

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM
DIREITO ADMINISTRATIVO

Aécio Leite Arcanjo

A AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Brasília
2009



UNIVERSIDADE GAMA FILHO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSO* EM DIREITO ADMINISTRATIVO

AÉCIO LEITE ARCANJO

A AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

BRASÍLIA,
2009

BRASÍLIA, NOVEMBRO DE 2009.

Universidade Gama Filho
Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Administrativo

AÉCIO LEITE ARCANJO

A AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

**TCC apresentado como requisito final
a obtenção do grau de especialista em
Direito Administrativo.**

Professora Orientadora: Juliana Sebusiani

Universidade Gama Filho
Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Administrativo

TERMO DE APROVAÇÃO

AÉCIO LEITE ARCANJO

A AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito final à
obtenção do grau de Especialista em Direito Administrativo.**

Professora Orientadora: Juliana Sebusiani

Examinadores:



BRASILIA, NOVEMBRO DE 2009

Dedico este trabalho à minha filha Ana Luísa, minha fonte de inspiração. Aos meus Pais, Moisés e Nívia, e todos os familiares que mesmo distantes estão sempre comigo em pensamento, torcendo e comemorando cada vitória.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, o criador, que me deu a capacidade de desenvolver este trabalho.

Agradeço a todos os parentes e amigos que contribuíram direta ou indiretamente para a elaboração deste trabalho.

Agradeço a todos que de alguma forma passaram pela minha vida e contribuíram para meu crescimento como pessoa.

Agradeço, ainda, a professora Juliana, orientadora deste trabalho, pois o conhecimento não se adquire sozinho.

“A lei de ouro do comportamento é a Tolerância mútua, já que nunca pensaremos todos da mesma maneira, já que nunca veremos senão uma parte da verdade e sob ângulos diversos.”

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente trabalho analisou a aplicabilidade do princípio da ampla defesa no Processo Administrativo disciplinar. Com esse objetivo, foi estudado o processo administrativo disciplinar de maneira geral, abrangendo todas as suas fases que vai da instauração até o julgamento para melhor compreendermos a sua importância na apuração de irregularidades no serviço público. Neste contexto, foram estudados alguns princípios dentre eles o do contraditório e da ampla defesa, tema central deste trabalho, constatando-o como direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º, LV da Constituição Federal, a defesa é inerente ao processo, sem ela o processo seria prejudicado. Como não poderia deixar de ser estudou-se os entendimentos a respeito da presença do advogado no processo disciplinar, sua obrigatoriedade ou facultatividade, tendo em vista que este assunto tem provocado polêmica, ante as decisões tomadas pelo Poder Judiciário. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) sumulou entendimento de que é obrigatória a presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar e o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a súmula vinculante nº 5, dispondo que a falta de defesa por advogado não ofende a constituição. Assim, concluiu-se que ao indiciado é garantido o direito à ampla defesa no processo disciplinar, quanto à necessidade da presença de advogado, não há consenso entre os doutrinadores, porém, entende-se que deva prevalecer o entendimento do STF no sentido de que é facultado ao indiciado apresentar sua defesa por meio de advogado.

Palavras-chave: Processo Administrativo Disciplinar, Ampla Defesa, súmula, súmula vinculante.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	DIREITO PROCESSUAL DISCIPLINAR	11
3	PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	12
	3.1 Conceito de Processo Administrativo Disciplinar	12
	3.2 Princípios do Contraditório	13
	3.3 Princípio da Ampla Defesa	13
	3.4 Princípio da Verdade Material	14
4	MEIOS SUMÁRIOS DE ELUCIDAÇÃO DE FATOS	16
	4.1 Sindicância	16
	4.2 Verdade Sabida	17
	4.3 Termo de Declaração do Infrator	17
5	FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	19
	5.1 Instauração	19
	5.2 Inquérito Administrativo	20
	5.2.1 Instrução	20
	5.2.2 Defesa	22
	5.2.3 Relatório	23
	5.3 Julgamento	23
6	DO DIREITO DE DEFESA E SUA APLICAÇÃO NO PAD	25
	6.1 Defesa Escrita do Acusado	26
	6.1.1 Vista dos Autos	27
	6.1.2 Defensor Dativo	27
	6.1.3 Formalização da Defesa	28
7	PRESENÇA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	30
	7.1 Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça	30
	7.2 Súmula nº 5 do Supremo Tribunal Federal	32
8	CONCLUSÃO	37
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

1 INTRODUÇÃO

A partir da Constituição Federal de 1988 foi possível ver com mais clareza as formas de controle da Administração e os direitos dos administrados. Temos no processo administrativo disciplinar um instrumento de grande importância para a administração e para os servidores públicos, bem como para os cidadãos em geral que se preocupam com o bom funcionamento do serviço público. Para a administração é um importante instrumento de controle de seus agentes e para os servidores é a oportunidade de se ter uma apuração isenta e imparcial com a observância dos princípios constitucionais que lhes garante direitos e deveres. Assim, o processo administrativo pode ser considerado um instrumento de garantia do servidor para solucionar conflitos de interesse destes com a administração.

A relação de trabalho do estado com o servidor público federal tem como principal instrumento a Lei 8.112/90 cujas normas estabelece que os servidores públicos possuem direitos e obrigações a serem observados e que o descumprimento destes, sujeita os infratores a penas que vão desde uma simples advertência até a demissão. Esta Lei ensina que “o Processo Disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”.

Essa apuração não é feita de forma inquisitória, deve ser feita com a observância de princípios que assegure ao servidor a ampla defesa.

Pretende-se com este trabalho fazer um estudo sobre o direito de defesa e sua aplicação no Processo Administrativo Disciplinar, para isso discorrerá sobre todo o processo, destacando esse princípio, tendo como bibliografia base a Constituição Federal de 1988, a Lei 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais) e a Lei nº 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

O objetivo principal deste estudo é demonstrar, com base na doutrina e legislação atuais, qual o entendimento predominante sobre o direito de defesa e sua aplicabilidade no processo administrativo disciplinar. Utilizar-se-á como instrumental

a pesquisa bibliográfica de forma descritiva.

O interesse vem do fato de ser funcionário público, do Superior Tribunal Militar, e este ser um assunto que diz respeito a todos servidores, esse interesse se justifica, também, pelo entendimento controverso dos Tribunais Superiores a respeito da necessidade da presença do advogado na defesa do acusado no processo administrativo disciplinar, especificamente a Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça e a Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal.

2 DIREITO PROCESSUAL DISCIPLINAR

Neste capítulo conceituar-se-á o Direito Processual Disciplinar, hoje considerado por alguns autores com um dos ramos do Direito Administrativo com vinculações com outros ramos do direito, especialmente o Direito Penal e Processual Penal.

