

A RELEVÂNCIA DA DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DIANTE DA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA Nº 5 DO STF

DANIELA MARTINS NOGUEIRA:
Bacharela em Direito da Universidade
Católica de Pernambuco - UNICAP.

ROBERTA CRUZ DA SILVA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como problemática central a possível inconstitucionalidade da Súmula nº 5 do Supremo Tribunal Federal diante da previsão constitucional da garantia ao direito de ampla defesa e contraditório nos processos administrativos e judiciais, de forma a se tornar relevante a discussão acerca da necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar como garantia ao direito de defesa do acusado. Através do método hipotético-dedutivo, partindo da premissa da garantia de ampla defesa, foi analisada a necessidade da presença de advogado para a realização de defesa no processo administrativo disciplinar e suas implicações para a realização de um julgamento justo segundo o devido processo legal. Com a análise da referida problemática, foi possível observar que a defesa técnica é um instrumento necessário, implicitamente previsto pelos princípios constitucionais, e as garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, constituindo a Súmula nº 5 do STF violação aos preceitos do ordenamento jurídico.

Palavras - chave: Processo Administrativo Disciplinar; Ampla defesa; Defesa técnica; Súmula Vinculante; (In)Constitucionalidade.

ABSTRACT: The main problem of this paper is the possible unconstitutionality of Precedent No. 5 of the Supreme Court in view of the constitutional provision for guaranteeing the right to ample defense and contradiction in administrative and judicial proceedings, in order to make the discussion about the need for technical defense relevant disciplinary administrative proceedings as a guarantee of the defendant's right of defense. Using the hypothetical-deductive method, based on the premise of guaranteeing broad defense, the need for the presence of a lawyer to carry out a defense in the disciplinary administrative process and its implications for a fair trial in accordance with due process were analyzed. With the analysis of the aforementioned problem, it was possible to observe that technical defense is a necessary instrument implicitly provided for by the constitutional principles and the fundamental guarantees established by the Constitution, constituting Precedent No. 5 of the STF in violation of the precepts of the legal system.

Key-words: Disciplinary Administrative Process; Broad defense; Technical defense; Binding Summary; Unconstitutionality).

“Continuamos seguindo em frente, abrindo novas portas e fazendo coisas novas, porque somos curiosos e a curiosidade continua nos guiando para novos caminhos”

Walt Disney

INTRODUÇÃO

O tema abordado neste trabalho de conclusão de curso é a relevância da defesa técnica no processo administrativo disciplinar diante da possível inconstitucionalidade da Súmula nº 5 do STF, que determina a desnecessidade de defesa técnica nos processos administrativos disciplinares.

O presente debate é relevante tendo em vista a sua natureza controversa entre os doutrinadores e os próprios órgãos julgadores, que ao longo dos anos vêm decidindo de maneira diversa a respeito da obrigatoriedade de defesa técnica do processo administrativo disciplinar, apresentando um impacto significativo no ordenamento jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 343, firmou o entendimento de que a presença de advogado no processo administrativo disciplinar é necessária para a garantia da ampla defesa do acusado. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula nº 5, estabelece que a defesa técnica não é necessária, não configurando cerceamento de defesa.

Dessa forma, o problema de pesquisa deste TCC questiona se a ausência de obrigatoriedade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar poderá promover cerceamento de defesa e o ferimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa, direito previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

O processo administrativo disciplinar representa um poder-dever da Administração pública de punir, através da aplicação de sanções, as irregularidades cometidas pelos seus servidores nos exercícios de suas funções, caracterizando um julgamento administrativo interno, porém com implicações pessoais e profissionais para o acusado. Nesse sentido, a hipótese levantada inicialmente é a de que o processo administrativo disciplinar, assim como qualquer processo judicial ou administrativo, deve ser pautado na garantia de uma ampla defesa e do acesso a todos os instrumentos necessários para a apresentação de defesa, sendo necessário, portanto, o acompanhamento de um advogado e a consequente apresentação de defesa técnica no processo administrativo disciplinar em todas as suas etapas.

