



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRESENÇA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Mariana Boechat da Costa

Rio de Janeiro
2017

MARIANA BOECHAT DA COSTA

PRESENÇA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

PRESENÇA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Mariana Boechat da Costa

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada.

Resumo – Em observância à complexidade dos princípios constitucionais processuais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica, imperativos no Estado Democrático de Direito, e à sistemática que compõe o Processo Administrativo Disciplinar, é indispensável a defesa técnica por advogado ou defensor dativo em todas as suas etapas. No entanto, a Súmula Vinculante n. 05/2008 do Supremo Tribunal Federal desobriga esse tipo de defesa, contrariando a Constituição Federal, art. 5º, LV e o art. 133. Por outro lado, a Súmula n. 343/2007 do Superior Tribunal de Justiça aponta que a ausência da defesa técnica caracteriza nulidade relativa em qualquer fase do Processo Administrativo Disciplinar. Diante de tais fatos, esse trabalho busca analisar, de acordo com um referencial bibliográfico e fundamentos legais, a importância do advogado no PAD e as consequências ocasionadas pela sua ausência.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Devido Processo Legal. Processo Administrativo Disciplinar. Defesa Técnica.

Sumário – Introdução. 1. O Processo Administrativo Disciplinar: consequências e reflexos no Estado Democrático de Direito. 2. Elementos do Processo Administrativo Disciplinar: implicações e desdobramentos na aplicação da norma jurídica. 3. Ausência do advogado no Processo Administrativo Disciplinar: aspectos controversos e consequências práticas de tal aplicação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho que visa a discutir a presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar é de grande importância para o direito brasileiro, pois se relaciona diretamente aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sendo assim, de suma utilidade para a correta forma de condução dos processos administrativos.

Dessa forma, pretende-se demonstrar se há ou não a necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar. A discussão desse tema tem como objetivo principal a aplicação concreta do direito administrativo disciplinar, penalizando de forma correta e justa as condutas que desabonem o regular exercício da função administrativa.

Nesse contexto, o presente artigo analisará as seguintes problemáticas: é obrigatória a defesa técnica no Processo Administrativo Disciplinar? Houve violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa pela Súmula Vinculante n. 5/2008? Qual a consequência da ausência do advogado no PAD?

Visando a alcançar a meta proposta, o tema será estudado em três capítulos. Primeiramente, serão abordados os conceitos de poder disciplinar, Processo Administrativo Disciplinar e os princípios constitucionais e específicos aplicáveis ao PAD.

O segundo capítulo destacará os elementos do Processo Administrativo Disciplinar indicando os sujeitos do PAD, suas fases, as sanções disciplinares e os institutos da revisão.

O terceiro capítulo discorrerá sobre os aspectos controversos do tema com as disposições legais, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Será focado ao desenrolar da discussão acerca da obrigatoriedade ou não da presença do advogado no âmbito disciplinar administrativo, observando-se todos os critérios indispensáveis ao estudo da problemática apresentada.

Em relação aos aspectos metodológicos, o estudo será baseado na pesquisa bibliográfica. O método empregado é o dedutivo, pois haverá a análise geral de leis e súmulas. A abordagem do problema é qualitativa, ao apreciar o tema sob o ponto de vista legal confrontando-o com as decisões judiciais, bem como quantitativa pela pesquisa de fatos e dados objetivos dos julgados.

Diante de tais fatos, o enfoque deste estudo será analisar, de acordo com um referencial bibliográfico, o conflito ocasionado pela ausência de necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar e o seu reflexo no Estado Democrático de Direito.

1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: CONSEQUÊNCIAS E REFLEXOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Processo Administrativo Disciplinar é um instrumento de fundamental importância para que a Administração Pública possa garantir a normalidade de suas atividades, visto que possibilita a apuração e punição de condutas irregulares de seus agentes e demais pessoas sujeitas à disciplina da Administração Pública, visando à responsabilização desses indivíduos.

Para garantir o desenvolvimento regular do serviço público, o Estado utiliza normas disciplinares para assegurar o cumprimento dos deveres funcionais. Assim, se um agente público descumpre seu dever, ou pratica um ato proibido, caso isso seja comprovado, esse será responsabilizado disciplinarmente, vindo a sofrer uma punição estatal.