No entendimento José Armando da Costa é possível concluir que:

“Direito Processual disciplinar é o com junto de normas e princípios, sedimentados em leis, regulamentos, pareceres de órgãos oficiais, jurisprudência e doutrina, que informam e orientam a dinamização dos procedimentos apuratórios de faltas disciplinares, objetivando fornecer sustentação à legítima lavratura do correspondente ato punitivo”. (COSTA, 2005 p.35).

No intuito de compreender melhor este ramo do direito convém destacar as fontes que alimentam o Direito Processual Disciplinar, que formam as normas de orientação do processo disciplinar, a fim de evitar qualquer procedimento arbitrário. Segundo José Armando da Costa (2005: 39) são os seguintes as fontes deste ramo do direito: Lei Constitucional, Lei Ordinária, Regulamento, Atos Normativos Internos, formulações do DASP, pareceres da Advocacia-Geral da União (AGU), jurisprudência dos tribunais, princípios gerais do Direito, praxe administrativa, Analogia, Aplicação subsidiária de outras normas e aplicação supletiva das normas do processo administrativo.

Vale esclarecer que o DASP – Departamento Administrativo foi substituído pela atual Secretaria de Administração, entretanto suas formulações continuam em vigor desde que não contrariem entendimentos posteriores.

3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Neste capítulo será destacada a importância do processo administrativo disciplinar, estudaremos o seu conceito na visão de alguns doutrinadores, serão estudados também, alguns princípios para depois adentrarmos na garantia da ampla defesa.

Vale destacar que os servidores públicos exercem suas atribuições sob o regime estatutário representado por um conjunto de normas a que estão sujeitos. O processo administrativo disciplinar é usado pela administração pública na apuração de infrações supostamente cometidas por servidores públicos.

Compete ao poder público apurar as irregularidades de que tiver ciência, nesse sentido a Lei 8.112/90 (jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais) ensina:

Artigo 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 (BRASIL, 1990).

3.1 Conceito de Processo Administrativo Disciplinar

O conceito de Processo Administrativo Disciplinar no ensinamento de Eloy Lopes Meirelles "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" (MEIRELLES, 2008, p. 703).

José Armando da Costa assim ensina:

O processo disciplinar se define como a série de atos procedimentais que, formalizados em obediência a certos rituais traçados pelas normas e outras fontes do Direito, se propõem a apurar a verdade real dos fatos, a fim de fornecer base à legítima decisão disciplinar, a qual poderá ter efeito condenatório ou absolutório (COSTA, 2005, p. 134).

Já Bandeira de Mello, assim apresenta o seu conceito:

É um procedimento apurador, desde logo instruído pelos autos da sindicância e obediente ao princípio da ampla defesa, conduzido por comissão formada por três servidores estáveis, sob a presidência de uma deles (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 300).

3.2 Princípios do Contraditório

O contraditório é um princípio constitucional atrelado ao direito de defesa conforme explica Hely Lopes Meirelles (2008) "... o princípio da garantia de defesa, entre nós, está assegurado no inc. LV do art 5º da CF, juntamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)...".

O CNJ – Conselho Nacional de Justiça teceu a seguinte definição para princípio do contraditório:

Princípio inerente ao direito da defesa, decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-lhe oportunidade de resposta. O princípio do contraditório exige que a parte interessada seja notificada dos atos processuais, garante-lhe o direito de examinar as provas constantes do processo, de assistir à inquirição de testemunhas, de apresentar defesa escrita, resposta ou reação. Consagrado pelo art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal, é uma garantia de exercício democrático, visto que as partes adversas são ouvidas, informadas e têm direito à manifestação. O contraditório pode ser imediato (participação das partes) ou diferido (provas cautelares).

Diante do exposto, observa-se que estabelece a igualdade das partes na relação processual, ouvindo a outra parte e dando oportunidade de defender-se das acusações que pese em seu desfavor.

Nesse sentido José Armando da Costa ensina que:

O contraditório é o princípio vestibular e pressuposto da ampla defesa, embora distinga-se deste por ser mais abrangente, haja vista que em sua compreensão aconchegam-se tanto as investidas apuratórias da comissões de processo disciplinar quanto os esforços defensórios empreendidos pelos acusados ou por seus patronos legalmente constituídos. (COSTA, 2005, p.61).

Assim, vimos que o princípio do contraditório garante ao acusado ser ouvido antes de uma decisão e ao mesmo tempo dar a possibilidade de participar do processo podendo interferir nesta decisão.

3.3 Princípio da Ampla Defesa

Este princípio encontra-se entre os direitos de garantias fundamentais

expressos na nossa Constituição Federal de 1988 art. 5º, LV que determina “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”.

Dessa forma, vimos que o alcance do contraditório e da ampla defesa foi expresso de forma geral devendo alcançar todos os acusados tanto no processo judicial quanto administrativo.

Este princípio está ligado à garantia do devido processo legal (*due process of law*) o qual pretende dar segurança ao cidadão no sentido de que não seja julgado e condenado injustamente. Nesse sentido a Carta Magna de 1988, em seu artigo 5ª LIV estabelece “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

3.4 Princípio da Verdade Material

A respeito deste princípio Hely Lopes Meirelles assim ensina:

O princípio da verdade material, também denominado da liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova lícita de que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento desde que faça trasladar para o processo (MEIRELLES 2008, p.696).

Observa-se que o julgador deve sempre busca a verdade ainda que tenha que abrir mão de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados.

Meirelles continua a sua explanação da seguinte forma:

Enquanto nos processos judiciais o juiz deve cingir-se às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela (MEIRELLES 2008, p. 696).

Sobre esse princípio assim discorreu José Armando da Costa:

Princípio da verdade material – Por força desse princípio, autorizada fica a Administração, dentro da processualística disciplinar, a recepcionar e levar em conta qualquer elemento de prova que tenha chegado ao conhecimento dos membros da comissão processante, desde que tenha sido ajuntado aos autos e feita a respectiva

abertura de vista ao servidor acusado, a fim de que exercite o seu legítimo direito de defesa (COSTA 2005, 9.62).

Desse modo, a autoridade administrativa competente não está presa ao exame apenas do que foi alegado, ou apresentado pelas partes, devendo buscar todos os elementos que possa contribuir para sua decisão, em qualquer fase processual.

4 MEIOS SUMÁRIOS DE ELUCIDAÇÃO DE FATOS.

Neste capítulo destacar-se-á que para a apuração de ilícitos administrativos a Administração dispõe de dois meios: o processo administrativo disciplinar e os meios sumários. Esses meios devem ser utilizados, sempre que possível, a fim de evitar longos processos administrativos.