O tema tem como objetivo analisar as implicações causadas pela falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar, além da possível ocorrência do cerceamento de defesa com base nos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Assim, é analisada a Súmula nº 343 do STJ, que entende pela obrigatoriedade do advogado em todas as fases do PAD e a Súmula nº 5 do STF, que firmou entendimento contrário.

A metodologia adotada para o desenvolvimento dessa pesquisa é a hipotético-dedutiva, com a análise doutrinária de artigos, livros e legislação, além da análise

jurisprudencial. Sobre o método, dispõe Maria de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos:

Para Karl R. Popper, o método científico parte de um problema, ao qual se oferecesse uma espécie de solução provisória, uma teoria-tentativa, passando-se depois a criticar a solução, com vista à eliminação do erro e, tal como no caso da dialética, esse processo se renovaria a si mesmo, dando surgimento a novos problemas. (2003, p.94)

Para a melhor exposição do tema, tratou-se no primeiro capítulo sobre o poder disciplinar da Administração Pública e o procedimento ordinário de instauração e apuração das faltas disciplinares de competência do processo administrativo Disciplinar.

Por sua vez, o segundo capítulo trata mais especificamente sobre os requisitos necessários no PAD e a importância da aplicação dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal durante o seu processo.

Por fim, o terceiro capítulo dispõe especificamente sobre o tema base de pesquisa, analisando a Súmula nº 343 do STJ e a Súmula nº 5 do STF com base nos argumentos utilizados pelos ministros, ao dispor sobre a necessidade ou não da defesa técnica no processo administrativo disciplinar.

2. PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TRAÇOS CARACTERÍSTICOS E PROCESSO ORDINÁRIO

Dentre as várias prerrogativas que a Administração Pública possui, o poder punitivo se apresenta como um poder-dever da Administração de apurar a responsabilidade administrativa de seus servidores públicos e de particulares vinculados por meio de contrato, no exercício de suas funções. Dessa forma, o servidor responde administrativamente por ações ou omissões contrárias à legislação estatutária que configurem o ilícito administrativo, não excluindo possíveis apurações no âmbito penal e civil (CGU, 2019, p. 20).

Os servidores públicos civis estatutários federais, devido à natureza jurídica diferenciada de suas atribuições, possuem regime próprio previsto na Lei nº 8.112 de 1990, que, além de dispor sobre as diretrizes gerais aplicadas, também estabelece o regime disciplinar do servidor público, assim como as responsabilidades e penalidades a serem aplicadas na inobservância dos deveres e obrigações em suas condutas funcionais.

Através desse sistema, a Administração Pública é responsável por analisar as condutas ilícitas do servidor público, de forma a dispor de competência para apuração e aplicação das penalidades cabíveis administrativamente, cabendo à esfera penal, a competência de processar e julgar, caso a mesma conduta abranja crimes e contravenções previstas no Código Penal, podendo concomitantemente haver sua responsabilização no âmbito civil, hipótese na qual, da atuação do servidor tenha resultado prejuízo ao erário ou a terceiros.

2.1 Aplicação do poder disciplinar aos servidores públicos de acordo com a Lei nº 8.112/90

A Administração Pública possui competência para tratar de diversas prerrogativas obrigacionais que constituem poderes-deveres para a execução de suas atribuições. Dessa forma, a atuação dos agentes públicos sofre a incidência de diversos poderes que regulamentam e estabelecem diretrizes para uma eficiente prestação pública. José dos Santos Carvalho (2019, p. 52) define os poderes administrativos “como o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”. Dessa forma, os poderes conferidos à Administração Pública devem ser utilizados como ferramentas para a execução de funções que são de interesse público.

Gustavo Mello Knoplock (2018, p. 119) ressalta que a doutrina já é unânime em dispor que o termo *poder administrativo* significa uma obrigação, tendo em vista, que a Administração Pública tem o dever de utilizar de seus poderes para atender ao interesse público. Para ele, os poderes da Administração podem ser divididos em: poder hierárquico, poder de polícia, poder normativo, poder regulamentar e poder disciplinar, os quais, cada um deles, representam um conjunto de prerrogativas a serem desempenhadas pela Administração Pública.

