

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em
Direito Administrativo

Janaína Porto Vieira

**A CONFIGURAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR APÓS A EDIÇÃO
DA SÚMULA VINCULANTE N.º 5 PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Brasília – DF

2012

Janaína Porto Vieira

**A CONFIGURAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR APÓS A EDIÇÃO
DA SÚMULA VINCULANTE N.º 5 PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Orientadora: MsC. Aline Sueli de Salles Santos

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr.
Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.
Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.
Instituição a que pertence

Agradeço primeiramente a Deus, pelas oportunidades profissionais concedidas; ao meu esposo, pelo amor e companheirismo; aos meus pais e irmão que, mesmo à distância, sempre me deram apoio incondicional; e a Professora orientadora Aline Sueli de Salles Santos, pela ajuda na elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata de delinear os contornos do direito fundamental de defesa, expressamente previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal do Brasil, no âmbito do processo administrativo disciplinar, após o julgamento emblemático do Recurso Extraordinário (RE) n.º 434.059-3/DF pelo Supremo Tribunal Federal, que fixou a tese da desnecessidade da defesa por advogado no processo administrativo disciplinar (PAD), a qual seria facultativa, ficando a critério do acusado avaliar a contratação de um causídico para acompanhá-lo durante o trâmite processual. Posteriormente a essa decisão, foi publicada a Súmula Vinculante (SV) n.º 5 pelo Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. O trabalho leva à descoberta de que o direito de defesa exercido pelo acusado no PAD estará configurado quando presentes os seguintes elementos: o direito à informação, o direito à manifestação e o direito de ver seus argumentos considerados. Se presentes tais elementos, ainda que inexistente a defesa técnica por advogado nos autos, não há se falar em nulidade do processo administrativo, assim como decidiu a Corte Suprema. Dessa forma, o estudo foi dividido em três capítulos. O primeiro aborda conceitos centrais para o deslinde do tema, como o direito à defesa, o processo administrativo geral e o disciplinar. Num segundo momento, será desenvolvido o tema deste estudo, e, para tanto, serão trazidos os argumentos utilizados no julgamento do citado RE n.º 434.059-3/DF para, posteriormente, ser traçada a configuração do direito do acusado de defender-se num PAD. Ao final do estudo, o terceiro capítulo cuidará das considerações finais, com a promessa de revisar as ideias centrais de todo o texto que influenciaram na forma atualmente aceita do direito de defesa na esfera administrativa disciplinar.

Palavras-chave: direito de defesa – processo administrativo – processo administrativo disciplinar – súmula vinculante – presença obrigatória do advogado -

ABSTRACT

The present thesis aims to outline the boundaries of the fundamental right of defense, expressly provided for in section LV of art. 5 of the Federal Constitution of Brazil, under the disciplinary administrative proceedings, after emblematic judgment of the Extraordinary Appeal (EA) n.º 434.059-3/DF by the Supreme Court, which established the thesis of unnecessary defense by counsel in the disciplinary administrative proceedings (DAP), which would be optional, leaving the accused the discretion to evaluate hiring an attorney to join him during the processing procedure. Subsequently to this decision the Binding Precedent (SV) n.º 5 by the Supreme Court was published, with the following text: “the lack of an attorney during the disciplinary administrative proceedings does not offend the Constitution”. This thesis uncovers that the right of defense exercised by the accused during the DAP will be set up when the following elements are present: the right to information, the right to expression and the right to see their arguments considered. If these elements are present, even though the technical defense by a lawyer in the case is inexistent, there is no talk about the nullity of the administrative process, as decided by the Supreme Court. Thus, this study was divided into three chapters. The first addresses central concepts to the disentanglement of the theme, such as the right to a defense, the general administrative and disciplinary proceedings. Secondly the theme of this study will be developed, and therefore, the arguments used in the trial of that EA n.º 434.059-3/DF will be brought in to later be used to set up the accuseds right to defend himself in a DAP. At the end of the study, the third chapter takes care of the final considerations, with the promise of revising the central ideas of the whole text which influenced the current way the right of defense is accepted at the disciplinary administrative level.

Keywords: right of defense - administrative proceedings - disciplinary administrative proceedings - binding precedent - obligatory presence of the lawyer -

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. - artigo

Obs. - observação

SIGLAS

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

CF – Constituição Federal

SV – súmula vinculante

RE – Recurso Extraordinário

PAD – processo administrativo disciplinar

CGU – Controladoria Geral da União

MS – Mandado de Segurança

TCU – Tribunal de Contas da União

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – O DIREITO DE DEFESA E O PROCESSO ADMINISTRATIVO GERAL E DISCIPLINAR.....	11
1.1 Conceitos importantes.....	11
<i>1.1.1 O direito de defesa.....</i>	<i>11</i>
<i>1.1.2 Processo administrativo geral e disciplinar.....</i>	<i>16</i>
1.2. O direito de defesa em outros processos administrativos disciplinares.....	22
1.3 O direito de defesa no processo administrativo disciplinar.....	26
CAPÍTULO 2 – O ENTENDIMENTO DA CORTE SUPREMA E A EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N.º 5.....	32
2.1 O julgamento do RE n.º 434.059-3/DF.....	32
2.2 Exposição dos argumentos apresentados durante o julgamento do RE.....	33
2.3 Definindo a atual configuração do direito de defesa nos processos administrativos disciplinares.....	36
CAPÍTULO 3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
REFERÊNCIAS.....	41

INTRODUÇÃO

No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n.º 434.059-3/DF, o Supremo Tribunal Federal – STF fixou a tese da desnecessidade da defesa por advogado no processo administrativo disciplinar (PAD), a qual seria facultativa, ficando a critério do acusado avaliar a contratação de um causídico para acompanhá-lo na instrução.

Naquele RE, enfatizou o Relator Min. Gilmar Mendes que, para se certificar que a garantia do contraditório e da ampla defesa se fizeram presentes num processo administrativo disciplinar, deve ser assegurado o direito à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados, não havendo a necessidade de ter sido a defesa feita por um advogado.

Em outras palavras, a mera ausência da defesa técnica num PAD não tem o condão de gerar nulidade processual, sob o argumento de afronta ao direito à ampla defesa, desde que garantidos o direito à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados.

Diante desse importante precedente, posteriormente, foi publicada a Súmula Vinculante n.º 5 (SV n.º 5) pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a qual preleciona que “*a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*”, torna-se imperioso fazer uma leitura dos contornos do direito de defesa no processo administrativo disciplinar.

Isso porque até antes da vigência da mencionada súmula, que vincula o Poder Judiciário e a Administração Pública, direta e indireta, de todas as esferas, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal brasileira, a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ era frontalmente contrária, como se infere da redação da Súmula n.º 343 (“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases de processo administrativo disciplinar”), a qual ficou revogada após o pronunciamento da Corte Maior.

Estando devidamente publicada a Súmula Vinculante n.º 5 do STF, a qual dispensa a necessária defesa técnica por advogado nos processos administrativos disciplinares, foi feita a seguinte pergunta: de que forma se configuraria o direito à defesa do acusado no processo administrativo disciplinar?

Responder à questão supra é justamente o objetivo do presente trabalho, dividido em três capítulos, sobre os quais passa-se a discorrer, resumidamente.

No primeiro capítulo foram trazidos conceitos importantes para o desenvolvimento do tema, como o do direito de defesa, que é o exercício pela parte interessada/acusada de ter a possibilidade de contraditar as provas e fatos apresentados contra si, bem como de ser comunicada antecipadamente de todos os atos processuais (contraditório) utilizando-se de todos os meios admitidos em direito (ampla defesa).

Insculpido no inciso LV do art. 5º da Carta Magna, o referido direito abrange tanto o exercício do contraditório como o da ampla defesa, facetas que se complementam, pois, para que haja a mais efetiva defesa, a parte deverá poder apresentar provas em seu favor, assim como questionar, contraditar aquelas produzidas em seu desfavor.

Outro conceito a ser estudado é o de processo administrativo, que configura a prática de uma série de atos pela Administração Pública, cujo procedimento pode ou não ter previsão legal, com o fim de atingir o interesse público que se almeja situação concreta.

Será destacado que o processo é o meio pelo qual se formaliza a prática de um ato administrativo pelo Poder Público, sendo, por isso, presença obrigatória no cotidiano administrativo, sendo ao mesmo tempo um meio de controle externo pelos administrados.

Falar-se-á do processo administrativo disciplinar, o qual será referenciado ao longo do texto pela sigla PAD, que é uma espécie do gênero processo sancionador, decorrente do poder hierárquico e disciplinar do Estado perante os agentes públicos.

Conceitualmente, o PAD é o instrumento legal utilizado pelo Estado para verificar, mediante a prévia garantia do contraditório e da ampla defesa, se o acusado, que é um agente público, cometeu de fato uma infração disciplinar e, caso isso seja constatado, seja aplicada a penalidade devida.