O poder disciplinar advém do poder hierárquico, entretanto, ambos não se confundem. O poder hierárquico é mais amplo e o poder disciplinar mais restrito, sendo, este, um atributo

do superior hierárquico.

Atualmente, o poder disciplinar é conceituado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ da seguinte forma: “Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso dos estudantes de uma escola pública”.

A hierarquia é a relação de coordenação e subordinação existente entre os diversos órgãos e agentes do poder executivo, não existindo essa relação no tocante aos Poderes Legislativo e Judiciário quando estão exercendo suas funções próprias, haja vista ela ser privativa da função executiva da Administração.

Faz-se necessário lembrar que o poder disciplinar também não deve ser confundido com o poder punitivo do Estado. O primeiro é exercido como forma de punição interna dos servidores pela administração, abrangendo apenas infrações relacionadas ao serviço público. Já o segundo é exercido como forma de controle social, visando à repressão de crimes previstos nas leis penais, sendo realizado pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, constata-se que o poder disciplinar, conferido à Administração Pública, é o fundamento que autoriza o Estado a punir seus agentes no caso de existirem infrações cometidas no exercício das funções públicas através do processo administrativo disciplinar, sendo obrigatória a punição do funcionário caso venha a se comprovar a infração, ressalvados os casos em que haja uma lesividade ínfima.

As normas disciplinares possuem efeitos preventivos e repressivos, visto que existem para evitar que infrações funcionais sejam cometidas e para garantir a punição de no caso da infração ser efetivamente cometida.

Assim, verifica-se que as normas disciplinares são de fundamental importância para que o serviço público se desenvolva de forma regular e essas normas vêm adquirindo a cada dia um maior destaque na ciência do Direito.

No tocante aos princípios norteadores do processo administrativo, destaca-se o princípio do contraditório e da ampla defesa. Exprime a garantia de que ninguém pode sofrer os efeitos de uma sentença sem ter tido a possibilidade de ser parte do processo do qual esta provém, ou seja, sem ter tido a possibilidade de uma efetiva participação na formação da decisão judicial. Encontra-se previsto expressamente no art. 5º, LV da Constituição Federal²

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 86.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

que dispõe: “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”.

O Contraditório assegura a relação de dualidade no âmbito processual, ou seja, cada vez que um lado se manifestar o outro também terá direito de se manifestar. Assim, quando o acusador se manifesta em um processo, a defesa também terá igual direito e vice-versa. Já a ampla defesa assegura à parte o direito de apresentar no processo todos os meios de provas admitidos em direito bem como os recursos cabíveis quando lhe couber falar nos autos.

Verifica-se, pois, que o contraditório é um instrumento necessário a ampla defesa. Entende-se, que a obrigatoriedade da presença de advogado é essencial no Estado Democrático de Direito, posto ser esse o profissional qualificado para a defesa do acusado no processo disciplinar e, só com sua atuação, ter-se-á verificada a observância e o respeito ao princípio consagrado na carta magna.

Outro princípio fundamental no processo disciplinar é o devido processo legal. Tal princípio é proveniente do direito anglo-saxão, no qual algum ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas previstas em lei. Em se tratando da seara disciplinar, o princípio em tela determina que para haver uma punição disciplinar que restrinja a liberdade de servidores, e para haver imposição de pena pecuniária, há a necessidade de essas medidas serem tomadas por meio de um regular processo disciplinar.

O processo disciplinar possui algumas características que o relacionam com o direito e com o processo penal, visto que encontra fundamento no poder punitivo do Estado. Possui também relação com vários outros ramos do direito. Entretanto, sua principal relação ocorre com o direito administrativo. Logo, classifica-se o processo disciplinar como sendo um tipo de processo administrativo, tendo em vista que suas características predominantes estão intimamente ligadas a esse tipo de processo.

Destarte, verifica-se que existe entre o processo administrativo e o processo disciplinar uma relação de gênero e espécie, respectivamente. Desse modo, constata-se que todo processo disciplinar é um processo administrativo, mas nem todo processo administrativo é um processo disciplinar.

Segundo Hely Lopes Meirelles³, o processo disciplinar é conceituado como:

O processo administrativo disciplinar é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da administração. Tal processo baseia-se na

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 666.

supremacia especial que o Estado mantém sobre todos aqueles que se vinculam aos seus serviços ou atividades, definitiva ou transitoriamente, submetendo-se à sua disciplina.