Os poderes mais relevantes para o estudo em questão são o poder hierárquico e o poder disciplinar. O primeiro é conceituado, segundo Fernanda Marinela (2018, p. 300), como “poder conferido ao administrador, a fim de distribuir e escalonar as funções dos seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo uma relação de hierarquia e subordinação”. O poder hierárquico representa, portanto, a relação de subordinação existente entre os servidores e órgãos na Administração Pública, de forma a estabelecer institutos que facilitem a organização interna e a execução de suas prerrogativas.

A avocação e a delegação de competência são dois dos institutos criados em decorrência do poder hierárquico. O segundo consiste na transferência de atribuições de um órgão a outro dentro da Administração, enquanto a avocação representa o caminho inverso, ou seja, o superior poderá chamar para si a responsabilidade de um subalterno (MARINELA, 2018, p. 300). Dessa forma, o poder hierárquico representa uma relação de superioridade e de subordinação entre os órgãos e seus servidores, necessária para o desempenho de suas atividades. Por sua vez, o poder disciplinar é considerado, para Fernanda Marinela, uma consequência do poder hierárquico, tendo em vista que este representa a relação de subordinação e da imposição de ordens, das quais é necessário haver a fiscalização e o poder de exigir o cumprimento das regras que, caso não cumpridas, poderão ensejar punições.

O conceito e aplicação do poder disciplinar estão intrinsecamente ligados à responsabilidade administrativa, de forma que o poder disciplinar representa o poder da Administração de apurar as infrações funcionais dos servidores públicos e, depois de procedimento administrativo regular, responsabilizá-los de acordo com a legislação correspondente. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 165), “poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa”.

Assim, toda conduta do servidor público é fiscalizada conforme os deveres e responsabilidades estabelecidos pela legislação e, portanto, cabe à Administração exigir o cumprimento das ordens e regras legais e, caso não ocorra tal observância,

aplicar a respectiva penalidade. A lei nº 8.112/90, em seu título IV, capítulo V, estabelece as penalidades disciplinares e as regras gerais de sua aplicação, de forma a estabelecer as ferramentas que devem ser usadas na situação concreta para a execução das penalidades cabíveis, sendo elas: advertência, suspensão, demissão, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada, cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Para a aplicação das penalidades é necessário que previamente tenha ocorrido a apuração administrativa de acordo com as normas legais e os princípios do contraditório e ampla defesa, além dos demais princípios que regem a Administração Pública, cabendo à autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar (Art. 143 da Lei 8.112/90). Nesse sentido, dispõe Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Sempre que tomar ciência de uma infração disciplinar e que a mesma venha acompanhada de uma prova direta, a Autoridade administrativa é obrigada a determinar a instauração de uma investigação disciplinar, através de sindicância ou do próprio processo administrativo disciplinar (2010, p. 571)

A autoridade a que a legislação faz referência não foi expressamente determinada, cabendo aos estatutos e regimentos internos de cada órgão público a especificação da autoridade competente. Assim, a apuração da irregularidade pode ser realizada até mesmo por autoridade de órgão ou entidade diversa daquela onde efetivamente tenha ocorrido, através de designação de competência específica para esse fim, que deve ser delegada em caráter permanente ou temporário pelo Presidente da República, pelos presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, no âmbito do respectivo Poder, órgão ou entidade, preservadas as competências para o julgamento (Art.143, §3º, da Lei nº 8112/90).

A Administração Pública possui, portanto, o poder-dever de apurar as infrações cometidas e aplicar as respectivas penalidades de acordo com a legislação e os princípios que regem a Administração.

2.2 Instauração e Instrução no Processo Administrativo Disciplinar

Anteriormente à instauração do processo administrativo disciplinar, a autoridade competente será responsável por verificar se a denúncia apresentada expõe uma possível infração disciplinar praticada pelo servidor público e, se há a presença de uma prova direta sobre o fato a ser investigado que seja capaz de demonstrar que houve o cometimento, em tese, de uma infração funcional (MATTOS, 2010). Dessa forma, através de um juízo de admissibilidade, a autoridade irá realizar uma decisão discricionária, através da qual poderá instaurar processo administrativo disciplinar ou sindicância administrativa.

