea *d*, da lei nº 4.717/65, dispondo que "a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido". Neste sentido, duas ponderações devem ser analisadas quanto ao elemento motivo, a primeira diz respeito à ocorrência ou não do fato e a segunda consiste na adequação correta do fato com o pressuposto de direito.⁸²

Assim, no processo administrativo disciplinar ocorrerá vício de motivo quando a autoridade competente aplica punição ao servidor, mas o mesmo não praticou infração alguma, estando enquadrado em absoluta inexistência material do motivo. De outra banda, ocorrerá inadequação do motivo quando a autoridade aplica ao servidor sanção muito superior à permitida por determinado estatuto diante de

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 157.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.401.

⁸¹ *Ibidem*, p. 401.

⁸² NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 203.

infrações administrativas leves, ou seja, punir com demissão fato que caberia apenas uma advertência.

Nesse sentido, na disciplina vinculada a autonomia para escolha do motivo é reduzida, assim como é a liberdade para formular representações referentes aos fatos e sua natureza jurídica. Deste modo, quando existe vinculação do motivo pela própria norma, a autoridade competente no processo administrativo disciplinar somente realizará o simples exame e a qualificação dos fatos. Por sua vez, quando a disciplina for discricionária, o agente público possui ampliação para formalização de representações mentais quanto ao motivo e oportunidade para realizar determinado ato.⁸³

Mister lembrar que não se deve confundir motivo com motivação do ato. A motivação consiste na demonstração dos motivos, ou seja, a exposição de forma escrita, de que os requisitos de fato realmente existiram. Assim, no ato de punição cabe a Administração Pública demonstrar a ocorrência da infração. De outra banda, a motivação relaciona-se com as formalidades do ato.⁸⁴

A importância da correta aplicação dos motivos relaciona-se com o princípio da legalidade, porém a doutrina brasileira adotou com certo grau de adaptações da jurisprudência Francesa, a teoria dos motivos determinantes. Esta teoria pressupõe que o agente público no exercício de suas atribuições, só pode ter por motivo determinante o bom funcionamento das atividades públicas, de maneira que qualquer ato praticado pelo agente que não tenha interesse público pode ser alegado pela parte interessada.⁸⁵

A respeito dos motivos determinantes, que nos atos em que a motivação é obrigatória, além de ser um elemento de validade a própria motivação, a existência condiciona a validade do ato administrativo, todavia, nos atos em que a motivação não é obrigatória, mas que foi mencionada, a existência dos motivos condiciona a validade do ato administrativo.⁸⁶

Leciona Maffini:

⁸³ JUSTIN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 446-7.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 217.

⁸⁵ NOHARA, Irene Patrícia, *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 203.

⁸⁶ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 95.

Uma questão interessante, a cerca da teoria dos motivos determinantes, diz respeito àqueles atos administrativos que podem ter mais de uma decisão fático-jurídica, legalmente prevista, suficiente para lhe servir de fundamento. Neste caso, quando um determinado ato administrativo houver sido praticado em face de um conjunto de motivos determinantes, cada um dos quais suficiente para a perpetração do ato, a inexistência ou incongruência de um dos motivos não ocasionará a invalidade do ato, se os motivos remanescentes forem suficientes para sua prática. Ou seja, se restar comprovado que um dos motivos inexistente ou é incongruente, o ato administrativo não será inválido caso reste demonstrado que remanescem íntegros outros motivos aptos a justificar, per se, a sua concretização.⁸⁷

Assim, caso o ato de demissão de um servidor for baseado em duas infrações distintas, mas que isoladamente cada uma delas por si só pode ensejar a demissão do servidor, a comprovação de que não ocorreu uma infração não pode invalidar o ato se a outra infração da motivo suficiente para realização do ato administrativo.

Não obstante, o controle dos motivos também possui relação com os conceitos jurídicos indeterminados, que consistem em conceitos vagos, imprecisos, etc. Deste modo quando a lei não fixar um parâmetro para estes conceitos, cabe ao intérprete valorar com maior grau de subjetivismo o seu preenchimento, entretanto, não deve ser associado ao conceito de mérito que por muito tempo esteve relacionado aos conceitos jurídicos indeterminados, pois estes são pressupostos de direito do motivo e não afastam a controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.⁸⁸ Além disso, os conceitos jurídicos indeterminados possuem zona de certeza e incerteza, sendo que aquela não abre margem para a discricionariedade, pois trata de um controle interpretativo.

3.4 O objeto do ato administrativo

O objeto consiste no efeito prático pretendido com a realização do ato administrativo ou a alteração por ele trazida ao ordenamento jurídico. Assim, todo ato administrativo visa a criação, alteração ou comprovação de situações jurídicas referentes a pessoas, coisas ou demais atividades submetidas ao Poder Público.

Alguns doutrinadores consideram o objeto do ato diferente do conteúdo, como por exemplo no caso de demissão do servidor público, em que o objeto é a relação

⁸⁷ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 95.