O processo disciplinar pode ser conceituado como sendo um instrumento formal utilizado pelo Estado para apurar possíveis infrações praticadas por servidores públicos no exercício de suas atribuições que, se comprovadas, sujeitarão esses servidores a punições previstas em regimentos disciplinares. Verifica-se, portanto, que o processo disciplinar tem como objeto a apuração das supostas infrações cometidas e a consequente aplicação da pena cabível, em caso de confirmação da infração. E, ainda, que tem como finalidade o controle da atividade de seus agentes, visando garantir a regularidade dos serviços públicos.

Assim, para efeitos didáticos, o processo disciplinar divide-se em duas categorias distintas, quais sejam: sindicância e o processo administrativo disciplinar. A sindicância será qualquer procedimento utilizado para apurar faltas disciplinares menos graves, sendo consideradas aquelas que não ensejem a pena de demissão. Já o processo administrativo disciplinar será qualquer instrumento utilizado para apurar faltas disciplinares mais graves, como aquelas que autorizam a pena de demissão.

A sindicância pode ainda ser dividida em três categorias: sindicância inquisitorial, a qual se destina a reunir elementos que legitimem a deflagração de um processo (conectivos pré-processuais), não possuindo contraditório e ampla defesa, haja vista não possuir caráter punitivo; sindicância conectiva, a qual resulta na deflagração de um processo disciplinar e, portanto, observa os princípios do contraditório e ampla defesa; e a sindicância autônoma, a qual resulta na aplicação de uma sanção disciplinar diversa da demissão e, por ter caráter punitivo, deve observar também os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Impende destacar que, em que pese não exista a obrigatoriedade da participação da defesa em relação à sindicância inquisitorial, é bastante importante que seja permitida sua participação, tendo em vista que a função da defesa no processo é, acima de tudo, probatória e, assim, poderá contribuir para a formação das provas dos autos e, em alguns casos, poderá, inclusive, ajudar a solucionar os problemas antes mesmo que seja desencadeado algum processo.

Dessa forma, o processo administrativo disciplinar traz consequências e reflexos para o Estado Democrático de Direito, pois influi nas aplicações das sanções previstas em lei aos servidores que cometem faltas graves, com o escopo de assegurar um bom desempenho do serviço público de acordo com os ditames constitucionais.

2. ELEMENTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: IMPLICAÇÕES E DESDOBRAMENTOS NA APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

O Processo Administrativo Disciplinar é uma sucessão de atos realizados com o intuito de se averiguar a necessidade de aplicação de uma pena disciplinar. Possui diversos elementos que o caracterizam, diferenciando-o dos outros tipos de processo. A seguir, serão apresentados alguns de seus aspectos.

No processo judicial, civil e criminal fazem parte três elementos, quais sejam: o autor, que propõe a ação; o réu, parte adversa da ação; e o juízo, que é o órgão julgador. Entretanto, na relação processual disciplinar, por se tratar de uma relação administrativa, apresentam-se, apenas, dois sujeitos: a Administração Pública, que acumula as funções de parte interessada, o órgão julgador e o agente público ao qual é imputada a conduta infracional e tem a função de réu.

A Administração Pública se faz representar pela autoridade competente e pelos membros da comissão processante. Em relação ao servidor público, deve-se conceituar como a parte passiva do Processo Administrativo Disciplinar, o qual durante o processo poderá ser chamado de acusado ou indiciado.

Em sua instauração, o Processo Administrativo Disciplinar é precedido por uma sindicância que é o processo administrativo preliminar que visa apurar a existência de indícios quanto à infração funcional e à respectiva autoria.

A sindicância pode ser dividida em duas espécies. A primeira é a sindicância inquisitorial, normalmente composta, que não tem por objetivo principal a aplicação de sanção ao agente, mas apenas busca elementos que servirão de fundamento para abertura do futuro processo disciplinar. É o meio de que se utiliza a Administração para proceder à apuração e confirmação de ocorrências anômalas no serviço público.

A segunda espécie é a sindicância como processo sumário, com aplicação de sanções leves aos agentes, exigindo-se, nesse caso, respeito às garantias da ampla defesa e do contraditório. Independentemente da nomenclatura utilizada, sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar, quando houver a previsão normativa de aplicação de sanção ao investigado, a autoridade competente deverá respeitar a ampla defesa e o contraditório para juridicidade da sanção aplicada.