Também será trabalhado o tema da defesa dentro do PAD, as formas que se realiza, as diferenças entre a autodefesa e a defesa técnica, a legislação aplicável (Leis n.º 8.112/90 e n.º 9.784/99), algumas opiniões doutrinárias sobre a necessidade do acompanhamento do acusado por um advogado.

Ao final do capítulo inicial, o direito de defesa será abordado em outros processos administrativos, como na Tomada de Contas Especial de competência do Tribunal de Contas da União – TCU, no processo administrativo disciplinar regulado pela Lei n.º 7.210/84 (conhecida como Lei de Execução Penal ou tão somente LEP) e no processo administrativo para expulsão de estrangeiro.

Quanto ao segundo capítulo, será dedicado à exposição dos argumentos vencedores no julgamento do mencionado RE n.º 434.059-3/DF, com um breve resumo dos votos de cada Ministro do STF, com algumas citações transcritas.

Será definida, ao final deste capítulo, a atual configuração do direito de defesa no PAD consiste na oportunidade dada ao acusado de ser informado de todos os atos processuais (direito de informação), de produzir provas e de participar da instrução processual (contraditório), de expor seus argumentos e de vê-los considerados pela Comissão (direito de manifestação e ampla defesa), i.e., de poder influenciar no destino que a decisão final determinará.

Outro ponto relevante é o entendimento da Suprema Corte de que a alegação única de não ter o acusado constituído advogado para acompanhá-lo no PAD não é capaz de anular o processo, devendo existir outros argumentos que indiquem uma possível violação à garantia constitucional do contraditório e à ampla defesa.

Por fim, o terceiro e último capítulo tratará das considerações finais, que constituem uma revisão dos pontos e ideias apresentadas nos capítulos anteriores, revivendo-se os argumentos centrais que levaram ao delineamento atual do direito de defesa.

CAPÍTULO 1

O DIREITO DE DEFESA E O PROCESSO ADMINISTRATIVO GERAL E DISCIPLINAR

1.1 Conceitos importantes

1.1.1 Direito de defesa

Antes de adentrar no tema, é mister compreender o conceito de algumas das mais importantes construções jurídicas do Direito Administrativo hodierno, a saber, o direito de defesa e o processo administrativo, que são fundamentais para o desenvolvimento de todo o texto. Como não poderia deixar de ser, ao processo administrativo disciplinar (PAD) também será dada especial atenção.

Conceituar é o mesmo que delimitar, dar significado a algo, permitindo situá-lo dentro de uma ciência e facilitando a compreensão da relação do objeto conceituado com os demais termos e/ou institutos. Tanto é assim que a maioria dos livros científicos reservam espaço para tratar dos conceitos afetos à matéria, e não será diferente no presente trabalho.

Adentrando no assunto, conceitua-se o direito à defesa como o exercício pela parte interessada/acusada de ter a possibilidade de contraditar as provas e fatos apresentados contra si, bem como de ser comunicada antecipadamente de todos os atos processuais (contraditório) utilizando-se de todos os meios admitidos em direito (ampla defesa).

Tal direito representa uma verdadeira garantia do acusado e, no direito brasileiro, encontra respaldo legal no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

Cuida-se, portanto, de um direito fundamental do indivíduo frente ao poder estatal, protegendo-o de julgamentos e penalidades arbitrários, na medida em que lhe é garantido manifestar-se previamente, sendo nessa ótica também uma garantia

fundamental. Esclarecendo melhor a questão, reproduz-se lição de Alexandre de Moraes:

A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.¹

Consta que as Constituições brasileiras, sempre reconheceram o direito de defesa, ainda que a Constituição de 1824 não o fizesse expressamente, mas dispunha em seu art. 179, inciso VIII que “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei (...)”. Todas as Constituições que vieram em seguida trouxeram disposição expressa sobre o direito de defender-se².

Como se pode deduzir do que foi dito acima, o direito à defesa engloba tanto o exercício do contraditório como o da ampla defesa, direitos que andam juntos e se complementam, pois, para que haja a mais efetiva defesa, a parte deverá poder apresentar provas em seu favor, assim como questionar e contraditar aquelas produzidas em seu desfavor.

Consoante definição de Alexandre de Moraes,

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.³

Nesse sentido, costuma-se dizer que o contraditório e a ampla defesa formam uma espécie de binômio garantidor do direito de defesa do acusado, o que torna o

¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23ª ed., 2008, São Paulo, Ed. Atlas, pág. 33.

² ARAÚJO, Vicente Leal. *O direito de defesa*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 16, n. 2, p. 1-87, Jul./Dez. 2004. Texto disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/informativo/article/download/288/281>. Acesso em 26 de abril de 2012.

³ MORAES (...), Op. Cit., pág. 106.

processo “numa rua de mão dupla (...), sob o influxo de uma movimentação dialética que assegure o equilíbrio entre a linha acusatória e a força motriz da defesa”⁴.

Cumprе destacar ainda que ambos são corolários do princípio do devido processo legal⁵, insculpido no inciso LIV do art. 5º da Carta Magna⁶, que constitui-se de um plexo de garantias dadas aos acusados em geral, quais sejam, a de que todo processo deverá seguir um rito previsto em lei, o direito do acusado de ser processado perante um julgador imparcial, da possibilidade de recorrer a um segundo órgão julgador (duplo grau de jurisdição), de ser vedada a utilização de prova ilícita, etc.

De fato, é muito comum entre nós fazer-se referência a uma garantia específica, como a do contraditório e da ampla defesa, ou do juiz natural e do devido processo legal. Ou, ainda costuma-se fazer referência direta ao devido processo legal em lugar de referir-se a uma das garantias específicas.⁷

Em complementação, registre-se que Celso Antônio Bandeira de Mello⁸ entende que o direito à defesa no processo administrativo decorre da realização dos seguintes princípios, cujos nomes são autoexplicativos e remetem ao já mencionado devido processo legal: da audiência do interessado, da acessibilidade aos elementos do expediente, da ampla instrução probatória, da motivação, da revisibilidade e do direito a ser representado e assistido.

Por sua vez, José Armando da Costa complementa que a defesa por parte do acusado tem, além de um caráter eminentemente defensivo, a fim de esclarecer o que realmente aconteceu, expondo esse entendimento da seguinte forma:

Em todos os desdobramentos disciplinares, o direito de defesa colabora de modo por demais essencial na elucidação dos fatos

⁴ COSTA, José Armando da. *Processo administrativo disciplinar. Teoria e prática*. 6ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2011, pág. 58 a 59.

⁵ “O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal)” (MORAES (...), Op. Cit., pá. 105).

⁶ Art. 5º, inciso LIV da constituição: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 44ª ed., 2009, pág. 686.

⁸ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pág. 499.

investigados. Por isso, a defesa disciplinar tornar indispensável aos legítimos interesses do processo.⁹

Ainda, interessante mencionar que há quem aponte que a defesa se classifica como um direito natural¹⁰, ou seja, precede a própria ciência jurídica, sendo uma condição inerente à simples existência da pessoa humana. O que o direito fez foi reconhecê-lo formalmente, sendo a defesa uma necessidade para a existência de uma vida em sociedade.

Isso posto, cuida o direito de defesa de uma das garantias fundamentais mais importantes de alguém que está sendo acusado e que pode vir a sofrer algum tipo de punição, seja civil, penal ou disciplinar, pois no Estado democrático de direito não se permite que essa responsabilização seja feita de forma arbitrária, sem que seja oportunizada a chance ao interessado de se manifestar.

Nos dizeres de Cláudio Rozza:

Enquanto o princípio do contraditório induz a enfrentar razões apontadas por outrem contra o acusado, rebatendo-as, procurando derrubar a verdade da acusação, mediante o princípio da ampla defesa sustenta-se a verdade do acusado, as razões do acusado.¹¹

Conforme já dito, por expressa dicção do inciso LV do art. 5º da Carta Política de 1988, é indubitável que o direito à defesa deve existir tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos, aí incluída a seara disciplinar, pois deles poderá advir restrição ou privação de direitos dos acusados/administrados.

Aliás, cumpre informar que, conforme gabaritada doutrina, até antes da CF persistia essa dúvida na doutrina, que foi dizimada pela clareza do Poder Constituinte, que fez constar essa possibilidade expressamente na Carta Política de 88:

A Constituição de 1988 (art. 5º, LV da CF/88) ampliou o direito de defesa [...]. As dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas

⁹ COSTA (...), Op. Cit., pág 115.