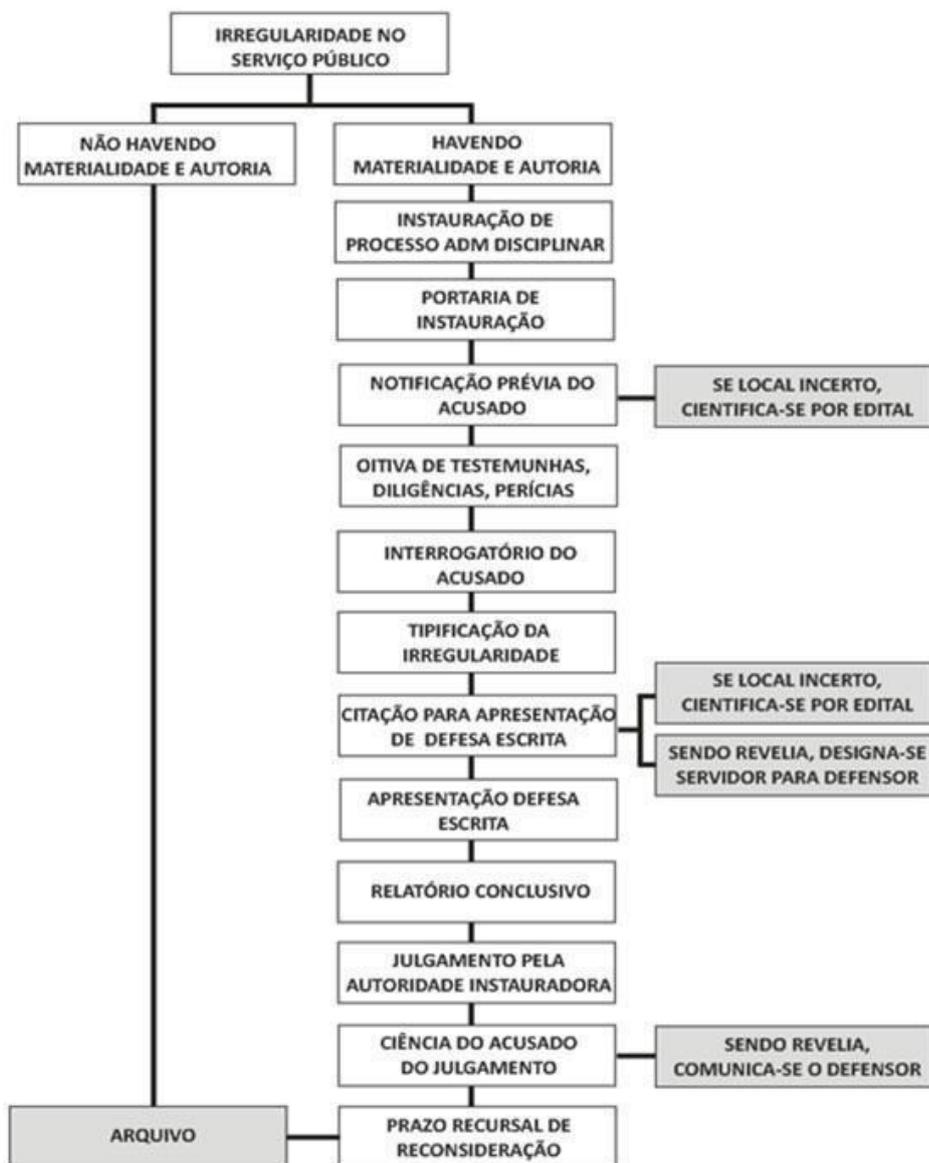
A sindicância será instaurada nas hipóteses em que haja insuficiência de provas, havendo a necessidade de investigação e produção de provas para a apuração do fato. Também deverá ser instaurada nas hipóteses em que a conduta praticada pelo servidor público seja punível com advertência ou suspensão até 30 dias. Dessa forma, caso o fato apurado durante a sindicância se revele uma conduta mais grave, em que a hipótese seja de suspensão acima de 30 dias, demissão,

cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, deverá, obrigatoriamente, ser instaurado o processo administrativo disciplinar. Portanto, da sindicância poderá resultar em arquivamento do processo, aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 dias ou a instauração de processo disciplinar (Artigo 145, Lei nº 8.112/90).