Passada a fase da sindicância na qual se identificam todas as irregularidades funcionais, sendo considerada mero expediente investigatório, seguirão as fases do Processo Administrativo Disciplinar propriamente ditas.

Inicialmente, salienta-se que não existe consenso entre os doutrinadores sobre quais são as fases do Processo Administrativo Disciplinar. Portanto, adotar-se-á o posicionamento contido no art. 151 da Lei n. 8.112/1990⁴, que menciona o desenvolvimento do processo disciplinar nas seguintes fases: instauração, inquérito administrativo que se subdivide em instrução, defesa e relatório e, por fim, o julgamento, explicitando-as de acordo com o seguinte regramento legal:

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:
I- instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;
II- inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;
III- julgamento.

A primeira interação das fases do Processo Administrativo Disciplinar é favorecer a denominada instauração. Faz-se necessário, para a instauração de um processo disciplinar, que existam, nas denúncias, razoáveis indícios de autoria e de materialidade do fato que configurem uma justa causa.

As denúncias sobre irregularidades funcionais só poderão ser apuradas, uma vez que incluam a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito com a confirmação de autenticidade. Nos casos em que o fato narrado não caracterizar infração disciplinar, a denúncia será arquivada, por ausência de objeto.

A jurisprudência brasileira vem admitindo a possibilidade de se apurar uma denúncia anônima, desde que os fatos sejam apresentados de forma objetiva. Nesse sentido, o STJ considera a denúncia anônima como instrumento hábil para instauração de Processo Administrativo Disciplinar. Assim, colhe-se o seguinte julgado, RMS n. 19224/MT do Superior Tribunal de Justiça⁵:

Administrativo. Servidor Público. Militar. Demissão. Processo Administrativo Disciplinar. Carta Anônima. Licitude. Dilação Probatória. Writ. Via Inadequada.
I- A carta anônima é meio hábil para a instauração de processo administrativo disciplinar, cabendo à Administração a apuração dos fatos narrados na denúncia, ainda que apócrifa.
II- Questões cuja solução demandaria, necessariamente, revisão do material fático apurado no processo disciplinar, ou a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, não podem ser apreciadas em sede de mandamus.

⁴BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁵Idem. Superior Tribunal de Justiça. RMS. n. 19224/MT. Relator: Ministro Celso Limongi. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2919562/recurso-extraordinario-re-434059-df>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

Verifica-se, pois, que os Tribunais vêm abrandando a exigência de maior rigor na formulação da denúncia para apuração de ilícitos de servidores públicos, permitindo, assim, a formulação, inclusive de denúncia anônima, em virtude do interesse público à fiel observância dos deveres funcionais pelos administrados.

O inquérito administrativo, também conhecido como procedimento jurídico de abertura de representação administrativa, é a segunda fase de grande relevância do Processo Administrativo Disciplinar que se subdivide em três subfases distintas: instrução, defesa e relatório.

Chama-se “fase do julgamento” aquele momento referente ao da decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo, que geralmente se baseia nas conclusões do relatório e as acata. Entretanto, o julgador designado poderá ter outra interpretação dos fatos incorrendo numa aplicação diferenciada da lei, nos casos em que for contrário à prova dos autos. Desta forma, tal autoridade poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Findo o julgamento do Processo Administrativo Disciplinar pela autoridade competente e sendo determinada a aplicação de uma sanção ao agente processado, surge para o Estado a obrigação de punir o infrator.

Diógenes Gasparini⁶ assevera que sanção disciplinar e pena disciplinar são expressões dotadas do mesmo significado e que possuem o seguinte conceito: “Sanção disciplinar é a pena imposta ao servidor público pelo cometimento de falta funcional ou pela prática de atos privados cuja repercussão leve desprestígio à Administração Pública a que pertence o servidor”.

As sanções disciplinares aplicáveis aos servidores públicos estão previstas na Lei n. 8.112/1990, em seu artigo 117⁷ quais sejam: advertência, suspensão, destituição de cargo em comissão ou função comissionada, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e demissão.

Urge ainda mencionar que a aplicação das penas deverá ser equilibrada, conforme a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos acarretados ao serviço público, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais do servidor.

Vale destacar que, no Processo Administrativo Disciplinar, as sanções disciplinares possuem função semelhante à das penas no processo penal, porquanto qualquer sanção disciplinar somente poderá ser aplicada após a comprovação da prática da infração funcional

⁶GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 812.