Hely Lopes Meireles ensina que os meios de responsabilização variam de acordo com a gravidade da infração a ser apurada e, acrescentando o que dispõe a CF, art. 5º. LV, destaca:

Conforme a gravidade da infração a apurar e da pena a aplicar, a Administração disporá do meio de responsabilização adequado, que vai desde o *processo administrativo disciplinar* até a *apuração sumário da falta*, através de simples *sindicância*, ou mesmo pela verdade sabida, mas, em qualquer hipótese, com a garantia de ampla defesa (MEIRELLES, 2008, p. 513).

Ainda Sobre os meios de elucidação de fatos Hely Lopes Meirelles assim leciona:

Além do processo administrativo, pode a Administração utilizar-se de meios sumários para a elucidação preliminar de determinados fatos ou aplicação de penalidades disciplinares menores ou comprovadas na sua flagrância, e tais são a *sindicância*, a verdade sabida e o termo de declaração do infrator (MEIRELLES 2008, p.705).

A seguir estudaremos cada um destes meios sumários em separado.

4.1 Sindicância

A Sindicância é um dos meios sumários de que dispõe a administração para elucidação de irregularidades no serviço público.

Bandeira de Mello (2005, p. 299) deu a seguinte definição para sindicância:

Sindicância – é o procedimento investigativo, com prazo de conclusão não excedente de 30 dias (prorrogáveis pela autoridade superior por igual período), ao cabo do qual, se a conclusão não for pelo arquivamento do processo ou pela aplicação de penalidade de advertência ou suspensão até 30 dias, assegurada ampla defesa, será instaurado processo disciplinar, o qual é obrigatório sempre que o ilícito praticado ensejar sanção mais grave.

Meirelles (2005, p.705) denomina-se de sindicância administrativa e assim

conceitua: “é o meio sumário de apuração ou elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ou infrator”.

O mesmo autor faz a seguinte observação sobre a sindicância:

É o verdadeiro *inquérito administrativo* que precede o processo administrativo disciplinar. Entretanto, a sindicância tem sido desvirtuada e promovida como instrumento de punição de pequenas faltas de servidores, caso em que deverá haver oportunidade de defesa para validade da sanção aplicada (MEIRELLES, 2008, p. 206).

Octaviano e Gonzalez ensina:

Conceitualmente, sindicância corresponde ao procedimento pelo qual se reúnem informações tendentes a fornecer elementos esclarecedores de determinados atos ou fatos, cuja apuração se faz no interesse superior e segundo a decisão da autoridade própria (OCTAVIANO e GONZALEZ, 2009, p. 23).

4.2 Verdade Sabida

Segundo José Armando da Costa (2005, p. 92) verdade sabida é a ciência pessoal e direta da ocorrência funcional irregular por quem seja competente para julgar o caso e aplicar a punição correspondente.

No entendimento de Hely Lopes Meirelles (2008 p. 706) “*verdade sabida* é o conhecimento pessoal da infração pela própria autoridade competente para punir o infrator”. O mesmo autor esclarece que o essencial para se enquadrar a falta na *verdade sabida* é o seu conhecimento direto pela autoridade competente para puni-la, ou sua notoriedade irretorquível.

4.3 Termo de Declarações do Infrator

Esse é mais um dos termos sumário utilizado para elucidação de faltas, e que pode evitar a abertura de processo administrativo disciplinar, de acordo com a gravidade das penas a serem aplicadas.

Sobre termo de declarações Meirelles leciona:

Termo de declarações é a forma sumária de comprovação de faltas menores de servidores, através da tomada de seu depoimento, que, em si, já é defesa, sobre irregularidade que lhe é atribuída, e, se confessada, servirá de base pra a punição cabível. Para plena validade das declarações é de toda conveniência que sejam tomadas em presença de, pelo menos, duas testemunhas, que também subscreverão o termo (MEIRELLES 2008, p. 706).

Nesse sentido entende-se que o termo de declarações deve ser utilizado quando se tratar de pequenas faltas cometidas pelos servidores, devendo ser documentado o que poderá servir para comprovar reincidências.

5 FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Neste capítulo serão estudadas as fases procedimentais em que se desenvolve o processo administrativo disciplinar. Conforme ensina José Armando da Costa (2005, p. 145), “O processo disciplinar desdobra-se numa série de atos que se iniciam com a portaria instauradora e se encerram com o julgamento da autoridade administrativa competente”.

Embora não possua o mesmo rigor do processo judicial, o processo administrativo requer a observância de alguns rituais traçados pelas normas. Conforme descrito no art. 151 da Lei 8.112/90, o processo disciplinar se desenvolve em três fases quais sejam: instauração, inquérito administrativo e julgamento. A fase do inquérito administrativo compreende três subfases: instrução, defesa e relatório.

5.1 Instauração

Esta é primeira fase do processo administrativo disciplinar, onde é formada a comissão apuradora da falta cometida, segundo Costa (2005, p. 146) esta instauração “só se legitima quando houver um mínimo de fato indicativo da possibilidade de via a ser futuramente punido o servidor”.

O processo tem início com despacho de autoridade competente, determinando a instauração, assim que tiver ciência de alguma irregularidade; ela age *ex officio*, com fundamento no princípio da oficialidade (DI PIETRO, 2001, p. 508).

No saber de Hely Lopes Meirelles:

A instauração é a apresentação escrita dos fatos e indicação do direito que ensejam o processo. Quando provém da administração deve consubstanciar-se em portaria, *auto de infração*, *representação* ou *despacho inicial da autoridade competente*; quando provocada pelo administrado ou pelo servidor deve formalizar-se por *requerimento* ou *petição*. Em qualquer hipótese, a peça instauradora recebe autuação para o processamento regular pela autoridade ou comissão processante. O essencial é que a peça inicial descreva os fatos com suficiente especificidade, de modo a delimitar o objeto da controvérsia e a permitir a plenitude da defesa. (MEIRELLES, 2008, p. 698)

Sobre a instauração José Armando da Costa ensina:

A portaria inaugural do processo disciplinar, fundando-se em denúncia postulatória, sindicância precautória ou mera notícia de irregularidade funcional, deverá, necessariamente, designar a comissão processante (destacando a pessoa do seu presidente), o objeto do processo (as irregularidades disciplinares trazidas ao conhecimento da autoridade hierárquica) e a individualização do acusado ou acusados (COSTA 2005 p. 147).

Ainda sobre a importância da instauração Di Pietro esclarece:

A Portaria bem elaborada é essencial à legalidade do processo, porque equivale à denúncia do processo penal e, se não contiver dados suficientes, poderá prejudicar a defesa; é indispensável que ela contenha todos os elementos que permitam aos servidores conhecer os ilícitos de que são acusados (DI PIETRO, 2001, p. 508).

De acordo com o artigo 151, inc I, da Lei 8.112/90, a instauração se dá com a publicação do ato que constituir a comissão.

Dessa forma, o processo administrativo será instaurado com publicação da portaria com descrição dos fatos que justifica a lide e designação da comissão processante.