Por sua vez, o processo administrativo disciplinar é um procedimento de apuração mais complexo, direcionado para as infrações com punições mais graves, se desenvolvendo em três fases: instauração, inquérito administrativo e julgamento.

Para uma melhor compreensão e visualização das etapas pelas quais o processo administrativo disciplinar se desenvolve, a Universidade do Estado de Mato Grosso disponibiliza o seguinte fluxograma, representando o trâmite do processo administrativo disciplinar no rito ordinário, após a notificação à autoridade competente para a apuração da infração:

FLUXOGRAMA PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR



Fonte: Universidade do Estado de Mato Grosso. Disponível em: http://www.unemat.br/prad/pad/?link=fluxo_admin_disciplinar&sub=processo_admin&n=4. Acesso em: 02 de fevereiro de 2021.

A instauração, segundo a Controladoria Geral da União, “é um ato exclusivo daquela autoridade com competência regimental ou legal para tanto, e se realiza mediante a publicação de Portaria que designa a comissão disciplinar que atuará no apuratório” (2019, p. 85). A comissão permanente será composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, que também indicará, entre eles, o Presidente da Comissão, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado (Art. 149 da Lei nº 8.112/90).

Segundo o artigo 150 da Lei nº 8.112, a Comissão deverá atuar “com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração (BRASIL, 1990)”. Destaca-se, portanto, a importância dada pela Lei de um julgamento realizado de forma autônoma e imparcial para a justa aplicação da penalidade e da instrução processual. É garantida, também, a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa durante todo o inquérito, de forma a assegurar 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 (Art. 156, da Lei nº 8.112/90).

Dessa forma, apesar de não haver previsão expressa na Lei nº 8.112/90, o acusado deverá ser citado no início do inquérito para tomar ciência do processo que está sendo instaurado, da indicação dos fatos que deram origem ao indiciamento e do enquadramento legal da conduta, para que possa acompanhar o processo e realizar as providências citadas anteriormente. Nesse sentido, se posiciona Mauro Roberto Gomes de Mattos:

No ato discricionário que determina a instauração, o servidor acusado deverá ser cientificado, da forma mais ampla e abrangente possível da imputação que lhe é atribuída e, ao mesmo tempo, de todos os aspectos (conteúdo) que serão investigados no decorrer do processo administrativo disciplinar. (2010, p. 581)

Dado o início ao inquérito, a Comissão Permanente será responsável por promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos (Art. 155 da Lei nº 8.112/90). A fase do inquérito será voltada, portanto, para produção de provas, destacando-se a prova documental, testemunhal, perícias, depoimentos, diligências e o interrogatório do acusado.

É importante salientar que as partes podem requerer a produção de quaisquer provas, porém, elas devem ser relevantes para a elucidação dos fatos. Caso não sejam necessárias, o presidente da comissão poderá denegar a solicitação para produção de prova que sejam impertinentes ou protelatórios (CARVALHO, 2019).

Em relação à prova testemunhal, a Lei nº 8.112/90 dispõe que as testemunhas deverão ser intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão e, caso ocupe o cargo de servidor público, a expedição do mandado será comunicada ao chefe da repartição onde o indiciado trabalha. Dessa forma, a prova testemunhal consiste no depoimento pessoal do servidor acusado, no depoimento de testemunhas arroladas pela Comissão Disciplinar ou pela defesa, nos esclarecimentos verbais do perito, do assistente técnico ou assessor técnico (MATTOS, 2010).

Após a inquirição das testemunhas, a comissão realizará o interrogatório do acusado, que deverá ser realizado pelo mesmo rito previsto para a prova testemunhal, possuindo, o procurador do acusado, autorização para assistir o interrogatório e, caso haja dúvidas acerca da sanidade mental do acusado durante o procedimento de inquirição, a comissão deverá propor à autoridade competente que seja submetido a

exame por junta médica oficial e, caso instaurado o incidente de sanidade mental, o processo será realizado em auto apartado.