⁸⁸ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 205.

funcional do servidor com a Administração e sobre a qual fundamenta o conteúdo do ato, ou seja, a demissão. Ressalta-se que o objeto sempre deverá ser lícito, ou seja, o resultado pretendido deve estar em consonância com o ordenamento jurídico, moral, consistente na observação dos princípios éticos e demais regras norteadoras da Administração Pública e por fim deve ser possível, consoante a algo que pode ser realizado do ponto de vista prático e de direito.⁸⁹

Não basta que o ato não contrarie a lei, é imperioso que o mesmo seja permitido pela lei, pois a legalidade no direito administrativo deve ser interpretada em sintonia com os demais princípios constitucionais que informam o direito brasileiro.⁹⁰ Assevera Nohara:

O vício de ilicitude do objeto também se comunica com o motivo e com a finalidade, uma vez que um objeto ilícito, impossível ou indeterminado estará em desacordo com as normas jurídicas pertinentes (pressupostos do motivo) e pode violar o interesse público que deve impulsionar a declaração de vontade do Estado.⁹¹

No tocante aos atos vinculados, se existir um motivo que corresponde a somente um objeto, constatado este motivo à realização do ato prevista na lei ou regulamento é obrigatória.⁹² Quanto aos atos discricionários, existe a liberdade de valoração dos motivos e, como consequência a escolha do objeto, dentre as possibilidades autorizadas pela lei ou regulamento. Assim, o ato só será praticado quando a Administração Pública considerar oportuno e conveniente, mas em observância aos limites da lei.⁹³

A doutrina em sentido geral entende que nos atos vinculados, motivo e objeto serão sempre vinculados, enquanto que nos atos discricionários, motivo e objeto são discricionários. Assim, é no motivo e no objeto que se permite verificar se o ato é discricionário ou vinculado.⁹⁴

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.150.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 398.

⁹¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 220.

⁹² ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 454.

⁹³ *Ibidem*, p. 454.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 454.

O vício quanto ao objeto está previsto na lei nº 4.717/1965, no seu art. 2º, parágrafo único, alínea "c", preconizando que "a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo".⁹⁵

A ocorrência de vício quanto ao objeto merece relevância em duas situações específicas, a primeira consiste na prática do ato com conteúdo não previsto em lei, como no caso do art. 130, caput, da lei nº 8.112/1990, em que a suspensão disciplinar não poderá exceder a 90 dias e a autoridade administrativa edita um ato suspendendo o servidor por 100 dias, assim, tal ato seria nulo pelo vício de objeto. Por sua vez, a segunda situação que merece destaque é referente ao ato praticado com objeto diferente daquele que a lei prevê para aquela situação, como no caso de uma infração que vincula somente a possibilidade de advertência e a autoridade administrativa aplica a pena de suspensão ao servidor.

Segundo Alexandrino e Paulo, muitas vezes fica difícil distinguir vício de objeto e vício de motivo em virtude da incongruência entre o fato e a norma, pois enquanto que o vício de motivo decorre de conhecimento defeituoso do fato, ou erro referente a interpretação da hipótese legal que descreve o motivo do ato, o vício de objeto não reflete erro na análise do fato e nem na interpretação da hipótese legal descritora do motivo, mas sim do objeto não previsto na lei ou regulamento para o correto enquadramento.⁹⁶

Portanto, apesar do vício de motivo e de objeto por muitas vezes ser confundido, a relação entre os mesmos consistem em causa e efeito e sua incongruência de qualquer modo conduzirá a um ato nulo.

3.5 A finalidade do ato administrativo

A finalidade consiste no objetivo fim que a Administração Pública visa alcançar com a prática do ato, sendo considerada um efeito jurídico mediato. Segundo Di Pietro a finalidade deve ser entendida em dois sentidos diferentes:

⁹⁵ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação Popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

⁹⁶ ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 455.

1. **em sentido amplo**, a finalidade corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter finalidade pública.
2. **em sentido restrito**, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei: nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.⁹⁷

Na finalidade em sentido amplo o ato administrativo não pode servir para satisfação de interesses particulares ou egoísticos, devendo ser orientado a satisfação dos interesses da coletividade.⁹⁸ Deste modo, a comprovação de que a administração Pública praticou o ato com finalidade diversa do interesse público estaria diante de um vício por desvio de finalidade. Ocorre que na maioria das vezes é de difícil comprovação perante o Poder Judiciário que o ato administrativo ocorreu com desvio de finalidade, pois geralmente existe apenas indícios da simulação de finalidade pública.

A finalidade em sentido restrito permite vislumbrar que além da observância do sentido amplo da finalidade, a administração deverá observar a finalidade no caso concreto para qual o ato foi praticado. A doutrina majoritária em relação aos atos administrativos em geral caminha no sentido de que tanto a inobservância da finalidade pública em sentido amplo, quanto a inobservância da finalidade pública em sentido restrito configuram o vício de desvio de finalidade.⁹⁹

A lei nº 4.717/1965, em seu art. 2º, parágrafo único, alínea "e" estabelece que "o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência".¹⁰⁰

Ademais, cabe ao legislador definir a finalidade que o ato administrativo deve alcançar, tratando-se de um elemento vinculado e por derradeiro nunca será o agente público que determinará a finalidade perseguida em sua atuação, mas sim a lei.¹⁰¹ Assim, se a lei definir a demissão como um ato punitivo, não pode o

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 216-7. Grifou-se.

⁹⁸ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 92.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 93.