5.2 Inquérito Administrativo

Esta é a segunda da fase procedimental do processo disciplinar e compreende instrução defesa e relatório, conforme descrito na Lei 8.112/90, art. 151, inc. II. A seguir estudaremos cada uma destas subfases em separado.

5.2.1 Instrução

Ferraz e Dallari (2001: 122) salientam que na fase de instrução serão deduzidos os fundamentos legais que disciplinam o assunto objeto de exame, serão produzidos os argumentos destinados a gerar o convencimento de quem deve decidir, serão produzidas as provas documentais, periciais e testemunhais eventualmente necessárias.

Sobre a instrução, Hely Lopes Meirelles assim conceitua:

A instrução é a fase de elucidação dos fatos, com a produção de

provas da acusação no processo punitivo, ou de complementação das iniciais no processo de controle e de outorga, provas, essas, que vão desde o depoimento da parte, as inquirições de testemunhas, as inspeções pessoais, as perícias técnicas, até a juntada de documentos (MEIRELLES, 2005, p. 698).

Nessa fase serão determinadas as providências a serem tomadas para elucidação dos fatos.

Sintetizadas em ata as iniciais providências apuratórias a serem tomadas, deverá o acusado ser notificado a esse respeito, afim de que possa comparecer ao local dos trabalhos para assistir à tomada de depoimento das testemunhas, podendo inquiri-las ou reinquiri-las, por intermediação do dirigente do processo (COSTA, 2005, p. 147).

Ernomar Octaviano e Átila J. Gonzalez (2001: 149) destacam algumas medidas preliminares à instrução, indispensáveis por reunir elementos formadores da convicção sobre a existência da falta e sua autoria e esclarece:

Essas atividades se traduzem na atuação de documentos, na citação do indiciado, na notificação do denunciante e da vítima, na intimação de testemunhas e nas providências a serem tomadas quanto às perícias, diligências e produção de documentos, que consolidarão a fase instrutória, defesa e relatório, fundamentais ao julgamento do processo (OCTAVIANO e GONZALEZ, 2001, p. 149).

A Administração deve conduzir os atos de instrução por força do princípio da oficialidade, segundo ensina Sérgio de Dallari:

Por força do princípio da oficialidade, a condução dos atos de instrução é encargo e responsabilidade da Administração, que deve cuidar da montagem do instrumento material (os autos do processo em sentido material) e do regular desenvolvimento dos atos de instrução, produzidos seja pelo particular interessado, seja por agentes administrativos. (SERGIO e DALLARI, 2001, p. 123)

Em se tratando dos princípios que regem a instrução, Di Pietro assim dissertou:

A instrução rege-se pelos princípios da oficialidade e do contraditório, este último essencial à ampla defesa. Com base no primeiro, a comissão toma iniciativa para levantamento das provas, podendo realizar ou determinar todas as diligências que julgue necessárias a essa finalidade. O princípio do contraditório exige, em contrapartida, que a comissão dê ao indiciado oportunidade de acompanhar a instrução, com ou sem defensor, conhecendo e respondendo a todas as provas contra ele apresentadas. (DI PIETRO, 2001, p. 509).

Segundo José Armando da Costa (2005: 230) “concluída a fase instrutória do

processo, os membros da comissão deverão, em conjunto e harmonicamente, realizar minucioso exame e estudo das provas produzidas nos autos”.

Após a análise dos elementos disponíveis nessa fase instrutória a comissão deve decidir pelo indiciamento do acusado ou arquivamento do processo. Nesse sentido (COSTA, 2005: 232) leciona que “Inferindo que o servidor imputado deva ser indiciado, promoverá a comissão, nos termos do art. 161 da Lei 8.112/90, a lavratura do correspondente despacho de instrução e indicição...”.

Dessa maneira, podemos observar que na fase de instrução são realizadas as principais atividades para o desenrolar do processo, tendo em vista que é nessa fase que se providencia a coleta e análise das provas, colhe-se os depoimentos das partes e testemunhas arroladas.

5.2.2 Defesa

Segundo Di Pietro (2001: 508) “Concluída a instrução, deve ser assegurado o direito de “vista” do processo e notificado o indiciado para a apresentação da sua defesa”.

No entender da mesma autora, embora esta fase seja denominada de defesa, na realidade as normas referentes às fases anteriores, instauração e instrução, têm em vista propiciar a ampla defesa ao servidor Di Pietro (2001: 508).

Meirelles (2005: 698) ressalta que a defesa compreende a ciência da acusação, a vista dos autos na repartição, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas, a inquirição e reperguntas de testemunhas e a observância do devido processo legal Meirelles.

A *Verba legis* na Lei 8.112/90, art. 153, assegura: “o inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito”.

O prazo para apresentação de defesa pelo indiciado será aberto logo após o despacho de instrução e indicição.

Com a formalização regular do ato citatório, o que deverá ocorrer logo depois do despacho de instrução e indicição, será concedido ao funcionário indiciado o prazo de dez dias para oferecer a sua defesa escrita. Havendo pluralidade de indiciados, esse prazo será de vinte dias, comum para todos (COSTA, 2005, p. 149).

5.2.3 Relatório

Nessa subfase já com a apresentação de defesa do acusado, os membros da comissão elaboração o relatório do desenvolvimento do feito, o qual conterà as conclusões da comissão.

Segundo (COSTA 2005, p. 150), nessa terceira e última subfase do inquérito administrativo, as provas serão novamente examinadas e confrontadas com os argumentos de defesa e as provas porventura produzidas pelo indiciado.

Havendo solicitado o indiciado, em sua defesa, a realização de alguma diligência complementar e desde que não se trate de manobra meramente protelatória, deverá o presidente da comissão, antes dos trabalhos de reestudo e reexame dos autos, acolher essa pretensão, determinando que seja realizada diligência (COSTA, 2005, p. 150) .

Sobre o relatório, assim disserta Meirelles:

O relatório é a síntese do apurado no processo, feita por quem o presidiu individualmente ou pela comissão processante, com apreciação das provas, dos fatos apurados, do direito debatido e proposta conclusiva para decisão da autoridade julgadora competente. É peça informativa e opinativa, sem efeito vinculante para a Administração ou para os interessados no processo... (MEIRELLES, 2008, p. 699).

Observa-se que o relatório é um documento conclusivo, produzido pela comissão processante, com base no material obtido na subfase de instrução de defesa, embasado em fundamentos jurídicos para encaminhamento à autoridade julgadora.

5.3 Julgamento

Conforme estabelecido no art. 167 da Lei 8.112/90, no prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

Sobre o julgamento, Ely Lopes Meirelles leciona:

O julgamento é a decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo. Essa decisão normalmente baseia-se nas conclusões do relatório, mas pode desprezá-las ou contrariá-las, por interpretação diversa das normas legais aplicáveis ao caso ou por chegar o julgador a conclusões fáticas diferentes das da comissão processante ou de quem individualmente realizou o processo (MEIRELLES, 2008, p. 699).