A Lei nº 8.112/90 é omissa quanto ao procedimento adotado para a produção das demais provas no processo administrativo disciplinar e até mesmo sobre peculiaridades da inquirição de testemunhas e do interrogatório do acusado. Dessa forma, o Manual de apuração de sindicância e processo administrativo (FUNASA, 2012) estabelece que deverá ser aplicado subsidiariamente o Código de Processo Penal às disposições do processo disciplinar, suprindo as lacunas existentes para a correta realização da instrução.

Após a produção de provas e diligências cabíveis na fase de instrução, a comissão permanente irá produzir o termo de indicição, definido pela Controladoria Geral da União como o termo formal de acusação responsável por apontar os fatos ilícitos imputados ao servidor, bem como as provas e o enquadramento legal (2010, p. 190). Nesse momento, a Comissão deverá expor os motivos pelos quais se convenceu pelo cometimento da irregularidade pelo servidor, motivando a sua decisão e dando a oportunidade, em seguida, para a defesa do servidor indiciado, que possui o prazo de 10 dias corridos, contados da data de recebimento da citação, para se defender (Art. 161, § 1º da Lei nº 8.112/90).

O indiciado, em sua defesa, poderá requerer as diligências que achar necessárias dentro do período de 48 horas após a sua citação, cabendo ao Presidente da Comissão, através de um juízo discricionário, deferir ou não. Caso o indiciado, regularmente citado, não apresente defesa dentro do prazo estabelecido, será declarada, por termo, a sua revelia, devendo a autoridade competente solicitar a designação de um defensor dativo.

Com a apresentação da defesa escrita pelo servidor indiciado, a Comissão Permanente realizará seu último ato no processo ao produzir o relatório final, que constará de uma exposição detalhada de todos os fatos, atos e provas colhidas, concluindo pela inocência ou responsabilidade do acusado/indiciado (FUNASA, 2012). Assim, a Comissão deverá indicar o enquadramento legal, a penalidade que entende ser cabível para o caso e a motivação da decisão. O relatório final, juntamente com o processo administrativo disciplinar, deverá ser encaminhado para a autoridade que determinou a sua instauração, para a realização do julgamento (Art. 166 da Lei nº 8.112/90).

A vinculação do relatório ao julgamento que será realizado pela autoridade julgadora é matéria controversa entre os doutrinadores. Fernanda Marinela, por exemplo, afirma que

[...] o julgamento acatará o relatório da comissão, estando normalmente vinculado à posição adotada por ele, salvo quando contrário às provas dos autos. Dessa forma, quando o relatório não estiver compatível com as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, de forma motivada, agravar, abrandar ou isentar o servidor da responsabilidade. (2018, p. 118)

Por sua vez, Maria Di Pietro estabelece que “o relatório é peça apenas opinativa, não obrigando a autoridade julgadora a tomar a sua decisão no mesmo sentido que a Comissão permanente” (2017, p. 870). Apesar de existirem posições diversas como exposto acima, a Lei nº 8.112/90 dispõe que “o julgamento acatará o

relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos” (Art. 168, Lei nº 8.112/90). Dessa forma, apesar das diferentes interpretações acerca do tema, parece mais correto o entendimento de que a autoridade julgadora possui seu poder de decisão restrito, podendo decidir de forma diversa ao relatório apenas se a conclusão da Comissão for manifestamente contrária às provas produzidas no processo administrativo disciplinar e através de decisão motivada.

O julgamento é, portanto, a última fase a ser realizada e pode a autoridade concluir pela absolvição do acusado e o arquivamento do processo, pela aplicação da penalidade definida, com a possibilidade de, motivadamente, abrandar ou agravar a penalidade, ou até mesmo isentar o indiciado de responsabilidade, pela remessa do processo à autoridade superior, quando a penalidade cabível exceder a sua competência, bem como pode concluir pela nulidade parcial ou total do processo e instituição de outra comissão, para proceder a nova apuração (Art. 168 e seguintes da Lei nº 8.112/90). Ressalta-se que o processo administrativo disciplinar deve ser concluído em até 60 dias da publicação do ato que constituir a Comissão, admitida a prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias exigirem (Artigo 152 da Lei nº 8.112/90).