¹⁰⁰ BRASIL. Lei nº 4.717, De 29 de junho de 1965. Regula a ação Popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁰¹ ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 448.

administrador utilizá-la com outra finalidade que não a de punição.¹⁰² Ainda, se a lei prevê a remoção ex officio de servidor para atender a necessidade do serviço público, não pode ser utilizada para fim diverso como a de punição.¹⁰³

A doutrina de Nohara aprofunda o estudo estabelecendo que no desvio de poder, o agente pretende outros fins, que não os de direito, camuflados pela falsa aparência de legalidade. Desta forma, com essa nova realidade, a jurisprudência europeia criou um rol de indícios que foram coletados e comentados por José Cretella Júnior, a fim de expor a ocorrência de vício de finalidade:

1. **contradição com os atos posteriores:** como no caso em que a administração alega falta de verbas exonera servidor em cargo em comissão e na sequência nomeia outro para sua vaga;
2. **contradição com os atos anteriores:** situação relatada na jurisprudência italiana, em que o funcionário muito elogiado foram encargos importantes e delicados e, na sequência, o mesmo funcionário foi demitido sob alegação de incapacidade e escasso rendimento;
3. **motivação excessiva:** também é um indício a ser ponderado, pois o órgão que possui um motivo claro e suficiente para praticar determinado ato não sente a necessidade de reforçar o motivo com inúmeras outras considerações acessórias. Tal circunstância foi relatada em parecer de lavra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em que, numa desapropriação ocorrida em Salvador, o decreto expropriatório possuía motivação excessiva e contraditória, pois declarava a utilidade pública, em caráter de urgência ao imóvel residencial particular, para que nele se instalasse escola-parque para crianças excepcionais e também que houvesse o necessário embelezamento da cidade;
4. **motivação contraditória,** isto é, falta de nexo lógico entre as premissas e o ato, que deixa o interprete perplexo a respeito do verdadeiro móvel inspirador do administrador, como no exemplo anterior;
5. **motivação insuficiente:** que gera a nulidade em inúmeras circunstâncias, dentre as quais se destacam as seguintes: 'ato administrativo. Concurso público para docente em universidade. Alteração pelo conselho de ensino e de pesquisa dos resultados apurados pela comissão examinadora e anulação do certame sem declinação dos motivos. Nulidade' (STF, RDA 105/210) e 'é nula a demissão do funcionário sem que tenha sido apontada, expressamente, a sua falta funcional' (TJSP, RDA 70/172); e
6. **alteração dos fatos:** adulteração, deformação ou ausência de justificação com fatos reais.¹⁰⁴

Diante do exposto, torna-se por vezes difícil a denúncia de ocorrência de desvio de poder com base em apenas um indício, cabendo ao magistrado ou administrador responsável pelo controle do ato orientar-se pela consistência e razoabilidade dos argumentos em função dos dados contidos no caso concreto.

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 217.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 217.

¹⁰⁴ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 210-1. Grifos do autor.

Portanto, ocorre vício específico de finalidade quando os atos apresentam forma legal, são emanados por autoridade administrativa competente, apresentam motivos aparentes verdadeiros e objetos lícitos, todavia a real intenção do agente desvia os fins que fundamentam a outorga de competência, em especial na competência discricionária.¹⁰⁵ Assim, pode se dizer que a autoridade administrativa que pratica um ato com desvio de finalidade, geralmente procura omitir o vício com um manto de legalidade, para que não seja descoberta a verdadeira intenção em descompasso com o interesse público.

¹⁰⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 209-10.

4 O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No decorrer do processo administrativo disciplinar a autoridade administrativa pratica diversos atos, alguns considerados vinculados enquanto outros são discricionários. Nesse contexto, diante da inércia da autoridade administrativa que não anula ou revoga atos administrativos que não observaram requisitos essenciais, questiona-se qual limite de intervenção do poder judiciário no controle destes atos.

4.1 O princípio da legalidade na Administração Pública

No Estado Democrático de Direito é dever da Administração Pública a observância e o fiel cumprimento das disposições legais. Deste modo enquanto o particular pode fazer tudo àquilo que não é proibido, em razão do princípio da autonomia da vontade, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido.

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra o princípio da legalidade em seu art. 5º, inciso II, estabelecendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”¹⁰⁶ Todavia, o princípio da legalidade é imposto a Administração Pública no art. 37, caput, da Constituição prevendo que “A administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.¹⁰⁷ Assim, o art. 37, caput da Constituição completa-se com a regra do art. 5º, inciso II, estabelecendo que a Administração Pública não pode, por simples ato

¹⁰⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2015.

¹⁰⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2015.

administrativo, estabelecer direitos, criar obrigações e impor restrições aos administrados sem observar as disposições legais.¹⁰⁸

Leciona Maffini de forma clara e sucinta que a ausência de norma direcionando determinado comportamento não traduz a noção de liberdade como existe no direito privado e, portanto o ilícito no direito administrativo não será somente a prática de uma ação legalmente proibida, mas também aquela que não foi permitida por meio de norma legal.¹⁰⁹

Brilhantemente assevera Mello:

Nos termos do art. 5º, II “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.Aí não se diz “em virtude de” decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se “em virtude de lei”. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coatar a liberdade dos administrados, salvo se *em lei* já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.¹¹⁰

Desse modo, o princípio da legalidade em conjunto com o controle da Administração pelo Poder Judiciário, constitui uma das principais garantias para assegurar os direitos individuais. Neste liame, quando a legislação o define, estabelece também os limites da atuação da Administração Pública com restrições de tais direitos em prol da coletividade.¹¹¹

Indispensável ressaltar em matéria de legalidade, algumas decisões como é o caso das Súmulas vinculantes abrangem não apenas os demais Órgãos do Poder Judiciário, mas também engloba a Administração Pública direta e indireta de todas as esferas federativas.¹¹² Discorre Freitas:

Assim, a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de

¹⁰⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2015.

¹⁰⁹ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 105-6.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 64.