¹⁰ ARAÚJO (...), Op. Cit.: “ *O crime nasceu no primeiro momento da humanidade. Com o homem, surgiu o delito. Os filhos de Adão foram autor e vítima do primeiro homicídio - Caim matou Abel. Motivo: a inveja, mal secreto, o pior dos pecados capitais. E Deus, antes de punir Caim, assegurou-lhe o direito de defesa (Gênesis, 4, 9 – 10)*”.

¹¹ ROZA, Cláudio. *Processo administrativo disciplinar & ampla defesa*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, pág. 105.

de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, os processos judiciais ou administrativos.¹²

Jurisprudencialmente, a compreensão do direito de defender-se é a mesma apresentada acima. Registre-se que a Corte Suprema tem adotado essa exegese há algum tempo, senão veja-se:

Cumpre, então, perquirir se, na espécie, fez-se indispensável, ou não, a observância do princípio insculpido no inciso LV do rol das garantias constitucionais. Nele alude-se aos litigantes e aos processos judicial e administrativo, mencionando-se, após o direito ao contraditório, a ampla defesa com os meios e recursos a esta inerentes. O vocábulo ‘litigante’ há de ser compreendido em sentido lato, ou seja, a envolver interesses contrapostos. Destarte, não tem o sentido processual de parte, a pressupor uma demanda, Este enfoque decorre da circunstância de estar ligado também aos processos administrativos. (STF, RE n.º 158.543, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 06.10.95)

Outro ponto que se destaca é que a prerrogativa de se defender do que se está sendo acusado é uma das inúmeras facetas de que se reveste o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se irradia por todos os direitos e garantias fundamentais, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante inciso III do art. 1º da Carta Suprema.

Tamanha é a relevância do mencionado princípio que já fora classificado como “valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional – em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Carta Política de 1988”¹³.

Isso porque a garantia de ser processado de forma justa e conforme a lei, com a chance de contraditar e apresentar provas e de se defender de forma ampla, nada mais é do que reconhecer que o acusado é uma pessoa humana e, só por essa característica, já merece toda a tutela e reconhecimento do ordenamento jurídico.

Pela pertinência ao presente estudo, cumpre trazer à tona elucidativa lição da Controladoria-Geral da União – CGU (órgão governamental que controla e regulamenta a correição na Administração Pública federal, direta e indireta) sobre a defesa no processo administrativo disciplinar:

Em termos de processo administrativo disciplinar, a garantia constitucional da ampla defesa proporciona ao acusado, pessoalmente

¹² MENDES (...), COELHO (...), BRANCO (...). Op. cit., pág. 591.

¹³ MENDES (...), COELHO (...), BRANCO (...), Op. cit., pág. 172.

ou, a seu critério, por meio de procurador, os direitos gratuitos, perante a administração e por ela respeitados, de: ser notificado da existência do processo (verdadeira cláusula inicial da ampla defesa, pois ninguém pode se defender se antes não souber que existe, contra si, uma acusação), ter acesso aos autos, participar da formação de provas e vê-las apreciadas, ter a faculdade de se manifestar por último, ter defesa escrita analisada antes da decisão, ser alvo de julgamento fundamentado e motivado e dele ter ciência (como pré-condição para poder exercer o direito de recorrer).¹⁴

Desta forma, esclareça-se que, para fins deste trabalho, quando se fizer referência a direito de defesa, estar-se-á considerando o contraditório em conjunto com a ampla defesa.

1.1.2 Processo administrativo geral e disciplinar

A partir deste momento, passa-se à análise do segundo conceito relevante, o processo administrativo, que pode ser definido, genericamente, como uma sequência de atos praticados pela Administração Pública, cujo procedimento pode ou não estar normatizado, com o fim de atingir o interesse público relevante no caso concreto, como a produção de um ato normativo, de uma licença a um particular, de uma penalidade a um servidor, etc.

Nas palavras da jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando se fala em processo, cuida-se de um conceito geral,

[...] de modo a abranger os instrumentos de que se utilizam os três Poderes do Estado – Judiciário, Legislativo e Executivo, para a consecução de seus fins. Cada qual, desempenhando funções diversas, se utiliza de processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição; ela estabelece regras fundamentais de competência e de forma, institui os órgãos, define suas atribuições, tudo com o objetivo de assegurar a independência e o equilíbrio no exercício de suas funções institucionais e, ao mesmo tempo, garantir que esse exercício se faça com respeito aos direitos individuais, também assegurados pela Constituição.¹⁵

¹⁴ Controladoria Geral da União – CGU. *Manual de PAD*. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD>, pág. 136. Acessado em 23 de abril de 2012.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Ed. Atlas, 3ª ed., São Paulo, pág. 343.

Como se infere da definição de processo acima transcrita, é possível vislumbrar que se trata de instrumento comum a todas as funções do Estado, sendo chamado de processo administrativo, judicial ou legislativo conforme seu trâmite ocorra no Poder Executivo, Judiciário e Legislativo, respectivamente.¹⁶

De seu turno, José dos Santos Carvalho Filho definiu o processo administrativo como sendo a formalização de um procedimento administrativo e que este seria apto a indicar “as relações jurídicas entre os participantes do procedimento, tendo pois natureza teleológica e valendo como instrumento para alcançar o objetivo final da Administração”¹⁷.

Em que pese seja feita em breves linhas, é válido constar a clássica diferenciação dos termos “processo” e “procedimento”; aquele é o instrumento legítimo de exercício de poder pelo Estado, fazendo-se presente em todas as esferas de atuação estatal; este último é o rito, o aspecto formal previsto em lei o qual deve seguir o processo. Já quando se faz menção a “autos”, está-se cuidando do aspecto físico, da materialização dos documentos dentro do processo.

Diante do exposto, resta comprovada a importância do processo administrativo para o correto funcionamento da Administração Pública. A própria validade do ato administrativo, que é a forma legal de agir do Poder Público, passa pela necessária existência de um prévio processo administrativo, configurando a forma adotada pelo Poder Constituinte de garantir que o Estado não atrepele os direitos dos administrados.

Salvo situações excepcionais, todo e qualquer ato administrativo deve ser produzido no bojo de um procedimento. O conteúdo e a validade dos atos administrativos dependem da observância ao procedimento devido.[...] O direito administrativo contemporâneo caracteriza-se pela procedimentalização, instrumento indispensável de controle do poder estatal e de aperfeiçoamento da atuação governamental.¹⁸

Registre-se que tal instituto, assim como todo o Direito Administrativo, passou por mudanças após o fim da 2ª Guerra Mundial, com a alteração do foco da

¹⁶ Contudo, ressalve-se que cada um destes Poderes tem em sua denominação o nome da respectiva função estatal típica, mas que estes também podem exercer outras funções, ditas atípicas, o que significa dizer que poderá haver processo administrativo nos Poderes Judiciário e Legislativo ou processo legislativo nos Poderes Executivo e Judiciário. Conquanto, não poderá haver processo judicial nos Poderes Executivo e Legislativo, haja vista que a função jurisdicional é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, pág. 138.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Saraiva, 4ª ed., 2009, pág. 235.

Administração para o administrado. Em seu nascedouro, no período de Estado Liberal na França do final do Século XVIII, surgiu o Direito Administrativo como ramo autônomo cujo sujeito era a Administração Pública, em contraponto às liberdades do cidadão (chamada de binômio liberdade – autoridade pela Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹).

Nesse diapasão, a partir do Século XX, o reconhecimento e a incidência direta dos direitos fundamentais passou a ser de observância obrigatória pelo Poder Público, não havendo se falar mais em Administração autoritária. A atuação do Poder Público passou a ser controlada pela sociedade, na medida em que foram reconhecidos direitos aos administrados, dentre eles, o de defesa.

Logo, o processo administrativo é tido como uma exigência prévia e obrigatória para a prática de um ato administrativo, que não surge do nada, de forma despropositada. “Evidentemente, existe sempre um *modus operandi* para chegar-se a um ato administrativo. (...) Sua ocorrência é indubitosa, exista ou não uma lei geral de processo ou procedimentos administrativos”²⁰.

Implica dizer que o processo administrativo é o meio pelo qual se formaliza, se legitima a prática de um ato administrativo pelo Poder Público, sendo, por isso, presença obrigatória no cotidiano administrativo e meio de controle externo pelos administrados. Claro está que é estreita a relação entre a obrigatoriedade do processo administrativo e o respeito aos direitos e garantias dos administrados.

Daí porque se diz que não é só o ato administrativo praticado, ao final de um processo administrativo, que interessa à ciência jurídica. Também o *iter* processual se faz importante e deve ser controlado e estudado, conquanto se parta do pressuposto de que o processo administrativo é uma verdadeira garantia do administrado.