⁷BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

por meio de um devido processo legal, respeitados os direitos aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O direito ao recurso tem fundamento na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV⁸, conforme disposto: “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”. Contudo, não foram estabelecidas na Lei n. 8.112/1990 as regras expressas para interposição de recurso no Processo Administrativo Disciplinar.

Contra a decisão administrativa caberá recurso, no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir de sua ciência ou divulgação oficial, em face de razões de ilegalidade e de mérito. Nesse caso, deverá ser dirigido à autoridade que proferiu a decisão, sendo possível o juízo de retratação pela mesma no prazo de 5 (cinco) dias ou então, encaminhado à autoridade superior. O trâmite se dará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal em sentido contrário.

Quanto à revisão do Processo Administrativo Disciplinar já encerrado, cumpre informar que a Lei n. 8.112/1990, artigos 174 a 182⁹ contém dispositivo que prevê a sua revisão, ou reexame. Significa a instauração de um novo processo, a ser apensado ao processo originário que se quer rever e a ser conduzido por outra comissão que terá 60 (sessenta dias) para concluir os trabalhos. A revisão do processo não poderá resultar agravamento da penalidade do servidor.

O fato novo não significa, necessariamente, fato recente, mas sim algo de que não se tinha conhecimento quando do processo originário. O fato até pode ser antigo, mas considerado novo como instrumento de prova no Processo Administrativo Disciplinar. Ressalte-se que a mera alegação de injustiça da penalidade não constitui fundamento para a revisão.

Cabe salientar que a possibilidade de revisão do processo, quando da descoberta de fatos novos, está ligada ao fato de não haver preclusão no âmbito do processo disciplinar, homenageando o princípio da verdade real, o qual determina que a Administração deve investigar as provas em busca de apurar aquilo que mais se aproxime da verdade.

Caso se entenda que inexistem os pressupostos de admissibilidade da revisão, o pedido será indeferido e arquivado em apenso aos autos do processo administrativo originário, uma vez que compõe a sua história, significando a última etapa ocorrida. Se julgada procedente,

⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 24 fev. 2017.

⁹Idem. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm> Acesso em: 24 fev. 2017.

será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor.

3. AUSÊNCIA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: ASPECTOS CONTROVERSOS E CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DE TAL APLICAÇÃO

Inicialmente, cabe destacar que a Lei n. 8.112/1990, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos, prevendo expressamente a garantia aos princípios do contraditório e ampla defesa ao acusado em Processo Administrativo Disciplinar, conforme preceitua o seu art. 153¹⁰: “O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito”.

Nota-se que este instrumento reproduz quase que literalmente a regra do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal¹¹: “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”. Deste modo, não resta imprecisão de que o artigo supracitado atende à garantia constitucional.

Entretanto, a Lei n. 8.112/1990, art. 156¹², no tocante à necessidade ou não da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar assevera de forma expressa que: “É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”.

De igual modo, a Lei n. 9.784/1999, no seu art. 2º¹³, também assegurou o direito à observância aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, conforme exposto a seguir: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Isso significa que o processo disciplinar deve observar as leis, normas e os princípios regentes do Direito, dentre eles o do contraditório e o da ampla defesa, sob pena de violação em seu procedimento. Para a plena observância e aplicação desses dois princípios, é

¹⁰BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

¹¹Idem. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

¹²Vide nota 10.

¹³BRASIL. Lei Federal n. 9784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.

imprescindível a participação do advogado, tendo em vista que este é o profissional tecnicamente qualificado para realizar a defesa do acusado.

Por essa vertente, compreende-se que a não participação do advogado no processo disciplinar acarretará prejuízo à defesa e a consequente nulidade do processo em virtude da violação aos preceitos de Direito.

Por outro lado, voltando-se, especificamente, à questão da necessidade ou não da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar, a Lei n. 9.784/1999, em seu art.3º, inciso IV¹⁴, determina que:

O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

IV- fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força da lei;

Constata-se que a referida lei, igualmente à Lei n. 8.112/1990¹⁵, assegurou a facultatividade da presença do advogado para fins de processo administrativo, ressalvado os casos em que a norma jurídica exija a presença de um procurador.