¹¹² JUSTIN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 227.

características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teologia constitucional. A justificação apresenta-se menos como submissão do que como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia mitigada.¹¹³

Alguns doutrinadores defendem que o art. 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil deveria ser considerado princípio da Constitucionalidade, tendo em vista a Supremacia na ordem jurídica.¹¹⁴

Assim, é sabido que todas as leis devem ser interpretadas em consonância com a Constituição, pois quando se afirma que a validade da atividade administrativa depende de sua compatibilidade com a lei, significa que a atividade administrativa é de fato determinada, em último exame, pela própria Constituição.¹¹⁵

Para Mello, o princípio da legalidade é à base do regime jurídico-administrativo, tendo em vista consagrar a idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida em conformidade com a lei e por derradeiro, a atividade administrativa é considerada infra legal, consistente na elaboração de comandos complementares à lei.¹¹⁶

Salienta-se que o princípio da legalidade tem função de suma importância no âmbito das atividades administrativas, pois opera como firme anteparo contra os subjetivismos arbitrários, devendo expressar a vontade impessoal e geral.¹¹⁷

Portanto, no processo administrativo disciplinar o princípio da legalidade assegura que o processo tramite em conformidade com as normas legais. Deste modo, ao mesmo tempo em que tal princípio afasta arbitrariedades, mantém o interesse público na defesa da norma objetiva, garantindo o império da legalidade e da justiça no funcionamento da administração Pública.

¹¹³ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores, 2004, p. 44.

¹¹⁴ JUSTIN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 226.

¹¹⁵ Ibidem, p. 226.

¹¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 103.

¹¹⁷ FREITAS, loc.cit.

4.1.1 Dos atos administrativos vinculados

Os atos administrativos vinculados são aqueles em que a Administração Pública pratica sem possuir margem alguma de liberdade, pois existe disposição legal prevendo o único comportamento possível a ser obrigatoriamente adotado sempre que se configure a situação objetiva descrita na lei. Deste modo, não cabe ao agente público analisar conveniência e oportunidade em relação a edição do ato, pois se atendidas as condições legais, o ato deve ser praticado.

Segundo Freitas, o ato vinculado é analisado sob o aspecto da legalidade, em sentido amplo, ou seja, não somente aquela que afasta os juízos de conveniência, mas a totalidade daquelas alavancadas de Arquimedes do Direito, que consistem nos princípios constitucionais.¹¹⁸

A doutrina de Meirelles ensina que dificilmente um ato administrativo será totalmente vinculado, pois sempre existirão aspectos em que a Administração terá opções na sua execução.¹¹⁹ Conforme entendimento de Freitas:

Em matéria de atos vinculados, deles se pode dizer que, havendo manifestos riscos de violações irreparáveis- ou de difícil reparação -, dos princípios, impõe-se deixar de praticá-los, por não se aderir á visão mecânica, exegética e automatismo do princípio da legalidade, ou, noutro viés, por compreender tal princípio na relativização patrocinada pela interatividade com os outros vetores consagrados pelo ordenamento. Acresce, por isso, que o controle dos atos administrativos haverá de se alargar, abrangendo, com maior rigor, a íntegra dos motivos dados.(fundamentos de fato e de direito).¹²⁰

A vinculação é necessariamente interligada pelo sistema jurídico aberto, e por derradeiro muito mais ampla e profunda do que o principio da legalidade. Assim, a decisão tomada por ocasião da lei não permite juízos livre e ilimitados do administrador, mas reflete a concretização da solução mais adequada e satisfatória conforme critérios abstratamente previstos em lei ou derivados do conhecimento técnico-científico ou correta concepção da realidade. Em suma, se a Constituição assim determinar ou se for essa a vontade do legislador, a matéria legislativa será

¹¹⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores, 2004, p. 212.

¹¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 121.

¹²⁰ FREITAS, op.cit., p. 214. Grifos do autor.

completa e limitada, caso em que se reconhecerá a competência vinculada do aplicador da lei.¹²¹

Assevera Medauar que a doutrina contemporânea caminha no sentido de que nas atividades administrativas, são raras as situações de vinculação pura e de discricionariedade pura, sendo insustentável a oposição rígida entre poder vinculado e poder discricionário, pois o melhor seria fazer um juízo do aspecto dominante no exercício do poder, descrevendo em que situação predomina o poder vinculado ou poder discricionário.¹²²

Imperativo expor a lição de Maffini:

Inicialmente, deve-se advertir que, embora a definição da vinculação seja singela, a aplicação de regras vinculadas, no caso concreto, não devem ser entendida como automática. A interpretação acompanha necessariamente todas as situações de aplicação de regras legais, inclusive as vinculadas. Assim, apesar do esquema normativo contido nas regras vinculadas (ocorrência da hipótese legal seguida da concretização da consequência jurídica única prevista na regra de atribuição de competência), não se pode olvidar que há, por vezes, questões de interpretação altamente complexas, tanto da hipótese normativa quanto da consequência jurídica que dela decorre.¹²³

Portanto, resta claro que a autoridade administrativa estaria se equivocando na execução do ato administrativo ao supor que a vinculação dar-se-ia em virtude de inteira e exclusivamente do princípio da legalidade, quando necessário que o ato administrativo respeite os demais princípios atinentes.

4.1.2 Dos atos administrativos discricionários

A discricionariedade segundo Di Pietro, consiste na margem de liberdade de uma decisão diante de um caso concreto, ou seja, na escolha pela autoridade, de uma dentre várias soluções possíveis, devendo para tanto, serem admitidas pelo direito.¹²⁴

¹²¹ JUSTIN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 254.

¹²² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 120.

¹²³ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 57.

¹²⁴ DI PIETRO, Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 219.