Benjamin Zymler afirma que a procedimentalização do Direito Administrativo é a melhor maneira de trazer o cidadão para dentro do processo decisório, mas alerta que

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O Direito Administrativo Brasileiro Sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 8, nov-dez de 2006/jan de 2007. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 26 de abril de 2012. “*Em primeiro lugar, releva notar o fato de que o direito administrativo surgiu em pleno período do Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico. A grande preocupação era a de proteger as liberdades do cidadão; daí a elaboração do princípio da legalidade. No entanto, paradoxalmente, o direito administrativo nasceu sob o signo do autoritarismo, já que reconheceu uma série de prerrogativas (potestades públicas) à Administração Pública. Daí a afirmação de que o regime jurídico administrativo compreende o binômio: liberdade e autoridade. A liberdade é garantida por princípios como os da legalidade, isonomia, separação de poderes. A autoridade é protegida por prerrogativas públicas que garantam a supremacia do poder público sobre o particular*”.

²⁰ MELLO, Op. Cit., pág. 481.

somente o processo administrativo não tem a capacidade de garantir a eficiência na esfera pública, “deve existir a melhora do nível técnico-jurídico dos agentes públicos que irão interagir dentro deste novo cenário”²¹.

Ao ponto, colaciona-se abaixo ensinamentos de Vitor Rhein Schirato:

Nesse contexto, emerge o papel do processo administrativo. O ato deixa de existir isoladamente, pois passa a ser enxergado dentro de um contexto. Agir de acordo com a lei não é apenas respeitar os quadrantes legais de atuação. É muito mais. É agir com respeito aos direitos fundamentais de todos os envolvidos com a atuação da Administração Pública. É levar em consideração todos os direitos e interesses legítimos subjacentes a uma relação jurídica constituída, modificada ou extinta pela Administração Pública.²²

Cumprido esclarecer também, adotando-se a mesma classificação adotada por Schirato²³, que há vários tipos de processo administrativo, diferenciados pelo tradicional critério da classificação das ações do processo civil: há o processo administrativo sancionador, o declaratório, o constitutivo e o normativo.

A essa lista, acrescenta-se o processo administrativo disciplinar (PAD), que seria uma espécie do tipo processo sancionador, supracitado. E é justamente sobre o processo administrativo disciplinar que se passa a tratar agora.

Nos exatos termos de Bandeira de Mello:

As distintas penalidades administrativas são aplicáveis tão-somente após um procedimento apurador – com garantia de ampla defesa – (ex vi do art. 5º, inciso LV da Constituição) - , que será a *sindicância* ou, obrigatoriamente, o *processo administrativo*, se a sanção aplicável for suspensão acima de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou destituição de cargo em comissão ou função comissionada [...]”²⁴.

²¹ ZYMLER, Benjamin. *A Procedimentalização do Direito Administrativo Brasileiro*. Biblioteca Digital FórumAdministrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 2, n. 22, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=2848>>. Acesso em: 4 outubro de 2010.

²² SCHIRATO, Vitor Rhein. *Legitimidade processual e tipos de processo administrativo*. Biblioteca Digital Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 62, jul./ago. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=68807>>. Acesso em: 22 de março de 2012.

²³ SCHIRATO (...), Op. Cit. Acesso em 2 de maio de 2012.

²⁴ MELLO (...), Op. Cit., pág. 321 a 322.

Sobre a menção acima, esclareça-se que, para fins deste estudo, será utilizada a expressão processo administrativo disciplinar de forma genérica, abarcando os dois tipos de procedimento (sindicância e processo administrativo) a que alude o doutrinador.

Nesse sentido, a sindicância é procedimento com duração de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por uma vez, para verificar infrações disciplinares de menor gravidade, cuja penalidade seja a advertência ou a suspensão por até 30 (trinta) dias. Já o PAD tem duração de 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por igual período, indicado para transgressões cuja penalidade pode ser qualquer uma das previstas em lei (advertência, suspensão, demissão, destituição de cargo comissionado ou função de confiança ou cassação de aposentadoria).

Registre-se também que o PAD, no âmbito federal, tem seu regime jurídico previsto a partir do art. 143 da Lei federal n.º 8.112/90, sendo-lhe aplicável subsidiariamente a Lei n.º 9.784/99 e os Códigos de Processo Civil e Penal, bem como os Códigos Civil e Penal.

Obviamente, nunca é demais afirmar que, por ser a norma de validade de todo o arcabouço jurídico, a Constituição reina soberana acima de todas as leis, devendo seus preceitos serem observados também na esfera disciplinar.

Pode-se definir o PAD como o meio legal (processo administrativo) utilizado pelo Estado para verificar, mediante a prévia garantia do contraditório e da ampla defesa, se o acusado, que é um agente público, cometeu de fato uma infração disciplinar e, caso isso seja constatado, seja aplicada a penalidade devida.

Se é verdade que, dentre as inúmeras atividades que competem à administração pública, encontra-se o poder disciplinar sobre seus agentes, o processo administrativo disciplinar funciona, ao mesmo tempo, como instrumento de exercício controlado desse poder e como instrumento de proteção dos direitos que a legislação prevê para os servidores, como o rito garantidor do emprego desses direitos, afastando-se perseguições pessoais e arbítrio. O processo administrativo disciplinar tem como objetivo específico esclarecer a verdade dos fatos constantes da representação ou denúncia associadas, direta ou indiretamente, a exercício do cargo, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor.²⁵

²⁵ Controladoria Geral da União – CGU. *Manual de Pad*. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD>, pág. 68. Acessado em 1º de maio de 2012.

Essa possibilidade de o Poder Público instaurar um PAD em desfavor de um agente público decorre do poder hierárquico, que possibilita, dentro dos órgãos e entidades públicas que exercem atividade administrativa em todos os Poderes, um controle do agente subordinado pelo seu superior hierárquico.

A hierarquia é caracterizada pelo “escalamento em plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa²⁶”. Dela decorrem a possibilidade do superior hierárquico fazer solicitações relativas ao trabalho aos servidores que lhes são subordinados.

Nesse sentido, o poder disciplinar é a possibilidade de a Administração vir a cobrar dos servidores o correto cumprimento de suas atribuições legais, dentre eles, o respeito às ordens do superior hierárquico. Caso isso não ocorra, ou seja, se o agente público atuar fora das balizas legais, poderá vir a ser responsabilizado administrativamente, por meio do PAD.

Mas é sempre importante destacar que, para que se instaure a seara disciplinar, é necessário que o acusado seja, necessariamente um agente público, que tenha esse vínculo legal com o Poder Público, o qual pode vir a puni-lo por eventuais ilícitos disciplinares que cometer.²⁷

E é justamente esse poder hierárquico que fundamenta toda a atuação estatal na seara disciplinar, consoante ilustra o seguinte trecho do Manual do PAD, da CGU:

Como reflexo da forte atuação do princípio da hierarquia em sede disciplinar – o próprio poder disciplinar deriva do poder hierárquico –, o servidor tem o dever de acatar ordens superiores, na presunção de que são emanadas de acordo com a lei e voltadas ao interesse do serviço. As ordens emanadas em decorrência de um ato legal que confere competência à autoridade gozam de presunção de legalidade e, como tal, *a priori*, devem ser cumpridas.²⁸

Posto isso, não é difícil vislumbrar o nexo que há entre o direito de defesa, como verdadeiro direito e garantia fundamental, e sua realização por meio do processo disciplinar.

²⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., pág. 58.

²⁷ “A Administração Pública, investida do poder hierárquico, distribui, em várias esferas de competência, as escalas das funções executivas, e pelo seu inerente poder disciplinar, controla conduta e desempenho de funções, responsabilizando por faltas cometidas contra o cumprimento de deveres ou desrespeito às proibições” (ROZZA (...), Op. cit., pág. 81).

²⁸ Controladoria Geral da União – CGU. Op. cit., pág. 418.

Portanto, tal como se dá nos processos judiciais e nos administrativos, pode-se afirmar, com certeza, que a aplicação de uma penalidade disciplinar a um agente público somente será constitucional se estiver presente o direito de defesa, bem como as demais garantias fundamentais outrora citadas (devido processo legal, princípio do juiz natural, respeito ao rito legal, etc).

Sobre o tema, Marçal Justen Filho apregoa que tais institutos formam as bases do Direito Administrativo hodierno, consoante ensinamento a seguir:

O direito administrativo contemporâneo caracteriza-se pela procedimentalização, instrumento indispensável de controle do poder estatal e de aperfeiçoamento da atuação governamental. Tal como acima exposto, o regime jurídico administrativo alicerça-se sob dois pilares fundamentais. Um deles é a vinculação aos direitos fundamentais e o outro é a procedimentalização.²⁹

Finda a exploração da parte conceitual, adentrar-se-á ainda mais na seara disciplinar, sobre como o direito à defesa se realiza dentro do PAD, ponto fulcral deste trabalho.