A facultatividade da presença do advogado no PAD vai de encontro ao princípio constitucional da ampla defesa. Apenas a participação essencial de um especialista registrado na Ordem dos Advogados do Brasil poderá assegurar a defesa ampla ao indivíduo autuado.

Nessa esteira, pode-se citar Diógenes Gasparini¹⁶ acerca da necessidade da presença de advogado:

Nessa linha, o STJ concedeu mandado de segurança preventivo em favor de servidor federal para obstar a prática de ato de demissão, já que durante a instrução de processo disciplinar não contara com a presença obrigatória de advogado constituído ou dativo. Veja a Súmula 343 do STJ, que preconiza a obrigatoriedade da presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Em sentido contrário prescreve a Súmula Vinculante n. 5, editada pelo STF.

De forma contrária, Carvalho Filho¹⁷ compreende que: “por não haver o formalismo dos processos judiciais, o servidor pode comparecer sozinho ou representado por advogado munido do instrumento de procuração”.

De um lado, defende-se que a presença do advogado no Processo Administrativo

¹⁴BRASIL. Lei Federal n. 9784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.

¹⁵Idem. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

¹⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 884.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 180.

Disciplinar origina equilíbrio jurídico, tendo o defensor múnus público, desempenhando, deste modo, um cargo fundamental à Administração da Justiça, garantindo a atividade íntegra do direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como, possibilitando um menor índice de nulidades durante o procedimento.

Por outro lado, pode-se entender que o réu tem a faculdade de agir por si mesmo, formando a sua defesa e escoltando o procedimento, ou, facultativamente, fazendo-se representar por um defensor adequadamente qualificado para a referente delegação.

Embora o Processo Administrativo Disciplinar seja um instrumento usado pela Administração Pública para apuração de infração cometida por seus agentes, diversos de seus atos podem incorrer em arbitrariedades refletindo em seus administrados. Desta forma, diante das penalidades aplicadas pela Administração Pública, muitos de seus agentes, baseados no princípio da inafastabilidade da jurisdição, recorrem ao Poder Judiciário visando à anulação de suas penalidades sob alegações de irregularidades e vícios cometidos no PAD.

Nesse caminho, perante tantas nulidades processuais por vícios de ilegalidades e ineficácia na condução do processo disciplinar, foi editada a Súmula n. 343/2007¹⁸ do Superior Tribunal de Justiça sob o argumento de que não se podia vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença obrigatória da defesa técnica, a fim de garantir ao acusado uma justa representação perante todas as etapas pertinentes ao Processo Administrativo Disciplinar.

Mais adiante, com a edição da Súmula Vinculante n. 5/2008¹⁹ do Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário passou a não mais visualizar a obrigatoriedade da participação de defensor como papel fundamental à Administração da Justiça.

Com a publicação da Súmula n. 343, do Superior Tribunal de Justiça, em 12 de setembro de 2007, foi concretizado o entendimento no sentido da indispensabilidade da presença de advogado no Processo Administrativo Disciplinar.

A edição da referida súmula foi originada após diversos precedentes em que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou pela declaração de nulidade dos Processos Administrativos Disciplinares, nos quais os acusados se defendiam pessoalmente, sem representação de advogado ou defensor dativo.

Nesses casos, há de se enfatizar que as diversas nulidades do PAD eram, em sua

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 343 de 12 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumariosumulas>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

¹⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

maioria, as que confrontavam os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, uma vez que não havia observância de diversos aspectos. Dessa forma, diversas decisões contrárias às pretensões administrativas foram constituídas.

Ademais, como bem assevera Sebastião José Lessa²⁰, “a Carta Magna não fez distinção entre os processos administrativos e os judiciais, tendo, tanto o servidor público acusado, como o réu, as mesmas garantias fundamentais”. Assim, o Superior Tribunal de Justiça formou seu julgamento em analogia às normas processuais penais, pois os processos administrativos são muito similares aos criminais.

A aludida súmula atribuía máxima efetividade aos direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois a imprescindibilidade de uma defesa técnica na esfera do PAD decorria da própria Carta Constitucional. Saliente-se, contudo, que alguns meses depois, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 5/2008, com enunciado totalmente antagônico ao da Súmula n. 343/2007 do STJ, anunciando aos doutrinadores que houve perda da sua eficácia.