Nesse sentido, a discricionariedade é feita através dos critérios de conveniência e oportunidade, justiça, equidade, próprios da autoridade, pois a lei não os define. Assim, no tocante ao processo administrativo disciplinar, embora exista discricionariedade, alguns atos não são totalmente livres, em especial aos que dizem respeito à competência, a forma e a finalidade, pois existe limitação legal a respeito.¹²⁵

Vale ressaltar, que a discricionariedade existente no processo administrativo disciplinar possui margem de liberdade nos limites traçados pela lei. Deste modo, quando a autoridade administrativa ultrapassa esses limites, incorre em uma decisão arbitrária e conseqüentemente ilegal.

Leciona Di Pietro, que a doutrina justifica a existência da discricionariedade através de um critério jurídico e outro prático.¹²⁶ O critério jurídico descreve o direito através de degraus, onde deve ser considerado a norma de grau superior, neste caso se tratando do direito brasileiro à Constituição Federal e as outras vão sendo criadas como leis e regulamentos, até a finalização do ato no caso concreto.

Quanto ao critério prático, a discricionariedade justifica-se para evitar o automatismo, que ocorreria se os agentes administrativos aplicassem rigorosamente as normas existentes e para suprir a impossibilidade de prever pelo legislador todas as situações possíveis que o administrador terá de enfrentar.¹²⁷

A discricionariedade pode referir-se a alguns elementos do ato administrativo, sendo mais comum encontrá-la no motivo e no conteúdo do ato. No processo administrativo disciplinar o motivo será discricionário quando a lei ou regulamento define o mesmo com expressões vagas, vocábulos plurissignificativos, conhecidos pela doutrina por conceitos jurídicos indeterminados, que permitem a administração apreciá-los utilizando os critérios de conveniência e oportunidade. Assim, o motivo será discricionário quando a lei manda punir o servidor que praticar falta grave ou procedimento irregular, sem descrever em que consistem.¹²⁸

Quanto ao conteúdo ou objeto do ato, haverá discricionariedade quando a lei definir vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim. No processo administrativo disciplinar ocorrerá discricionariedade do objeto quando a lei ou regulamento

¹²⁵ ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 421.

¹²⁶ DI PIETRO, Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 219.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 220.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 222.

estabelecerem para a mesma infração duas possibilidades diferentes de punir, como por exemplo, as penas de multa ou de suspensão.

Diante do contexto da discricionariedade, indispensável se faz tratar do mérito do ato administrativo. O mérito do ato administrativo consiste na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, realizadas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre conveniência, oportunidade e justiça do ato a ser executado.¹²⁹

Leciona Di Pietro que somente existirá mérito onde a discricionariedade estiver presente, sendo utilizado no direito brasileiro como palavra mágica para limitar o controle do poder Judiciário.¹³⁰ Assim, nos atos vinculados, onde não existe faculdade de opção pela autoridade administrativa, mas somente a possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato que condicionam o processo administrativo, não há que se falar em mérito, tendo em vista que a autoridade administrativa deve praticar o ato em atendimento as disposições legais.¹³¹

Vale frisar, que apesar do ato ser praticado com a utilização de poder discricionário, ele poderá ser revisto e anulado pelo judiciário quando se utilizar do rótulo de mérito administrativo, mas eivado de ilegalidade resultante de abuso de poder.

4.2 O controle Jurisdicional dos atos vinculados e discricionários na concepção doutrinária

Diante de ilegalidades, abusos e arbitrariedades que ocorrem muitas vezes nas atividades administrativas, em especial as que dizem respeito ao processo administrativo disciplinar, é pacífico o entendimento de que a própria autoridade administrativa através da utilização do princípio da auto-tutela poderá rever seus atos e diante de irregularidades anulá-los ou revogá-los. Ocorre que, esse controle interno nem sempre é exercido de forma correta ou em determinadas situações a administração se mantém inerte.

¹²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 159.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1998*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 129.

¹³¹ MEIRELLES, loc. cit.

Nesse contexto, surge o princípio da inafastabilidade do controle do poder Judiciário, com previsão na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, dispondo o seguinte: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".¹³² Deste modo, o controle jurisdicional consiste num controle externo, de regra, repressivo ou corretivo, desencadeado mediante provocação, representando um dos pilares do Estado de direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos.¹³³

Ademais, quanto à questão da exigência de esgotamento das vias administrativas ressalta-se que o princípio da proteção Judiciária situa-se na regra da não exigência de exaustão prévia administrativa para que se possa ingressar em juízo. Neste sentido, quem sofrer lesão a direito ou estiver sob ameaça de lesão proveniente de atividade administrativa não é obrigado a interpor recurso administrativo primeiro, para posterior, decidido este, ajuizar ação.¹³⁴

Outra situação que tem suscitado relevantes debates a respeito do controle jurisdicional da Administração diz respeito ao alcance da atuação do Judiciário. Nesta vereda, o posicionamento favorável ao controle restrito baseia-se na legalidade estrita, fundamentado na impossibilidade do judiciário na ingerência em atividades típicas do Executivo, ante o princípio da separação dos poderes e também pelo fato que descabe ao judiciário que não é provido de mandato eletivo apreciar aspectos relativos ao interesse Público.¹³⁵ Assim, quem defende este entendimento argumenta que o poder Judiciário somente poderá apreciar matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto.

De outra banda, o posicionamento favorável ao controle amplo argumenta que pelo princípio da separação dos poderes, o poder detém o poder, incumbindo ao poder judiciária a jurisdição e, portanto, o controle jurisdicional da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida, além do mais, invocar separação dos poderes para limitar o controle jurisdicional faz com que o controle de constitucionalidade de lei perde grande parte de sua força.¹³⁶

¹³² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2015.