1.2 O direito de defesa em outros processos administrativos

No processo administrativo geral, a ampla defesa é mais uma dentre os vários princípios a que deve obediência a Administração Pública, conforme leciona o art. 2º da Lei n.º 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal. Cite-se também os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, dentre outros.

Como essa lei é de aplicação subsidiária à legislação que trata do processo administrativo, é possível dizer que o direito à defesa vai além da seara administrativa disciplinar, aplicando-se a todo processo administrativo que possa afetar algum direito do administrado.

O contraditório e a ampla defesa assegurados constitucionalmente não estão restritos apenas àqueles processos de natureza administrativa

²⁹ JUSTEN FILHO (...), Op. cit., pág. 235.

que se mostram próprios ao campo disciplinar. O dispositivo constitucional não contempla a especificidade assentada pela Corte de origem. Conforme fiz ver anteriormente, o prejuízo saltou aos olhos quando a Corte de origem, após, tomar como dispensável o contraditório na fase administrativa, assentou que os Recorrentes não lograram fazer de plano, no mandado de segurança, a prova necessária à conclusão sobre a existência do direito líquido e certo. (STF, RE n.º 158.543, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 06.10.95).

A esse respeito, registre-se que a Lei do Processo Administrativo Federal está permeada de motivações do legislador a fim de possibilitar o exercício do direito de defesa do administrado, como a que está no inciso X do art. 2º (“X - 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;”), nos incisos II (“ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;”) e III (“formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;”), e outros mais.

Como se vê, o direito de defender-se é amplamente garantido no processo geral, cuja regulamentação pela Lei n.º 9.784/99 é de aplicação subsidiária aos demais processos. Contudo, cabe alertar que há nuances em sua aplicação, quer se trate de um processo geral, que se trate de um processo judicial.

Em outras palavras, dizer que se aplica a ampla defesa ao processo administrativo não implica afirmar que sua leitura será a mesma que na seara judicial. Cumpre dizer, nem tudo que se aplica ao direito de defesa na esfera judicial será trazido da mesma forma no processo administrativo.

E o ponto fulcral dessa diferença reside no fato de que, no processo judicial, salvo disposição legal expressa em contrário (como fez a Lei n.º 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais ou o art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) faz-se obrigatória a presença do advogado.

E a afirmação supra não se trata de mera recomendação, mas de disposição constitucional, *in verbis*:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Diferentemente, no âmbito administrativo, o acompanhamento do interessado por um profissional da advocacia é facultativo, sendo uma opção da parte, consoante dicção do inciso IV do art. 3º da Lei de Processo Administrativo, segundo o qual é direito do administrado “fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.”

Para ilustrar isso, colaciona-se a seguir alguns casos concretos que trazem situações relacionadas a diferentes tipos de processos administrativos e os contornos assumidos pelo direito à defesa em cada um deles.

O primeiro deles, que inclusive fora mencionado pelo Relator Min. Gilmar Mendes no emblemático julgamento do RE 434.059-3/DF, diz respeito a uma Tomada de Contas Especial perante o Tribunal de Contas da União – TCU, processo administrativo dirigido à verificação da gestão de responsáveis por bens e valores públicos, quando a Corte Maior reconheceu que, embora não se trate de um PAD, o direito de defesa deve ser observado, mas que a realização deste direito não implica no necessário acompanhamento da parte por advogado:

A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar, ela tem por escopo a defesa da coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (CF, art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado [...]. (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, MS 24.961-7/DF, DJ 24/11/2004).

Outra situação interessante ocorreu quando a Segunda Turma do STF, afastando a incidência da Súmula Vinculante n.º 5, entendeu que esta só se aplica a “procedimentos de natureza cível”, reconhecendo que em processo administrativo disciplinar regulado pela Lei n.º 7.210/84 (conhecida como Lei de Execução Penal ou tão somente LEP), para apuração de falta grave cometida por réu condenado, este deve ser assessorado por advogado.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal aprovou o texto da Súmula Vinculante n.º 5, que dispõe: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Todavia, esse Enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza cível. Em procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas contidas na LEP (arts. 1º, 2º, 10, 44, III, 15, 16, 41, VII e IX, 59, 66, V, alínea ‘a’, VII e VIII, 194), no CPP (arts. 3º e 261) e na própria CF/88 (art. 5º, LIV e LV). (STF, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, RE 398.269, DJ 15/12/2009).

Nessa terceira e última situação, agora mencionando uma decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em processo administrativo para expulsão de estrangeiro por tráfico internacional de drogas, regulamentando pela Lei n.º 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) acatou-se a incidência da SV n.º 5, esclarecendo-se que o estrangeiro deveria ser expulso por outro motivo (comprovação de dependência econômico de filho deste com brasileira), mas não pela ausência do profissional de advocacia no procedimento.

ADMINISTRATIVO. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NO INTERROGATÓRIO. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA VINCULANTE 5/STF. FILHO NASCIDO NO BRASIL APÓS A CONDENAÇÃO PENAL. CONVIVÊNCIA SOCIOAFETIVA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS. REQUISITO DE NÃO EXPULSÃO. ART. 75, II, b, DA LEI 6.815/80. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. [...]

3. Não há falar em prejuízo ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, em face da ausência de defensor no interrogatório do paciente, o que foi suprido nos demais atos, por ser dispensável a presença de advogado no processo administrativo (Súmula Vinculante 5/STF). [...]

Como se percebe da jurisprudência colacionada, a obrigatoriedade da defesa técnica varia conforme o tipo de processo administrativo em que se dá o deslinde da causa jurídica.

O que não varia nunca, jamais, é a presença constante e necessária do direito de defesa do acusado no âmbito de todos os processos administrativos cujas consequências podem atingir a esfera jurídica de outrem.

1.3 O direito de defesa no processo administrativo disciplinar

Conforme outrora fora dito, baseia-se o poder disciplinar do Poder Público na existência da hierarquia dentro dos órgãos e entidades estatais, em que são distribuídas competências aos agentes públicos conforme a relação chefe e subordinado existente entre eles. Daí a possibilidade do Estado de responsabilizá-los por eventuais ilícitos administrativos cometidos.

Nesta seara disciplinar, vigora o princípio da verdade real ou material, que autoriza a busca do que realmente aconteceu, não somente do que está provado nos autos.

Em outras palavras, a Comissão processante não precisa se cingir necessariamente às provas acostadas aos autos, àquilo que foi documentado no processo, podendo buscar, de ofício, mais elementos de informação em outros processos ou com a própria parte, ou ainda, indícios derivados de fatos supervenientes.

Rapidamente, destaque-se que nos processos judiciais (sobretudo na seara cível), diferentemente do que ocorre no PAD, o imperativo é da verdade formal, ou seja, vale o conjunto de provas documentados nos autos, não tendo a autoridade julgadora a oficialidade de ir atrás de outras provas. Na esfera penal, diz-se que a verdade formal é mitigada, diante da indisponibilidade dos direitos envolvidos (direito à vida, à liberdade, à privacidade dentre outros).

Comparativamente, em termos de aceitação (ou até de submissão) à verdade formal ou de liberdade (ou até de obrigação) para buscar a verdade material, pode-se situar a sede civil em um extremo e a sede administrativa disciplinar em outro, com a sede penal situada entre ambas, mas muito mais próxima desta do que daquela.³⁰

Assim, no que toca ao PAD, qualquer prova que chegue à Comissão julgadora, ressalvada, por óbvio, a vedação constitucional da utilização de provas ilícitas³¹, poderá ser valorada, desde que seja previamente submetida ao crivo do acusado. Significa dizer que a verdade material só será constitucional se for temperada pelo direito à defesa.

³⁰ Controladoria Geral da União – CGU. *Manual de Pad*. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD>, pág. 155. Acessado em 23 de abril de 2012.

³¹ Constituição Federal, art. 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Segundo já se mencionou, o direito de defesa no âmbito de todo processo administrativo é uma garantia constitucional e assume especial relevância na seara disciplinar, visto que o acusado num processo administrativo disciplinar (PAD), bem assim no processo criminal, poderá vir a sofrer penalidades em sua esfera jurídica, podendo haver, inclusive, repercussão civil e penal.

Diante disso, é imperioso reforçar que o processo disciplinar qualifica-se como um meio de garantir que ao acusado seja oportunizado o direito de defesa, por todos os meios em direito admitidos.

É interesse da própria Administração propiciar a mais ampla defesa ao acusado, não só por se tratar de garantia constitucional do indivíduo, mas por se tratar também da busca pela verdade real dos fatos.