Meirelles (2008, p. 699), segue argumentando que “o essencial é que a decisão seja motivada com base na acusação, na defesa e na prova, não sendo lícito à autoridade julgadora argumentar com fatos estranhos ao processo ou silenciar sobre as razões do acusado...”.

Di Pietro (2001: 509) denomina essa fase final de decisão e destaca que “a autoridade poderá acolher a sugestão da comissão, hipótese em que o relatório corresponderá à motivação; se não aceitar a sugestão, terá que motivar adequadamente a sua decisão, apontando os elementos do processo em que se baseia”.

Quando a questão, pela gravidade da sanção a ser imposta, não se comportar na faixa de competência da autoridade julgadora a quem foi remetido o processo, deverá o caso ser submetido ao crivo julgador da autoridade que seja competente (COSTA, 2005, p. 152).

Assim, o julgamento é a fase conclusiva do processo administrativo disciplinar onde é proferida a decisão pela autoridade competente, naturalmente baseada nas conclusões do relatório.

Costa também disserta sobre os efeitos das sanções disciplinares proveniente do julgamento:

A não ser que se trate da medida extrema (pena de demissão), as sanções disciplinares, desde que aplicadas com justiça e equidade, se preordenam a promover a educação do punido, a espalhar exemplaridade no seio do funcionalismo e a preservar a ordem interna do órgão a que pertence o servidor apenado (COSTA, 2005, p. 405).

6 DO DIREITO DE DEFESA E SUA APLICAÇÃO NO PAD

O direito de defesa é um princípio constitucional aonde vimos o direito de defesa inserido na categoria de direito fundamental e deixa claro que a sua aplicação está assegurada seja em processo judicial ou administrativo.

Quando a Constituição determina em seu art. 5º, LV, (repeto) “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” entende-se que o legislador está se referindo aos processos administrativos em que haja litígio e neste contexto, encontra-se o processo administrativo disciplinar.

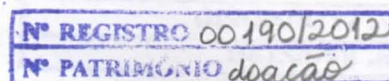
Em se tratando de servidor público, observa-se o destaque que é dado o ao direito de defesa, sobre tudo quando se trata de perda de cargo de servidor estável, nesse sentido a Constituição Federal expressa: O servidor público estável só perderá o cargo mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa (CF, Art. 41, § 1º, inc. II).

A Lei 9.784/99, que Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe acerca dos princípios que rege a administração pública, citando entre eles o da ampla defesa, como segue:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa**, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (grifo nosso).

Ainda na Lei 9.784/99, em seu parágrafo único, inciso X, encontramos, dentre os critérios a serem observados nos processos administrativos, o seguinte: “garantia dos direitos à comunicação, a apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígios”.

Cláudio Roza coloca a oportunidade de defesa como inerente à dignidade da pessoa, e, também, descreve a sua positivação da seguinte forma:



Ao acusado dá-se a oportunidade da defesa em razão de sua dignidade de pessoa. Não é em função das alegações e da veracidade ou importância dela, e nem porque seja culpado, mas porque o próprio direito à defesa encontra proteção, e inclusive no processo administrativo, do qual o processo disciplinar é espécie, como positivamente expressa no artigo 5º, LV, da Constituição Federal/1988 (ROZA, 2004, p. 105).

Citando Álvaro Lazzarine, Cláudio Roza destaca que a ampla defesa identifica essencialmente o processo disciplinar e transcreve:

Deve o acusado em geral ter oportunidade à ampla defesa que, como cerne de todo procedimento administrativo de natureza disciplinar, encerra o inafastável “Direito de Defesa” de o acusado ter vista, ter conhecimento da acusação para poder rebatê-la, produzindo prova pertinente, no contraditório instaurado. (ROZA, 2004, p. 109).

Nesse estudo pode-se concluir que mesmo nos procedimentos apuratórios mais simples, em que não há a necessidade de processo administrativo disciplinar, deverá ser assegurado a ampla defesa, conforme podemos observar na Lei 8.112/90, 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”.

O Código de Ética dos Servidores da Justiça Militar da União, no capítulo sobre os procedimentos apuratórios, destaca:

Art. 38. A qualquer pessoa que esteja sendo investigada é assegurado o direito de saber o que lhe está sendo imputado, de conhecer o teor da acusação e de ter vista dos autos, no recinto das Comissões, mesmo quando ainda não tenha sido notificada da existência do procedimento investigatório.

Parágrafo único. O direito assegurado neste artigo inclui o de obter cópia dos autos e de certidão do seu inteiro teor.

Desta forma, vimos

Nesse sentido José Armando da Costa (2005, p. 124) leciona: “O que dimensiona o alcance da defesa não é a natureza do procedimento apuratório, mas, sim a substância das acusações”.

6.1 Defesa Escrita do Acusado

José Armando da Costa (2005: 239) ensina que o direito de defesa comporta duas acepções: a pessoal e a técnica. A pessoal consubstancia-se nos esforços defessórios empreendidos pelo próprio acusado, desde o liminar do processo, incluindo o acompanhamento pessoal do acusado às audiências feitas pela comissão para tomada de depoimentos, o seu desempenho na ocasião do interrogatório em que procura convencer sobre sua versão dos fatos, a formulação de quesitos, quando haja prova pericial e outras providências mais. A defesa técnica configura um desempenho de natureza mais científico-jurídica, realizado, em regra, pelos expertos em Direito. Diante disso, o autor conclui que “a empreitada defensiva do acusado encontra na defesa escrita o seu mais importante e expressivo logradouro” (COSTA, 2005, p. 240).

Citando o art. 27 da Lei. 9.784/99, Ferraz e Dallari assevera:

... sempre será garantido ao acusado o direito de, mesmo tardiamente, produzir defesa, e por força do princípio da oficialidade, cabe a autoridade processante colher todos os elementos probatórios necessários à obtenção da verdade material. O sistema jurídico não quer outra coisa senão a realização da justiça.

No entendimento de Roza (2004: 114) a defesa escrita tanto pode ser elaborada pelo próprio acusado quanto por meio de defesa técnica, por advogado constituído. Este, também, é o entendimento do STF o qual estudaremos mais adiante.

6.1.1 Vista dos Autos

Conforme, já estudado anteriormente, após a conclusão da instrução processual é feita citação do indiciado e dado vista do processo para que possa elaborar sua defesa escrita.

José Armando da Costa (2005: 240) destaca, com base no art. 161 da Lei 8.112/90, que o direito de vista, que é extensível também ao advogado do servidor indiciado, deverá ser exercido dentro da repartição.