A Súmula Vinculante n. 5 foi editada pelo STF, após provimento ao Recurso Extraordinário n. 434.059-3/DF²¹, o qual foi interposto sob a alegação de que houve atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa e de prescindibilidade da presença de advogado, baseando-se no art. 156²², da Lei n. 8.112/1990, que dispõe que:

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

É certo que a súmula em destaque não proíbe a presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar facultando a sua participação. Entretanto, depreende-se que a ausência de um profissional habilitado poderá resultar em enorme prejuízo à defesa da parte, nos casos de questões complexas em que não possua capacidade técnica para se defender, o que pode ocasionar uma possível nulidade do processo.

²⁰LESSA, Sebastião José. *Processo Administrativo Disciplinar*. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, v. 8, n. 84, p.7-9, fev. 2011.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 434059, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2919562/recurso-extraordinario-re-434059-df>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

²²Idem. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

CONCLUSÃO

Quanto à Súmula Vinculante n. 5/2008 do Supremo Tribunal Federal, chamada à discussão neste artigo científico, desperta uma gama de indagações em torno da análise de existir ou não a necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar.

A Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, inciso LV, prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Observa-se que a Constituição não mitigou a aplicação destes princípios no âmbito do processo administrativo, ao contrário, deu-lhe garantia, como no processo judicial. Muniu o cidadão não de qualquer argumento, mas de uma “defesa ampla”, sendo o adjetivo revelador de uma opção que contempla a imprescindibilidade de auxílio técnico.

No entanto, o art. 156, da Lei n. 8.112/90, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis Federais e o art. 3º, da Lei n. 9.784/99 facultaram a presença do advogado no processo disciplinar, sem que houvesse a preocupação com a evidente desarmonia com os preceitos contidos na Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, adotando uma posição mais eficaz quanto aos direitos do cidadão, decidiu asseverar ao servidor a segurança de defender-se mediante advogado, com o escopo de possibilitar o pleno exercício do princípio da ampla defesa e a menor incidência de eventuais nulidades processuais em razão de vícios de ilegalidade. Desse modo, a Corte Superior determinou que, nos casos em que o agente público estivesse destituído de advogado, a Administração lhe nomearia um defensor dativo, legalmente habilitado.

Com o desígnio de consolidar seu parecer, o STJ publicou, em setembro de 2007, a Súmula n. 343, estabelecendo a obrigatoriedade da presença de advogado em todas as fases do Processo Administrativo Disciplinar.

O entendimento postulado pelo STJ prevaleceu até maio de 2008, quando o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 5. Com esse dispositivo legal, firmou-se o posicionamento de que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Pode-se afirmar que houve negligência ao ser violado o art. 5º, LV, da Constituição que reconhece o advogado como único profissional habilitado a oferecer uma defesa, de fato, ampla em prol do acusado. Mesmo em situações simples, há de se considerar uma vasta gama de fundamentos jurídicos passíveis de serem utilizados em seu favor os quais somente serão empregados por estes especialistas habilitados.

Depreende-se, por conseguinte, que a Súmula Vinculante n. 5 trouxe desencontros na apreciação e aplicação do contexto constitucional, em face do que dispunha a Súmula n. 343 do STJ, restando ao jurisdicionado arcar com os ônus desta decisão. Muito embora caiba à Corte Suprema a interpretação da Carta Magna não significa que não cometa erros ou enverede pelo caminho mais fácil, qual seja, a interpretação política de um texto a ser julgado.

Diante do exposto, infere-se que apenas com a presença do advogado ou defensor dativo estará assegurada a igualdade entre as partes no Processo Administrativo Disciplinar. Segundo o ordenamento constitucional brasileiro, a defesa técnica exercida pela atuação profissional de um advogado é necessária, indeclinável, plena e efetiva, único subsídio capaz de promover uma solução justa nas demandas de administrados.

Após a análise de todo o material exposto, conclui-se que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante n. 5, dispondo que é facultativa a presença do advogado no processo administrativo disciplinar, resultou no enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, porquanto limitou o exercício das garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. Lei Federal n. 9784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS. n. 19224/MT. Relator: Ministro Celso Limongi. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/81853/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-19224-mt-2004-0162925-0/inteiro-teor-12970614>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 434059. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2919562/recurso-extraordinario-re-434059-df>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 343 de 12 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumariosumulas>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 5. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LESSA, Sebastião José. *Direito Administrativo Disciplinar*. Belo Horizonte: Forum, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.