É interesse fundamental do Estado que a repressão disciplinar se realize da forma mais legítima e reta possível. Pois que este é o único modo de fazer com que a sanção disciplinar repercuta de maneira favorável no meio do funcionalismo público. Vale dizer, para que a punição imposta funcione como fator condicionante da regularidade e do aperfeiçoamento do serviço público prestado pelo órgão em que é lotado o funcionário envolvido.³²

Inegável, portanto, o interesse público de que se reveste o direito de defesa nos processos administrativos disciplinares, pois “ninguém é mais idôneo para saber sobre a veracidade dos fatos do que a própria pessoa neles envolvida”³³.

Afinal, é exatamente esse aspecto de interesse público da apuração dos fatos no PAD que fundamenta a prevalência do princípio da verdade real no âmbito disciplinar, porquanto a Administração não pode dispor de tal interesse, porque é indisponível.

Nesse diapasão, infirmado mais uma vez a presença do interesse público no existente na correta utilização do PAD, a Lei n.º 8.112/90 é cristalina quando se trata de realizar o direito de defesa ao acusado, a exemplo dos dispositivos abaixo colacionados, *in verbis*:

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa. [...]

³² COSTA, Op. cit., p. 174 – 175.

³³ COSTA, Op. Cit. pág. 115.

Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito. [...]

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

Ao ponto, chama atenção a dicção do art. 156, que ilustra perfeitamente o direito de defesa, pois permite ao acusado participar do processo, acompanhando os atos praticados pela Comissão (contraditório), bem como produzindo provas e questionando-as quando julgar necessário (ampla defesa).

Nesse sentido, ainda sobre o dispositivo sob comento, verifica-se que a lei facultou ao acusado que acompanhasse a instrução processual pessoalmente ou por meio de procurador.

Assim, limitou-se o *mens legis* a mencionar o termo “procurador”, sem deixar claro se este deve, necessariamente, ter habilitação para atuar naquele ato como advogado ou não, ficando ao alvedrio do acusado decidir quem será seu procurador, independente de sua formação superior.

No mesmo sentido é o entendimento da CGU, abaixo exposto:

O processo administrativo disciplinar rege-se, dentre outros, pelo princípio do formalismo moderado. Este princípio, ao lado do princípio da eficiência e do interesse público de buscar a verdade material, se manifesta de inúmeras maneiras e em diversos momentos processuais. Uma de suas manifestações mais indubitáveis, expressa no art. 156 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, é o direito de o acusado acompanhar o processo, caso queira, na íntegra ou em ato específico, seja pessoalmente, seja por meio de procurador. No processo administrativo disciplinar, são previstas tanto a defesa presencial, em que o servidor está presente ao ato, quanto, alternativa ou cumulativamente, a defesa por meio de procurador, em que ele se faz representar, podendo esta ainda ser técnica, quando se faz representar especificamente por advogado.³⁴

Sucintamente, apregoa o princípio do formalismo moderado, supracitado, aplicável ao PAD, que o ato praticado deve prevalecer sobre a forma, isto é, prega o desapego ao formalismo, devendo o ato processual ser válido ainda que tenha sido concretizado por outro meio que não o previsto pela lei, desde que não se trate de um

³⁴ CGU (...) Op. Cit., pág. 227.

vício mais sério, insanável. Aplicável mais comumente ao âmbito disciplinar, sendo que no judicial sua aplicação exige maior cautela.

Dando continuidade, dentre os argumentos utilizados pela CGU para adotar a interpretação da não-obrigatoriedade da defesa técnica no PAD, na tentativa de enriquecer ainda mais o presente trabalho, destaque-se os seguintes:

A primeira é de que tal sede não põe em risco garantia fundamental da pessoa (a liberdade). Na ponderação de bens tutelados, o processo penal, como melhor exemplo, cuida de bem jurídico mais relevante para a pessoa que o processo disciplinar, que, em sua essência, trata de uma relação jurídico-estatutária que se firma entre servidor e Estado, que, em amplo sentido sociológico, engloba a “relação de trabalho” (se, na lei trabalhista, podem os empregados reclamarem pessoalmente à Justiça do Trabalho - art. 791 da CLT, não se sustenta tratamento tão diferenciado para o servidor); ademais, de que, em última análise, em caso de afronta a garantias fundamentais, sempre pode o servidor socorrer-se no Poder Judiciário; e ainda de que o ônus da prova é da administração, não necessitando o servidor de comprovar sua inocência. Em reforço, é válido também trazer a tona o caráter facultativo da defesa técnica insculpido no art. 3º da Lei nº 9.784, de 29/01/99, aqui aplicável subsidiariamente à Lei nº 8.112, de 11/12/90. E, por fim, mencione-se o previsto equilíbrio de forças na relação processual, já que, se o Estatuto não exige que comissão e autoridades instauradora e julgadora sejam bacharéis de Direito e advogados, é aceitável que também não o tenha feito para o procurador da parte, se for o caso.³⁵

Ainda a respeito do retromencionado art. 156 da Lei n.º 8.112/90, é preciso trazer à lume lição do professor Flávio Unes, o qual preleciona que cabe à autoridade administrativa avaliar se a defesa do acusado no PAD foi realmente efetiva, conforme ensinamento a seguir:

Em uma primeira leitura, poder-se-ia imaginar que a defesa pessoal do servidor, por si só, supriria a indicação de defensor. Ocorre que, em consonância com o dispositivo constitucional pertinente (art. 5º, LV, da Constituição da República), desde que demonstrada a precariedade da defesa pessoal do servidor, torna-se indispensável a nomeação de defensor dativo, sob pena de nulidade do processo a partir da fase de instrução. Em consequência, a autoridade administrativa deve avaliar se a manifestação pessoal apresentada pelo indiciado, diante da complexidade das acusações, bem como das condições pessoais do servidor, valeu-se dos recursos necessários à efetiva contestação dos fatos contra ele imputados.³⁶

³⁵ CGU (...), op. cit., pág. 228.

³⁶ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *A indispensável defesa técnica nos processos administrativos disciplinares: um breve estudo sobre a Súmula Vinculante nº 5 do STF*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, jun. 2008. Disponível em:

Cabe aqui fazer uma digressão sobre as duas acepções da defesa no PAD: a pessoal ou autodefesa, feita pelo próprio acusado, que se manifesta da forma como lhe convier, explicando suas razões, contestando e juntando provas, enfim, exercendo sua participação no processo; e a técnica, que é a defesa realizada por aquele que tem intimidade com a ciência jurídica, que possui formação superior em Direito, ou seja, o advogado legalmente constituído pelo acusado.

Sobre a defesa técnica no PAD, Odete Medauar, citada por Romeu Felipe Bacellar Filho³⁷, entende que esta só será necessária quando puder resultar em sanção grave ao acusado. A *contrario sensu*, se a penalidade for considerada “leve”, não há necessidade de o acusado fazer-se assistir por advogado.

Discordando dessa exegese, Bacellar Filho afirma que a defesa somente será ampla quando nos autos houver tanto a autodefesa como a técnica, feita por um advogado, independentemente da gravidade da penalidade que pode vir a ser aplicada, conforme abaixo demonstrado:

Ao nosso ver, a defesa técnica constitui elemento indispensável da ampla defesa, sendo indiferente a gravidade da pena que possa resultar do processo. A Constituição Federal, no art. 5º, LV, não assegura uma defesa qualquer, mas uma defesa ampla. Isso significa que a defesa não deve ser mais ou menos robusta conforme a intensidade da sanção que puder advir da decisão proferida no bojo do processo administrativo disciplinar: a mera possibilidade de o processo culminar em restrição à esfera jurídica individual do servidor reclama a maximização dos mecanismos de defesa.³⁸

Há ainda quem entenda que a defesa técnica se tornará obrigatória no PAD se a autodefesa mostrar-se precária, insuficiente, segundo ensinamento do Prof. Flávio Henrique Unes Pereira:

Com efeito, nos processos administrativos disciplinares, caso a defesa pessoal tenha sido precariamente produzida, a autoridade administrativa tem o dever de nomear defensor dativo para que seja

<<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=53901>>. Acesso em: 25 novembro de 2010.

³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF*. Biblioteca Digital A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=65721>, *apud* MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, p. 40-41. Acesso em 25 abril de 2012.

³⁸ BACELLAR FILHO (...) Op. Cit. Acesso em: 2 maio de 2012.

realizada a efetiva contestação das infrações apontadas, aliás, deve ser feito na hipótese de o indiciado ser revel (art. 164, §2º, da Lei nº 8.112/90). O controle jurisdicional a respeito da questão deve, por conseguinte, atentar para as peculiaridades do caso, examinando se o servidor demonstrou o prejuízo causado pela precariedade da defesa pessoal feita no processo administrativo disciplinar. [...]³⁹

Por fim, insta destacar que a CGU expressa o entendimento de que o procurador eleito pelo acusado não precisa necessariamente ser advogado, o que não pode ocorrer na esfera judicial, infirmando que “Não há necessidade de constituir procurador e menos ainda, se for o caso, de este ser advogado (a defesa técnica é uma faculdade na sede disciplinar).”⁴⁰

Conforme se verá no momento oportuno, este último entendimento se coaduna com um dos argumentos utilizados para embasar o entendimento da Corte Suprema no julgamento do emblemático RE nº 434.059-3/DF, no sentido de que não é imprescindível à ampla defesa a presença de advogado no processo disciplinar.