Costa (2005: 242) reconhece o direito do advogado de consultar os autos fora da repartição e ressalta que esse direito não é absoluto diante de circunstâncias

como, por exemplo, processo que tenham mais de um indiciado, com prazo comum de vinte dias para apresentação da defesa. Nessa hipótese a vista do processo fora da repartição poderá redundar em cerceamento do direito de defesa dos demais indiciados.

Na prática do dia-a-dia, os presidentes dessas comissões de processo disciplinar, acatando o comando explícito na norma regimental federal já referida em linhas atrás (art. 161, § 1º, da Lei nº 8.112/90), somente oportunizam o direito de vista dos autos na repartição respectiva, não tendo havido maiores prejuízos em razão de que, ordinariamente, é assegurado aos indiciados o direito de extrair do processo, por cópia reprográfica, as peças que lhe convierem (COSTA 2005, p. 242).

6.1.2 Defensor Dativo

Caso o servidor não apresente a defesa, por iniciativa própria, será nomeado *ex officio*, um defensor dativo, nesse sentido José Armando da Costa assevera:

Decorrido o prazo legal, não havendo o indiciado, regularmente citado, tomado o cuidado de apresentar a sua defesa escrita à comissão, ser-lhe-á designado defensor de ofício, uma vez que terá, nessa hipótese, conquistado o negativo *status* de indiciado revel (art. 164 do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União), circunstância essa (revelia) que deverá ser formalizada, por termo, no bojo do respectivo processo disciplinar (COSTA, 2005, p. 244).

Segundo Cláudio Roza (2004: 114) se a defesa não for exercida pelo acusado “ser-lhe-á nomeado um defensor dativo, que poderá ser um servidor, preferencialmente bacharel em direito”.

Sobre essa nomeação e com base no art. 164, § 2º da Lei nº 8.112/90, (COSTA, 2005, p. 245), esclarece “essa nomeação, de modo cogente, deverá recair em servidor público da mesma classe e categoria do indiciado, ou que tenha nível de escolaridade igual ou superior ao deste”.

Vale lembrar que a competência para nomear defensor dativo é da autoridade instauradora, conforme expresso no art. 164, § 2º da Lei nº 8.112/90.

6.1.3 Formalização da Defesa

Segundo José Armando da Costa (2005, p. 247), “não há linhas preestabelecidas para a formalização deste tão importante ato do processo disciplinar, mas recomenda-se, contudo, que deva ser elaborado com precisão, lógica e clareza”.

Sobre esse assunto o mesmo autor continua sua explanação “é de bom alvitre, pois, que a defesa escrita seja discorrida numa cronologia seqüencial que contrarie, ponto por ponto, os elementos de convicção que levaram a comissão a concluir pelo indiciamento do funcionário acusado”.

7 PRESENÇA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

Neste capítulo será estudada a questão relacionada com a presença de advogado no processo administrativo disciplinar. Este assunto merece destaque ante as decisões tomadas pelo STJ e STF as quais estudaremos a seguir.

Constituição Federal de 1988, em seu artigo 133, dispõe:

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.

Com base no citado artigo 133, não é possível afirmar em quais processos e fases é indispensável a presença do advogado. Destaca-se a expressão utilizada pelo legislador “nos limites da lei”, donde entende-se que a lei específica irá determinar as condições de tal exigibilidade.

Ainda sobre a presença de advogado, a Lei nº 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal estabelece:

Art. 3º 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 de lei (BRASIL, 1999).

Do disposto no artigo citado entende-se que é facultativo ao administrado fazer-se assistir por advogado, exceto quando a lei o exigir.

“No que pese ser a atividade do advogado indispensável à administração da justiça, há a possibilidade de autodefesa em processo administrativo disciplinar, o que não exclui a possibilidade da defesa técnica por procurador (...) A autodefesa envolve direito à presença ativa nos atos processuais para assistir, inquirir, provar, contraditar e o direito de audiência, ou seja, direito de fazer-se ouvir” (ROZA, 2004, p. 108).

7.1 Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça

Em 14 de setembro de 2007 o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 343, aprovada por unanimidade pela terceira turma, a qual preconiza:

“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar” (BRASÍL, 2007).

O STJ citou alguns precedentes que levaram a edição da súmula 343, são eles: o MS 10.837/DF, MS 10565/DF, MS 9201/DF, MS 7078/DF, RMS 20148/PE.

Destacamos o primeiro dos precedentes citados, trata-se do Mandado de Segurança 10837/DF, Relator Ministro PAULO GALLOTTI, Relatora para Acórdão Ministra LAURIDA VAZ, publicado no DJ de 13/11/2009, p. 21, *in verbis*.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DEFESA TÉCNICA CONSTITUÍDA APENAS NA FASE FINAL DO PROCEDIMENTO. INSTRUÇÃO REALIZADA SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. INEXISTÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INOBSERVADOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO.

1. Apesar de não haver qualquer disposição legal que determine a nomeação de defensor dativo para o acompanhamento das oitivas de testemunhas e demais diligências, no caso de o acusado não comparecer aos respectivos atos, tampouco seu advogado constituído – como existe no âmbito do processo penal –, não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica.

2. A constituição de advogado ou de defensor dativo é, também no âmbito do processo disciplinar, elementar à essência da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

3. O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a oportunização ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas com a efetiva constituição de defensor durante todo o seu desenvolvimento, garantia que não foi devidamente observada pela Autoridade Impetrada, a evidenciar a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Precedentes.

4. Mandado de segurança concedido para declarar a nulidade do processo administrativo desde o início da fase instrutória e, por consequência, da penalidade aplicada (BRASIL, 2007).

Com a edição da súmula 343 o STJ amplia entendimentos que vinham prevalecendo em suas decisões a respeito de tal exigência, conforme podemos observar nos precedentes, esta súmula, embora não tenha caráter vinculante, tem grande valor jurisprudencial.

Léo da Silva Alves destaca:

Os estatutos, em regra, como o federal, não exigem que o defensor seja advogado. Exigem, apenas, grau hierárquico igual ou superior ao do acusado. Mas, observe-se, isso vale em relação ao defensor, que é nomeado pela Administração para patrocinar a defesa do servidor revel. No caso de patrocínio feito por escolha do próprio acusado, somente poderá recair em profissional habilitado, ou seja, o advogado (ALVES, 2002, p. 138).

Posteriormente, em 07 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula vinculante nº 05 que dispõe o contrário do que havia decidido o STJ, na súmula citada 343, tornando a aplicação desta prejudicada.

7.2 Súmula vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal

Em Seção Plenária de 07 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou, por unanimidade, a Súmula vinculante nº 5 estabelecendo que é dispensável a defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar, publicada no DJe Nº 88/2008, p. 1, em 16/5/2008, cuja redação é a seguinte:

“Súmula Vinculante 5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (BRASIL, 2008).