¹³³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 430.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 431.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 432-3.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 433.

Segundo Medauar, atualmente o ordenamento pátrio faz o controle da legalidade com bases mais amplas, pois existe respaldo constitucional, todavia, não se trata de substituição do administrador pelo juiz, e sim uma atuação voltada apenas a anular ou invalidar o ato ilegal.¹³⁷ Neste liame a ampliação do princípio da legalidade deve ser interpretada com inclusão dos demais princípios constitucionais, especialmente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois constitui notadamente um grande avanço no direito administrativo.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade apesar de não estarem previstos expressamente no art. 37 caput, da Constituição Federal de 1988, a doutrina menciona que estão previstos de forma implícita no art. 5º, LIV, da CRFB/1988 e são constantemente utilizados no controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, pois são considerados instrumentos limitadores da discricionariedade administrativa.¹³⁸

Alguns autores e até mesmo a lei nº 9.784/1999 tratam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade separadamente, com base numa visão constitucionalista. Esta corrente constitucionalista afirma que a razoabilidade foi acolhida nos ordenamentos pela influência *rule of reasonableness*, originária da Inglaterra, influenciando a criação norte-americana do devido processo legal substantivo, a proporcionalidade surgiu da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que dissociou o conceito em três subelementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹³⁹

Segundo Nohara, a proporcionalidade foi desdobrada pela doutrina alemã em:

- a) **adequação**, isto é, ponderação da aptidão que o meio escolhido tem para alcançar o resultado pretendido, assim, não seria adequada, sendo, portanto, irrazoável, a imposição de quarentena sanitária a veículo como meio de punir pessoa que ultrapassou sinal vermelho de trânsito.
- b) **necessidade** ou **exigibilidade**, correspondente à indagação acerca do grau de restrição do meio escolhido em relação aos demais direitos fundamentais [...].
- c) **proporcionalidade em sentido estrito**, que envolve a razoável proporção no equilíbrio ou ponderação entre bens e valores, ou seja, entre a limitação do direito e a gravidade e a gravidade da situação fática, [...].¹⁴⁰

¹³⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 433.

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1998*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 80.

¹³⁹ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 95-6.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 98. Grifos do autor.

Por sua vez a razoabilidade pode ser entendida como um aspecto legal, tendo em vista que a análise do direito afasta opções irrazoáveis, imorais e ilegítimas, pois serve de parâmetro interpretativo limitador da discricionariedade do administrador, entretanto o adequado controle jurisdicional vai depender da sensibilidade do Poder Judiciário na reflexão e ponderação dos motivos e fins de cada ato estatal.¹⁴¹

Contudo, a doutrina de Di Pietro, expõe que a proporcionalidade constitui um aspecto da razoabilidade, em virtude deste exigir proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração Pública e os fins a ser alcançado.¹⁴² Deste modo, a proporcionalidade deve ser analisada pelo administrador com observância aos padrões comuns conforme o caso concreto e não simplesmente na letra fria da lei.

Denota-se dizer que apesar da norma legal prever uma certa margem de liberdade para a decisão administrativa, conforme critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade por vezes é reduzida segundo o caso concreto, onde os fatos podem direcionar o administrador para a melhor solução.

Leciona Nohara, que a razoabilidade consiste mais em um juízo do que um princípio e analisa basicamente o equilíbrio entre meios e fins, especialmente no que diz respeito à adequação dos meios, em virtude da aptidão para atingirem determinadas finalidades.¹⁴³ Assim, a razoabilidade consiste na análise do meio termo, com algo que não representa excesso, nem ausência, ou seja, relação de adequada proporção entre as coisas. Portanto, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no tocante ao processo administrativo disciplinar visa garantir a não aplicação de sanções em medida superior àquela estritamente necessárias ao atendimento da finalidade Pública.

Assevera Meirelles:

Todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade) e com presteza e rendimento funcional (princípio da eficiência). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato,

¹⁴¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 98.

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1998*. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 81.

¹⁴³ NOHARA, op. cit., p. 94.

expondo-o a anulação por ela ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado.¹⁴⁴

Nesse contexto, não se deve confundir ato discricionário com ato arbitrário, pois aquele quando permitido e emitido nos limites da lei é lícito e válido enquanto este é sempre ilícito e inválido. Por este motivo que o Judiciário poderá controlar o ato argüido como discricionário, em primeiro momento, para verificar se realmente é discricionário e segundo para verificar se a discricção não ultrapassou para o arbítrio.¹⁴⁵ Portanto, tanto o ato administrativo decorrente do poder discricionário quanto do poder vinculado é passível de controle jurisdicional.

4.3 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de controle jurisdicional dos atos no processo administrativo disciplinar.

Por muito tempo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal manteve o posicionamento no sentido de limitar o controle jurisdicional dos atos administrativos com base na legalidade em sentido estrito, ou seja, uma legalidade que não estava atrelada aos demais princípios Constitucionais. Entretanto a ampliação do princípio da legalidade trouxe uma nova concepção no controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, permitindo deste modo uma revisão ampla, a fim de afastar arbitrariedades, desvio de finalidade e demais ilegalidades.