Desse julgamento, conforme se verá no momento oportuno, foi editada a SV nº 5 do pelo STF, que julgou que não é obrigatória a presença do advogado no PAD e que este argumento, por si só, não está apto a anular todo um processo administrativo, devendo haver outros elementos que indiquem um prejuízo à defesa.

³⁹ PEREIRA (...). Op. Cit.

⁴⁰ CGU (...), Op. Cit., pág. 227.

CAPÍTULO 2

O ENTENDIMENTO DA CORTE SUPREMA E A EDIÇÃO DA

SÚMULA VINCULANTE N.º 5

Cumprе destacar, para um melhor entendimento do tema, porque a Corte Suprema entendeu pela prescindibilidade da presença do advogado nos processos administrativos disciplinares e porque fora editada e publicada verbete sumular acerca do assunto.

2.1 O julgamento do RE n.º 434.059-3/DF

Por decisão unânime no Recurso Extraordinário – RE n.º 434.059/DF, o Plenário da Corte Suprema decidiu que a presença de advogado nos processos administrativos disciplinares não é obrigatória, tendo sido aprovado o conteúdo de Súmula Vinculante⁴¹ sobre o tema, que viria a receber o número 5, a qual preleciona o seguinte: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

⁴¹ Consoante expressa o art. 103-A da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45/2004: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Tratava-se de recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e pela União em desfavor de acórdão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea ‘a’ da Constituição Federal, que concedeu mandado de segurança (MS) de Márcia Denise Farias Lino, declarando a nulidade de Portaria de lavra do Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social.

A Portaria anulada pelo STJ a tinha demitido do cargo de agente administrativo do INSS/SP, por se valer do cargo para lograr proveito de outrem em detrimento da dignidade da função pública, por proceder de forma desidiosa e pela prática de improbidade administrativa (artigos 136 e 137, *caput* e parágrafo único, da Lei n.º 8.112/90⁴²).

Na ocasião do julgamento do MS n.º 7078/DF, cuja Relatoria foi feita pelo Ministro Hamilton Carvalhido, entendeu o STJ pela reintegração da Recorrida no cargo público que anteriormente ocupava, acatando exclusivamente o argumento de que seria imprescindível o acompanhamento do PAD por advogado ou defensor dativo, em observância à ampla defesa e ao contraditório, com base em dispositivos constitucionais (arts. 5º, LV, e 133 da Constituição Federal).

Esse é o contexto jurisprudencial. Passa-se á análise dos argumentos apresentados pela tese vencedora.

2.2 Exposição dos argumentos apresentados durante o julgamento do RE

Conforme se verá a seguir, variados argumentos foram apresentados pelos Ministros durante o julgamento do RE n.º 34.059-3/DF. Ao ponto, destaque-se que o objetivo não é adentrar no mérito de tais argumentos, e sim expô-los e considerá-los para, ao final, definir a atual configuração do direito de defesa no PAD.

Os argumentos apresentados pelo Relator do RE, Exmo. Ministro Gilmar Mendes, foram os seguintes:

⁴² Art. 136. “A demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI do art. 132, implica a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.” Art. 137. “A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.”

- a) reconheceu que há muito o direito de defesa representa a pretensão a uma verdadeira tutela jurídica, termo utilizado pelo direito alemão, que abrange o direito de informação, o direito de manifestação e o direito de ver seus argumentos considerados, sendo que este último contempla também o dever do juiz considerar seriamente os argumentos apresentados pelas partes;
- b) afirmou que o direito de defesa se aplica tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo, bem como devem ser assegurados em ambos o contraditório e a ampla defesa;
- c) considerou que o único argumento acatado pelo STJ no MS, qual seja, a ausência de acompanhamento do PAD por advogado, não é suficiente para se declarar a violação à ampla defesa, que terá sido realizada se presentes os mencionados direitos de informação, de manifestação e o de ver seus argumentos considerados;
- d) mencionou como precedentes do STF o RE-AgR 244.027⁴³, o AgRAI 207.197⁴⁴ e o MS 24.961⁴⁵;
- e) citou que no *habeas corpus*, na revisão criminal, em causas da Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais, a Corte Suprema já reconheceu a prescindibilidade da defesa por advogado, não sendo absoluta a disposição do art. 133⁴⁶ da Constituição Federal, destacando a ADI 3.168, a ADI 1.127 e a ADI 1.539, dentre outros precedentes.

⁴³ STF, RE-Agr 244.027: agravo regimental a que se negou provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória.

⁴⁴ STF, AgRAI 207.197: lê-se na ementa o seguinte: “A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado”.

⁴⁵ STF, MS 24.961: A Corte Maior entendeu que o processo administrativo de Tomada de Contas Especial não é disciplinar e que a ampliação do contraditório e da ampla defesa aos processos administrativos não implica na adoção da legislação típica do processo judicial, em que é imprescindível a atuação do profissional de advocacia.

⁴⁶ “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

De seu turno, concordando com o Relator, complementou o Exmo. Min. Menezes Direito que a própria Lei n.º 8.112/90 permite que o próprio servidor se defenda, ressaltando que no caso concreto a servidora foi notificada e não quis fazer-se representar por advogado.

Já a Exma. Min. Carmen Lúcia, também acompanhou o voto da Relatoria, acrescentando que a doutrina admite duas situações em que a presença do advogado no PAD seria necessária e não facultativa: a primeira, quando a questão trazida pelo caso for muito complexa, requerendo conhecimentos técnicos; a segunda seria quando a autodefesa não passe de um simulacro de defesa. Ao final, ressaltou que o caso analisado não representava nenhuma dessas hipóteses.

Quanto ao Min. Ricardo Lewandowski, o qual também se manifestou de acordo com a Relatoria, acrescentando que a doutrina e a jurisprudência entendem que a defesa técnica integram o devido processo legal, mas que basta colocá-la à disposição da parte.

Por sua vez, após concordar com o voto do Relator, foi o Exmo. Min. Joaquim Barbosa quem sugeriu a adoção de súmula vinculante sobre o tema.

O Exmo. Min. Carlos Ayres Brito concordou com os demais, chamando a atenção para o argumento de que o art. 133 da Constituição, por estar no Capítulo IV da Carta Magna, que trata da função jurisdicional, indica a obrigatoriedade do acompanhamento por advogado somente no processo judicial e que o termo ‘justiça’ remete a função jurisdicional. Finalizou dizendo que estender essa obrigatoriedade para o processo administrativo seria propiciar uma “defesa transbordante”.

Também expressou a seguinte preocupação:

Eu me preocupo também com uma consequência prática da decisão em sentido contrário à nossa. É que todas as vezes que em processo administrativo o servidor processado não optasse pela nomeação de procurador, a administração pública seria obrigada a remeter o caso para a defensoria pública e esta se veria, sem dúvida, numa situação de assoberbamento, digamos assim, porque não só defenderia os necessitados, que é o seu dever precípua, a sua função específica, como também defender todos os servidores públicos processados que não optassem pela nomeação de procurador nos autos.

A seu tempo, quanto ao Exmo. Min. Cezar Peluzo, importa registrar que aderiu ao voto vencedor e disse que a Constituição assegura o contraditório, que é a possibilidade da parte intervir, “a título de colaboração na formação do ato-total da

decisão”, sendo que essa é uma oportunidade dada à parte e que se dá no processo administrativo, assim como em todos os processos. E disse que a parte pode ou não exercer essa faculdade, mencionando exemplo do processo civil:

Por isso, nunca, jamais se cogitou da nulidade eventual de processo civil em que o réu seja revel, de revelia absoluta. Ele é citado, não comparece, porque não lhe convém comparecer, porque não quer, mas nem por isso o processo é nulo por suposta ofensa ao princípio do contraditório. [...]

De seu turno, a Exma. Ministra Ellen Gracie seguiu os demais Ministros, entendendo que o servidor pode defender-se pessoalmente ou por meio de procurador, ficando esta decisão a seu critério. Aduziu que a Lei n.º 8.112/90 reza que caso ele não tome essa decisão, a Administração terá de nomear-lhe defensor dativo, do mesmo nível de escolaridade do servidor acusado, “garantindo assim, que essa defesa não seja pro forma, mas uma defesa qualificada”.

Por fim, o Exmo. Min. Marco Aurélio questionou se estariam preenchidos os requisitos constitucionais para a edição de súmula vinculante e, após diversos pronunciamentos de alguns Ministros de que haveria precedentes no STF no mesmo sentido, votou com o Relator.