A seguir, transcrevemos a ementa do mandado de segurança da qual originou o Recurso Extraordinário nº 434.059-3 Distrito Federal, precedente da Súmula Vinculante nº 5.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO E DE DEFENSOR DATIVO.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou de defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

2. Ordem concedida (BRASIL, 2008).

Apresentamos a seguir a ementa com o acórdão, referentes ao citado Recurso Extraordinário, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes:

Supremo Tribunal Federal

736

Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJe nº 172 Divulgação 11/09/2008 Publicação 12/09/2008
Ementário nº 2332 - 4

07/05/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECORRENTE(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADVOGADO(A/S) : VANESSA MIRNA B. GUEDES DO REGO
RECORRENTE(S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECORRIDO(A/S) : MÁRCIA DENISE FARIAS LINO
ADVOGADO(A/S) : MOZAR COSTA DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)

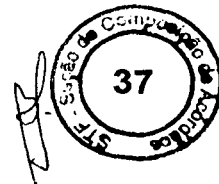
EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator.

Brasília, 07 de maio de 2008.

MINISTRO GILMAR MENDES
PRESIDENTE E RELATOR



Na decisão tomada pelo STF foi citada como referência legislativa a Constituição Federal de 1988, art. 5ª LV, que garante o direito do contraditório e da ampla defesa.

Para melhor entendimento, transcreveu-se abaixo parte do texto

disponibilizado pelo professor Léo da Silva Alves, tendo como fonte o STF.

Presença de advogado volta a ser facultativa

No acórdão (decisão colegiada) contestado pelo INSS e pela AGU, o STJ concedeu Mandado de Segurança (MS) à ex-agente administrativa do INSS Márcia Denise Farias Lino, que se insurgia contra a portaria do Ministro da Previdência que a exonerou do cargo. Alegou violação aos artigos 5º, inciso LV, e 133 da Constituição Federal. O primeiro desses dispositivos garante o direito do contraditório e da ampla defesa, enquanto o segundo dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça. Segundo a ex-servidora, ela não teria contado com assistência técnica de advogado durante o processo administrativo disciplinar que precedeu a sua demissão.

Os ministros entenderam, no entanto, que, no PAD, a presença do advogado é uma faculdade de que o servidor público dispõe, que lhe é dada pelo artigo 156 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos), não uma obrigatoriedade. Exceções seriam o caso de servidor que, submetido a tal processo, se encontre em lugar incerto e não sabido, caso em que cabe ao órgão público a que pertence designar um procurador; e, ainda, o fato de o assunto objeto do processo ser muito complexo e fugir à compreensão do servidor para ele próprio defender-se. Neste caso, se ele não dispuser de recursos para contratar um advogado, cabe ao órgão público colocar um defensor a sua disposição.

A defesa da AGU

Ao defender a posição da União na sessão plenária de hoje, o advogado-geral, José Antônio Dias Toffoli, advertiu para o risco de, a se consolidar o entendimento do STJ, servidores demitidos a bem do serviço público, nos Três Poderes, "voltarem a seus cargos com poupança, premiados por sua torpeza". Isto porque, para todos eles, o processo administrativo disciplinar é regido pelo artigo 156 da Lei 8.112 (Estatuto do Funcionário Público). E a decisão do STJ daria ensejo a demandas semelhantes, em que os servidores, além de sua reintegração ao cargo, poderiam reclamar salários atrasados de todo o período em que dele estiveram ausentes.

Toffoli informou, neste contexto, que o chefe da Controladoria-Geral da União, Jorge Hage, informou-lhe que, de janeiro de 2003 até hoje, 1.670 servidores da União foram demitidos.

O professor, que é autor do livro *Processo Disciplinar Passo a Passo*, também teceu sua posição a respeito da decisão do STF:

A posição do professor

O professor Léo da Silva Alves considera a medida um retrocesso "Os processos administrativos historicamente foram tratados com desprezo, sem segurança jurídica e, muitas vezes, sem qualquer lógica. A presença do advogado era uma forma de se impor, desde o início do processo, um controle sobre os procedimentos temerários, abusivos, arbitrários, que, muitas vezes, tornavam os autos um rolo compressor passando sobre a vida e a honra do funcionário", explica

o jurista. De outro lado, ele observa que “a presença obrigatória de advogado era também uma segurança para a Administração, na medida em que se evitava que processos improvisados fossem, depois, anulados em juízo por vícios formais ou por atropelar garantias dos acusados, obrigando a reintegração de servidores inidôneos”.

Para o professor, a decisão do STF levou em conta exatamente possibilidade de, agora, a Administração ter que reintegrar funcionários demitidos em processos temerários, nos quais não existiu o controle jurídico por advogados de defesa. Esta situação, segundo Léo da Silva Alves, poderia acontecer no próprio Poder Judiciário, onde, também, ocorreram demissões em processos juridicamente inseguros. “A Súmula teve mais o sentido de auto-proteção do que o compromisso de promover o bom direito”, conclui o jurista (ALVES, 2008).

Segundo Octaviano e Gonzalez, citando Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle José Coelho Nunes, do artigo “Súmula Vinculante nº 5 do STF é inconstitucional” destaca:

“Supremo Tribunal Federal não pode subverter o princípio da ampla defesa nos processos administrativos, como se a constitucionalização deste princípio autorizasse o STF a desnaturar tal princípio, a ponto de esvaziá-lo totalmente. O cidadão leigo (servidor ou não), no quadro de complexidade jurídica atual, em princípio não possui competência de atuação a permitir a defesa de seus direitos tecnicamente e nenhum argumento de eficiência pode obscurecer essa realidade que a Súmula nº 5 tenta encobrir. Não há garantia de ‘acesso à justiça’ sem advogado competente, e isso por uma questão de garantia do princípio da igualdade”.

Depois de expressar o seu entendimento, claramente contrário à decisão do STF, Ernomar Octaviano e Átila J. Gonzalez conclui:

A defesa do acusado (repita-se) deverá ser feita preferencialmente por meio de advogado legalmente instituído. A falta de defesa do acusado implicará a **nulidade** do processo administrativo. Tanto que, se, no caso de **revelia** do processado, esgotar-se o prazo de defesa, sem que ele se manifeste, será considerado **revel**, nomeando-lhe, a comissão, defensor “ex officio” (OCTAVIANO E GONZALEZ, 2001, P.197).

Vê-se que alguns especialistas se posicionaram contrariamente a Súmula Vinculante nº 5º, justificando, principalmente que a falta de advogado prejudica o princípio da ampla defesa. Entretanto, existem aqueles que cujo entendimento está em consonância com a decisão do STF, dentre estes destaca-se o professor João Trindade Cavalcante Filho (2008), conforme segue:

A Súmula Vinculante nº 05 veio a corroborar o entendimento que já esposávamos – o de que a ausência de defesa por advogado não é causa de nulidade do processo disciplinar.