Pode observar-se em diversos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal a possibilidade do controle amplo na revisão do processo administrativo disciplinar com base no princípio da legalidade, proporcionalidade, razoabilidade e demais princípios constitucionais. Todavia este controle amplo não deve ser confundido com a possibilidade de adentrar no mérito.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da terceira seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Mandado de Segurança nº 13678/DF, ocorrido em 22/06/2011, em seu voto, afirmou que no caso de imposição de pena de

¹⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 745. Grifos do autor.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 745.

demissão, por ser medida extrema deve ser observado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade da pena, conforme se vislumbra na ementa abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VÍCIOS. INEXISTÊNCIA. TIPIFICAÇÃO INADEQUADA DA CONDUTA DO IMPETRANTE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INOBSERVÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. As supostas irregularidades da portaria inaugural, assim como as que teriam ocorrido no processo administrativo não ensejam a sua anulação, notadamente porque não causaram prejuízo ao impetrante.

2. Para a aplicação da pena máxima faz-se necessária a existência de provas suficientes da prática da infração prevista na lei, bem como impõe-se a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade da pena, o que não ocorreu no caso, uma vez que não se levou em conta o disposto no art. 128 da Lei nº 8.112/90.

3. Ordem concedida.¹⁴⁶

Em julgado mais recente ocorrido em 23/09/2015, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, na análise do Mandado de Segurança nº 21645, de sua relatoria, esclarece que as sanções disciplinares não se aplicam de forma discricionária nem automática, senão vinculadas às normas e sobretudo aos princípios que regem e norteiam a atividade punitiva no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar. Assim a jurisdição sancionadora deve pautar-se pelo garantismo judicial, aplicando às pretensões punitivas o controle de admissibilidade que resguarda os direitos subjetivos do imputado, ao invés de apenas viabilizar o exercício da persecução pelo órgão repressor.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR DA RECEITA FEDERAL. DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO PÚBLICO. AUSÊNCIA DO ANIMUS DELERINQUENDI. A INTENÇÃO É ELEMENTO INTEGRANTE DO ILÍCITO DISCIPLINAR DO ABANDONO DE CARGO: ART. 138 DA LEI 8.112/90. NÃO HÁ QUE SE DISCUTIR SE A JUSTIFICATIVA DO SERVIDOR EM FALTAR AO TRABALHO É OU NÃO LEGAL. É DEVER DA ADMINISTRAÇÃO COMPROVAR A INTENÇÃO DO ADMINISTRADO EM ABANDONAR O CARGO QUE OCUPA, O QUE NÃO SE REVELOU NO CASO CONCRETO. SERVIDOR QUE SE AUSENTE DA SEDE FUNCIONAL PARA EVITAR PRISÃO QUE DEPOIS DE DECLAROU

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 13678/DF, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 22/06/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1446723&num_registro=201500461770&data=20150930&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2105.

INCABÍVEL.PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ENTRETANTO, MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO.¹⁴⁷

Ademais, no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.348/DF, ocorrido em 12/08/2015, o Relator Ministro Mauro Campbell Marques, da primeira seção, afirma que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o exame da proporcionalidade e da razoabilidade da penalidade imposta ao servidor, porquanto se encontra relacionada com a própria legalidade do ato administrativo, pois o controle do processo administrativo disciplinar pelo Poder Judiciário limita-se ao exame da regularidade do procedimento e a legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe vedada qualquer incursão no mérito administrativo a impedir a análise e valoração das provas constantes no processo disciplinar, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL.SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. TECNOLOGISTA DE PESQUISA GEOGRÁFICA E ESTATÍSTICA E TÉCNICO DE ESTUDO E PESQUISA DO QUADRO DE PESSOAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ART. 117, IX, DA LEI 8.112/1990. CONTROLE JURISDICIONAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. **EXAME DA REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO E DA LEGALIDADE DO ATO.** IMPOSSIBILIDADE DE INCURSÃO DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO.EXAME DA PROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE APLICADA. POSSIBILIDADE.PRECEDENTES. PENA DEMISSÓRIA QUE SE REVELA ADEQUADA E PROPORCIONAL À INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PRATICADA. SEGURANÇA DENEGADA.¹⁴⁸

Esse entendimento também é corroborado pela primeira seção do Superior Tribunal de Justiça, julgamento do Mandado de Segurança nº 14432, DF, relatoria da Ministra Laurita Vaz, julgado em 13/08/2014. Em seu voto a ministra afirma que no caso de demissão imposta a servidor público submetido a processo administrativo disciplinar, não há falar em juízo de conveniência e oportunidade da Administração, visando restringir a atuação do Poder Judiciário à análise dos

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 21.645/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, primeira seção, julgado em 23/09/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1446723&num_registro=201500461770&data=20150930&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2105.

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 20.348/DF, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, primeira seção, julgado em 12/08/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1428449&num_registro=201302431835&data=20150903&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2015. Grifou-se.

aspectos formais do processo disciplinar, pois nessas circunstâncias o controle jurisdicional deve ser amplo, com intuito de verificar se há motivação para o ato demissório. Além disso, ressalta a ministra Laurita Vaz que a própria imposição do art. 128 da lei nº 8.112/1990 deve considerar as circunstâncias objetivas do fato como natureza da infração e dano causado, as subjetivas do infrator, atenuantes e antecedentes funcionais, conforme ementa:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. NULIDADES. NÃO CARACTERIZADAS. CONTROLE JURISDICIONAL. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE QUE O PARECER PRODUZIDO POR FISCAL DO TRABALHO DEIXOU DE PROMOVER EXAME COMPLETO DA QUESTÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT OF MANDAMUS. DEFESA APRESENTADA CONTENDO TODAS AS TESES DE RESISTÊNCIA QUANTO AO FATO IMPUTADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO IMPETRANTE. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. CONDUTAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FATOS E A PENA APLICADA CONFIGURADAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PROCEDIMENTO ADEQUADO A APURAR SUPOSTA IRREGULARIDADE QUE CAUSE PREJUÍZO AO ERÁRIO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RESSARCIMENTO DE VALORES AO ERÁRIO. INEXISTÊNCIA DE CONCORDÂNCIA EXPRESSA DO SERVIDOR PÚBLICO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO JUDICIAL. IMPRESCINDÍVEL. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.¹⁴⁹