Consta também do acórdão uma discussão entre os Ministros sobre o verbete a ser sumulado, tendo sido aprovado o conteúdo da súmula vinculante, não sua redação.

2.3 Definindo a atual configuração do direito de defesa nos processos administrativos disciplinares

Após a edição da Súmula Vinculante n.º 5 pelo STF, é possível configurar a realização do direito à defesa no PAD como sendo a oportunidade dada ao acusado de ser informado de todos os atos processuais (direito de informação), de produzir provas e de participar da instrução processual (contraditório), de expor seus argumentos e de vê-los considerados pela Comissão (direito de manifestação e ampla defesa), i.e., de poder influenciar no destino que a decisão final determinará.

Dentre os direitos supramencionados, se insere também no direito de defesa a oportunidade oferecida ao acusado de fazer-se acompanhar por advogado, caso assim queira. Implica dizer que é uma faculdade do acusado, somente cumpre a ele decidir, não podendo a Comissão impedir ou vetar que ele se constitua um causídico para atuar no PAD.

Nesse diapasão, a Suprema Corte entendeu que a alegação única de não ter o acusado constituído advogado para acompanhá-lo no PAD não é capaz de anular o processo. Para que isso ocorra, há necessidade de haver outros argumentos que indiquem uma possível violação à garantia constitucional do contraditório e à ampla defesa.

Ou seja, para que se reconheça que o PAD padece de vício insanável relativo ao direito de defesa, é necessário provar o prejuízo ao acusado, podendo citar como exemplos a falta de intimação/notificação para a prática de atos processuais, a ausência de análise dos argumentos da defesa quando da elaboração do relatório final da Comissão, o uso de uma prova obtida por meio ilícito, etc.

Consoante interpretou o STF, cumpre dizer que a ausência de defesa técnica também pode ser alegada como motivo de anulação do PAD, desde que haja outros argumentos no mesmo sentido, como os citados acima.

CAPÍTULO 3

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento da Suprema Corte no RE n.º 343.059-3/DF, culminando com a publicação da Súmula Vinculante n.º 5 e a revogação da Súmula n.º 343 do STJ, gerou grande polêmica no meio jurídico, com opiniões divergentes sobre a sua constitucionalidade, conforme se mostrou no tópico 1.2.

Trata-se de tema apaixonante discutir sobre a prescindibilidade do advogado no PAD, bem como saber até onde vai a comunicação entre o regramento aplicável aos processos judiciais e também aos processos administrativos, sobretudo na esfera disciplinar.

O que se pode dizer é que há um núcleo comum de regras aplicável a ambos os processos, composto pelo respeito aos direitos fundamentais (contraditório, ampla defesa, devido processo legal etc.), que abrangem tanto direitos materiais quanto processuais.

Sobre esse ponto de tangência de processualidade, insta destacar que, segundo informa Bacellar Filho, pode ser deduzido da própria Constituição e tem como pressuposto essa diversidade existente entre a função jurisdicional e administrativa,

Alerta o referido doutrinador, no entanto, que a identidade do processo está acima de qualquer função, seja legislativa, jurisdicional ou administrativa, devendo sempre estar presente o contraditório e a ampla defesa.⁴⁷

Inobstante haja esse plexo comum, oriundo de normas constitucionais, é forçoso reconhecer que a seara administrativa-disciplinar é independente da judicial, sendo-lhe aplicável regramento próprio, no caso a Lei n.º 8.112/90, a qual reza no art. 156 a facultatividade de o acusado fazer-se acompanhar por advogado.

⁴⁷ BACELLAR FILHO (...), Op. cit.: “O núcleo comum de processualidade deduz-se do texto constitucional e pressupõe, mesmo no patamar da Constituição, o núcleo diferenciado derivado da função jurisdicional ou administrativa e do objeto de cada processo. Todavia, antes de ser legislativo, jurisdicional ou administrativo, o processo tem uma identidade constitucional. Antecedendo qualquer consideração, se uma função estatal é exercitada por meio de um processo seja ela qual for ou quais sejam os objetivos a serem alcançados - é porque nela devem estar presentes o contraditório e a ampla defesa”.

Como é fácil perceber, não se trata de uma imposição legal, e sim de uma faculdade posta ao acusado. Essa chance dada ao acusado de constituir advogado é uma consequência do direito de defesa, concretização do devido processo legal.

Caso a Comissão processante não permita que o acusado seja acompanhado por seu advogado, aí sim estar-se-ia diante de uma afronta à garantia constitucional, pois compete ao acusado exercer ou não essa prerrogativa, não aos membros da Comissão.

Não fosse assim, seria muito cômodo e útil para o acusado deixar de nomear um patrono para, posteriormente, alegar a nulidade do PAD por afronta ao direito de defesa. Caso se permitisse isso, ele estaria se aproveitando da própria torpeza, circunstância vedada pelo Direito. Não se crê, portanto, que o objetivo da norma seja esse.

Ademais, não é razoável analisar um PAD apenas sob a ótica da presença ou não da defesa técnica, ao contrário, seria temerosa essa análise superficial, diante de tantas possibilidades de realização do direito à defesa.

Isso porque determinar a nulidade de um processo deve ser a última medida, pois ali está todo um trabalho e esforço da Comissão processante, envolveu tempo de trabalho dos servidores e recursos do Erário.

Implica afirmar que a nulidade de um PAD pela simples alegação de que o acusado não se fez acompanhar por advogado poderia significar, nesse diapasão, prejuízo aos cofres públicos da Administração. Para que isso ocorra, deve haver outros elementos que justifiquem a anulação por lesão ao direito de defesa.

Ou seja, não faz sentido, para os Ministros do STF, que a ausência de um profissional da advocacia, *de per se*, possa ensejar a nulidade de um PAD, se não restou claro o prejuízo causado para a defesa, o que leva a relembrar um velho conhecido da ciência jurídica, sobretudo na esfera penal e processual penal, o princípio ‘*pás de nullité sansgrief*⁴⁸.

Por isso, merece respeito a decisão da Corte Suprema, no sentido de que a garantia constitucional do direito à defesa se realiza na medida em que se proporciona ao acusado a chance de ter vista dos autos, de ser informado dos atos processuais, de acompanhar e participar da instrução de provas, de colocar seus argumentos perante a

⁴⁸ Trata-se de princípio geral do direito. Traduz a máxima de que não há nulidade sem prejuízo, ou seja, somente será anulado um processo se houver algum prejuízo para a defesa. Pode ser extraído dos arts. 563 (“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”) e 566 (“Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.”) do Código de Processo Penal.

Comissão julgadora e de vê-los analisados, dentre outros. E, claro, a oportunização ao acusado de constituir ou não um patrono, ao seu alvedrio.

Dessa forma, a decisão da Corte Suprema é razoável e condizente com a Constituição, comprovado está que o direito à defesa se configura de diversas formas, já relatadas, não sendo justo se anular todo um processo disciplinar com a simples alegação da ausência de advogado para acompanhar o acusado.

Ao fim e ao cabo, registre-se que, conforme demonstrado no tópico 1.3 deste estudo, o delineamento do direito de defesa em processos administrativos continua sendo construído, pela doutrina e jurisprudência pátria, não está estanque, definido, assim como todos os conceitos que envolvem a ciência jurídica. Eles evoluem ao longo dos anos, acompanhando e se amoldando o desenvolvimento da sociedade, que é a razão de existência de todo o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Vicente Leal. *O direito de defesa*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 16, n. 2, p. 1-87, Jul./Dez. 2004. Texto disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/download/288/281>.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF*. Biblioteca Digital A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=65721>, *apud* MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, p. 40-41.
- BRASIL, Lei n.º 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.
- BRASIL, Lei n.º 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>.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO – CGU. *Manual de PAD*. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD>.
- COSTA, José Armando da. *Processo administrativo disciplinar. Teoria e prática*. 6ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Ed. Atlas, 3ª ed., São Paulo.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O Direito Administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 8, nov-dez de 2006/jan de 2007. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Saraiva, 4ª ed., 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 44ª ed., 2009.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23ª ed., 2008, São Paulo, Ed. Atlas.
- PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *A indispensável defesa técnica nos processos administrativos disciplinares: um breve estudo sobre a Súmula Vinculante nº 5 do STF*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=53901>>.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *O Direito à defesa na CF de 88*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- ROZA, Cláudio. *Processo administrativo disciplinar & ampla defesa*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Legitimidade processual e tipos de processo administrativo*. Biblioteca Digital Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 62, jul./ago. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=68807>>.
- ZYMLER, Benjamin. *A procedimentalização do Direito Administrativo brasileiro*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 2, n. 22, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=2848>>.