2.3 Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar

A prescrição, no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar, é um instituto jurídico que tem por finalidade delimitar um prazo durante o qual a Administração Pública pode punir um servidor, caso seja constatado que ele praticou um ilícito administrativo-disciplinar (CGU, 2019). Dessa forma, a Administração apenas poderá tomar as medidas necessárias para a apuração da infração disciplinar cometida, se o prazo prescricional não tiver escoado por completo.

O instituto da prescrição também está presente em outros ramos do direito, como no direito civil e no direito penal, possuindo regramentos específicos para a sua aplicação em cada seara do direito, inclusive para o direito administrativo. No processo administrativo, a Lei nº 8.112/90 é a norma responsável por estabelecer os prazos prescricionais e suas regras de aplicação para os servidores públicos e particulares vinculados por meio de contrato. Dessa forma, o referido diploma legal estabelece, em seu artigo 142, incisos I, II e III, o prazo de prescrição da ação de acordo com a penalidade a ser aplicada:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência. (BRASIL, 1990)

Portanto, a ação disciplinar possui prazos prescricionais diversos para cada tipo de penalidade aplicada na conclusão da sindicância ou do processo administrativo disciplinar. Apesar do prazo ser diverso, a prescrição possui regras gerais que devem ser aplicadas e seguidas independentemente da penalidade, previstas na Lei nº 8.112/90.

Uma dessas regras gerais diz respeito ao início do prazo de prescrição, em que a lei estabelece que o prazo prescricional começa a ser contado da data em que o fato se tornou conhecido (Art. 142, §1º da Lei 8.112/90). Segundo Fernanda Marinela (2018), o recebimento das informações pode ocorrer dentro da própria administração, no decorrer da sua atuação, ou até mesmo pelo conhecimento público do cometimento da própria infração, através de notícias, por exemplo. De maneira complementar, o artigo 143 estabelece:

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)

Assim, o início da contagem da prescrição deve se dar a partir do momento em que uma autoridade que possua competência para apuração da irregularidade tenha conhecimento do fato, o que pode, eventualmente, não ocorrer no mesmo momento em que a infração é cometida.

A lei nº 8.112/90 não delimitou qual seria a autoridade competente para a apuração disciplinar das irregularidades, cabendo à doutrina estabelecer as autoridades que entendem ser possuidoras do poder de instaurar o processo administrativo disciplinar e a sindicância. Nesse sentido, a Controladoria Geral da União dispõe:

Como vemos, não há menção a qual pessoa, dentro do órgão, deve ter conhecimento do fato para que o prazo prescricional seja iniciado. Ocorre que os entes que compõem a Administração Pública são representados por seus diretores e presidentes. São eles, portanto, que tomam as decisões em nome do órgão e determinam as providências que entendem necessárias para o seu bom funcionamento, incluindo aí as medidas relacionadas com assuntos disciplinares. (2019, p. 329)

Dessa forma, o prazo prescricional para a apuração do fato deverá ser contado a partir do momento em que a autoridade hierarquicamente superior, que possua competência para a instauração de processo administrativo disciplinar ou sindicância, tome ciência do fato ilícito.

A Lei nº 8.112/90 prevê também o instituto da interrupção do prazo prescricional, que irá ocorrer com a abertura da sindicância ou a instauração do processo disciplinar, até que seja proferida a decisão final pela autoridade julgadora (Art. 142, §3º). Ou seja, pela interpretação literal do artigo, entende-se que a prescrição apenas voltará a correr após o julgamento final da sindicância ou processo administrativo, porém, a Controladoria Geral da União (2019) ressalta que a referida interpretação deve ser relativizada, tendo em vista que afetaria a celeridade e a segurança jurídica do processo, devendo haver um prazo máximo para que o prazo volte a correr, independentemente da fase processual em que se encontre. Nesse sentido, dispõe:

A doutrina e a jurisprudência entendem que é razoável o prazo prescricional permanecer “congelado” em seu marco inicial durante o prazo máximo da portaria inaugural, somado ao prazo máximo da portaria de prorrogação e ao tempo dado pela lei para a autoridade julgar o processo. (2019, p. 335)

Logo, o prazo máximo para a interrupção do prazo prescricional é de 140 dias, sendo 60 dias para a apuração do processo administrativo disciplinar, que poderá ser prorrogada por até igual período e 20 dias para julgamento. Após esse período, o prazo prescricional deve voltar a correr.