Quanto a possibilidade de controle amplo na revisão do processo administrativo disciplinar o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, como se observa no Recurso Extraordinário nº 755924, de Relatoria da Ministra Rosa Weber, da primeira turma, cujo julgamento ocorreu em 12/08/2014. Neste julgamento a ministra afirma que não viola o princípio da separação dos poderes segundo tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal quanto o controle da legalidade dos atos administrativos, conforme segue ementa:

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 14432 DF*, 2009/0117812-8, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 13/08/2014, terceira seção. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901178128&dt_publicacao=22/08/2014> . Acesso em 25 out. 2015.

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DE MANDADO DE SEGURANÇA. REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANULAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL APLICADA E DO QUADRO FÁTICO DELINEADO NA ORIGEM. REEXAME INCABÍVEL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 06.3.2013. O Plenário Virtual desta Corte já se manifestou pela inexistência de repercussão geral da matéria atinente aos requisitos de admissibilidade de mandado de segurança. O Tribunal a quo se limitou ao exame da matéria à luz de normas infraconstitucionais e do quadro fático delineado, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. O Supremo Tribunal Federal entende que o exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não viola o princípio da separação de Poderes. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere ao âmbito infraconstitucional do debate. Agravo regimental conhecido e não provido.¹⁵⁰

Desse modo, conforme análise das jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal extrai-se a possibilidade de controle amplo dos atos administrativos, especialmente no que se refere ao processo administrativo disciplinar que constantemente se verifica a ocorrência de arbitrariedades, abusos de poder e demais ilegalidades, sem contudo se falar na inferência do mérito administrativo.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 755924*, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 12/08/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/pagina/dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6588757>>. Acesso em: 25 out. 2015.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico objetivou o estudo acerca da discricionariedade dos atos no processo administrativo disciplinar e a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. A pesquisa se justificou diante de constatantes arbitrariedades, desvio de finalidade e demais ilegalidades que são cometidas pelas autoridades responsáveis no decorrer do processo administrativo disciplinar.

Nesse sentido foi necessário descrever todas as fases que devem nortar o processo administrativo disciplinar na esfera Federal, tendo por base a lei nº 8.112/1990, que disciplina o Regime Jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Viu-se em que em determinadas situações a autoridade administrativa poderá utilizar-se da sindicância com caráter punitivo desde que seja respeitado o contraditório e a ampla defesa, não se tratando de ilegalidade a sindicância inquisitorial que não possibilita a defesa do servidor, pois neste caso o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal mantém o posicionamento de que ela constitui peça que irá acompanhar o processo administrativo disciplinar, sendo que neste momento deve sim ser possibilitado o contraditório e a ampla defesa ao servidor acusado.

Ademais, o estudo mostrou que o processo administrativo disciplinar deve obrigatoriamente respeitar todos os requisitos dos atos administrativos, quais sejam a competência, forma, objeto, motivo e finalidade, como garantia de validade jurídica e existência do mesmo.

Quanto ao princípio da legalidade, se observa que atualmente a doutrina e jurisprudência caminham no sentido de ampliação do seu conceito, permitindo uma interpretação ampla e atrelada as demais princípios constitucional. Deste modo, todo ato administrativo seja vinculado ou discricionário deve passar pelo crivo do princípio da legalidade, não havendo que se falar em insurgência do mérito, mas sim se a autoridade administrativa não excedeu a margem de liberdade que dispunha na prática de algum ato.

Por fim, constatou-se que a doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal possui um posicionamento no sentido de permitir que o Poder Judiciário realize o controle amplo dos atos administrativos, especialmente no processo administrativo disciplinar onde são constatados

frequentes abusos, desvio de finalidade e arbitrariedades. Assim, não merece mais guarida a tese ultrapassada utilizada pelas autoridades administrativas da impossibilidade do Poder Judiciário fazer a revisão de atos administrativos discricionários, pois o princípio da legalidade, proporcionalidade, razoabilidade, e demais princípios constitucionais conferem plenos poderes para o Poder Judiciário realizar o controle amplo do processo administrativo disciplinar, especialmente quando envolve pena de demissão que possui maior gravidade ao servidor público.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2011.

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

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. *Regula a ação Popular*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

_____. Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112compilado.htm >. Acesso em: 26 mai. 2015.

_____. Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9784.htm >. Acesso em: 27 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 5*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 26 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário. nº 71579*, Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 2015. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000279808&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 13 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 13678/DF*, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 22/06/2011. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1446723&num_registro=201500461770&data=20150930&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2105.

_____. Superior tribunal de justiça. *Mandado de Segurança nº 11.323/DF*, Relator Ministro Ericson Maranhão, Terceira Seção, julgado em 24/06/2015. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1415980&num_registro=200502142318&data=20150804&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 10.566/DF*, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435049&num_registro=200500608700&data=20150910&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 798.283*, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21/05/2009. Disponível em: <

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501905178&dt_publicacao=17/12/2010. Acesso em: 24 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 343*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=189>>. Acesso em: 26 mai. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Discricionabilidade administrativa na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

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

JUSTIN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.