Ressalte-se que o referido enunciado é de observância obrigatória (possui "efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal", nos termos do art. 103-A, *caput*, da CF) e possui efeitos *erga omnes*. Logo, tornará sem efeito, a partir da publicação, a Súmula nº 343 do STJ – que, já havíamos escrito, não ostentava eficácia vinculante, mas deveria ser seguida pela Administração.

Anote-se, por oportuno, que a Súmula só produzirá efeitos depois de publicada na Imprensa Oficial (art. 103-A, *caput*, da CF, e art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.417/06), no prazo de dez dias após a aprovação (art. 2º, §4º, da Lei nº 11.417/06). Terá, a partir de então, efeitos imediatos, pois o STF optou por manter a incidência imediata prevista no art. 4º da Lei nº 11.417/05.

Em suma, podemos apontar que a situação acerca da presença de advogado no processo disciplinar passa a ser regulada da seguinte maneira:

a) deve ser facultada, logo após a intimação, a constituição de advogado pelo acusado, nos processos administrativos disciplinares dos quais possa resultar a aplicação de sanção (PAD e sindicância punitiva);

b) caso o acusado não constitua advogado, o processo continuará a correr normalmente, pois a falta de defesa técnica não é causa de nulidade;

c) no interrogatório, o acusado, querendo, exercerá a autodefesa, ao expor sua versão dos fatos;

d) após a instrução, deve ser ofertado prazo para que o acusado (ou o advogado, se houver) apresente a defesa escrita, peça que, por ser essencial, não pode deixar de existir, devendo ser designado defensor dativo ao acusado que não apresentar a petição defensiva no prazo legal (art. 167 da Lei nº 8.112/90).

Por fim, e em resumo, resta-nos dizer que o STF andou muito bem ao editar a Súmula Vinculante nº 05, que, por gozar de efeitos *erga omnes* e força obrigatória, pacificará a questão tanto no âmbito judicial quanto administrativo, promovendo segurança jurídica e acabando com as tormentosas idas e vindas da jurisprudência.

José Armando da Costa (2005, p. 247), falando da formalização da defesa no processo administrativo destacou: “A defesa formal de que estamos tratando tanto poderá ser elaborada pelo próprio servidor indiciado quanto pelo seu advogado legalmente constituído”.

8 CONCLUSÃO

Este trabalho objetivou demonstrar qual o entendimento predominante sobre o direito de defesa no processo administrativo disciplinar. Considera-se atingido o objetivo proposto após o estudo dos seguintes pontos:

Com base na bibliografia dos principais autores sobre o assunto foram citados os conceitos de processo administrativo disciplinar, no entendimento de cada um, conhecendo a sua importância como instrumento de apuração de infrações cometidas por servidores públicos.

Constatou-se que se de um lado surgem direitos e obrigações para o estado pela relação de trabalho estabelecida, por outro lado, surgem também direitos e obrigações para o servidor, destes direitos destaca-se neste estudo o de ser julgado de acordo com as normas previamente estabelecidas e este deve ser pleiteado para que não haja uma luta desigual.

Da mesma forma foi estudada cada uma das fases em que se desenvolve o processo. Observou-se que o processo administrativo, embora não possua o mesmo rigor do processo judicial, deve obedecer alguns rituais traçados pelas normas.

Foi analisado o princípio da ampla defesa e sua aplicabilidade no processo administrativo disciplinar. Desta análise foi possível observar que a ampla defesa é um direito fundamental assegurado aos indiciados tanto em processo judicial quanto no processo administrativo, daí pode se dizer que é aplicado no processo administrativo disciplinar.

Destacou-se o entendimento predominante a respeito da defesa no processo disciplinar ressaltando a posição do judiciário quanto à exigibilidade ou facultatividade da presença de advogado.

Podemos observar que há concordância entre os autores quanto à garantia do contraditório e da ampla defesa como fundamental para instrução do processo, devendo ser efetivado logo após o termo de indicição.

Quanto à presença do advogado, como podemos observar, a divergência é clara, tanto no âmbito do Poder Judiciário quanto entre os autores, cada qual defendendo a sua posição uns a favor da obrigatoriedade outros da facultatividade.

Nesse sentido, ao estudar a Lei 8.112/90, art. 156, bem como a Lei nº 9.784/99, art. 3º, é possível extrair que a posição de ambas é no sentido da facultatividade da presença do advogado.

Para melhor entendimento, no capítulo 7 transcreveu-se a súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela obrigatoriedade do advogado em todas as fases do processo disciplinar e a súmula vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal que decidiu pela facultatividade.

Diante do exposto no trabalho, concluí-se que, com relação à presença do advogado no processo administrativo disciplinar predomina a posição de facultatividade que é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, disposto na súmula vinculante nº 5, e que deve ser seguido pelos demais Tribunais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, 2005.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2001.

COSTA, José Armando da. *Teoria e Prática do processo administrativo disciplinar*. 5ª ed. - Brasília: Brasília Jurídica. 2005.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. *Lei 8.112/90 Comentada Regime Jurídico do Servidores Públicos Civis da União e Legislação Complementar*, 9ª edição, Brasília, Brasília Jurídica, 2006

Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm. Acesso em 14 set 2009.

OCTAVIANO, Ernomar & GONZÁLEZ, Átila J. **Sindicância e processo administrativo: doutrina prática e jurisprudência**. 11ª ed. rev e ampl. São Paulo, Liv e Ed. Universitária de Direito, 2009.

COSTA, José Armando da. *Teoria e Prática do processo administrativo disciplinar*. 5ª ed. - Brasília: Brasília Jurídica. 2005.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. *Lei 8.112/90 Comentada Regime Jurídico do Servidores Públicos Civis da União e Legislação Complementar*, 9ª edição, Brasília, Brasília Jurídica, 2006

Brasil, *Superior Tribunal Militar*, Código de ética dos servidores da Justiça Militar da União, Brasília, Superior Tribunal Militar, 2009.

BRASÍLIA, Conselho Nacional de Justiça, Glossário, Princípio do Contraditório, disponível em <http://www.cnj.jus.br/> > acesso em 25 de setembro de 2009.

BRASIL, Súmula 343. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM> acesso em: 25 out 2009.

BRASIL, Súmula Vincula nº 5. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>> Acesso em: 25/10/2009.

Alves, Léo da Silva. Presença de advogado volta a ser facultativa. Disponível em:

<<http://www.leodasilvaalves.com/noticias.htm>> Acesso em: 26 out 2009.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Presença facultativa de advogado no processo disciplinar. As idas e vindas da jurisprudência e a Súmula Vinculante nº 5.

Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1780, 16 maio 2008. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11275>>. Acesso em: 26 out. 2009.