Ademais, Fernanda Marinela (2018, p. 1195) faz menção a mais duas regras aplicadas ao prazo prescricional no processo administrativo disciplinar. A primeira estabelece que a interrupção do prazo prescricional apenas pode ocorrer uma vez no processo, ou seja, caso o processo venha a ser instaurado novamente por qualquer motivo, o prazo prescricional não deverá ser interrompido. Já a segunda regra faz menção à nulidade do processo administrativo, estabelecendo que, caso seja vislumbrada a sua ocorrência, o prazo prescricional continuará a correr, não sendo interrompido.

Além da prescrição, um fator decisivo para a validade do processo administrativo disciplinar é que seja garantido ao acusado a ampla defesa e o contraditório, responsáveis por garantir o acesso a todas as ferramentas necessárias para o exercício de sua defesa e o conhecimento de todos os atos do processo. Dessa forma, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa são aplicados ao processo administrativo disciplinar e são de extrema importância para garantir a correta apuração do ilícito administrativo.

3. REQUISITOS OBRIGATÓRIOS PARA A VALIDADE DA APURAÇÃO DISCIPLINAR

A Administração Pública, no exercício de suas prerrogativas, deve observar os direitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional para assegurar a correta apuração da suposta infração, aplicando na instrução processual as normas e princípios que determinam a sua atuação.

No processo administrativo, assim como nos processos judiciais, deve ser garantido ao acusado o direito à ampla defesa e ao contraditório, que entre outros princípios garantidores, são responsáveis por estabelecer os direitos disponíveis para que o acusado possa realizar sua defesa. Com a Constituição de 1988, o devido processo legal passou a ser um direito expresso e obrigatório para todos os processos judiciais, bem como para os processos administrativos, representando um grande avanço das garantias, assegurando a participação do acusado durante o processo e a oportunidade de defesa.

3.1 Princípios Constitucionais aplicáveis à Administração Pública

Como já visto anteriormente, a Administração Pública, através do poder disciplinar, possui o poder-dever de apurar os ilícitos administrativos cometidos pelos seus servidores e aplicar as respectivas penalidades, podendo utilizar da sindicância ou do processo administrativo disciplinar para essa finalidade. Dessa forma, no processo administrativo disciplinar, apesar de ser um processo administrativo interno, julgado pela própria Administração, também há a incidência de regramentos e princípios previstos pela Constituição e legislações infraconstitucionais.

A Seara Pública é regida pelos princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição Federal, dentre eles, o princípio da impessoalidade, moralidade,

publicidade e eficiência, e além deles, os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2019, p. 18), os “princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública”. Dessa forma, os princípios são alicerces fundamentais para a atuação da Administração, representando diretrizes obrigatórias a serem cumpridas.

No processo administrativo disciplinar, os princípios da Administração Pública também devem ser observados durante a apuração do ilícito administrativo, tendo em vista a natureza processual de seus atos e a importância de regular o procedimento para garantir ao acusado o acesso à ampla defesa e ao contraditório para a apresentação de sua defesa e comprovação de suas alegações.

3.2 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal é uma garantia que advém da expressão *due process of law*, que surgiu no século XIII com a Magna Carta criada pelo Rei João “Sem Terra”, na Inglaterra, chamado, na época, de “*law of the land*” e estabelecia entre outras regras, em sua cláusula nº 39, limites a serem respeitados pelo poder público em sua atuação. Samira Hamud Morato de Andrade dispõe acerca do tema:

Essa cláusula assegurava aos homens livres - barões e proprietários de terra - a inviolabilidade de seus direitos à vida, à liberdade e à propriedade, que só poderiam ser suprimidos através da "lei da terra" ou do direito costumeiramente aceito. (2001, p. 2).

Com isso, entendeu-se que a partir da Magna Carta, o governo estaria limitado pela imposição legal da lei sob os poderes do Estado, e juntamente com ela a previsão do devido processo legal, que representava a garantia de um julgamento conforme a lei. Nesse sentido, conclui Marcelo Buczek Bittar:

Assim, o *due process of law* transforma-se em garantia geral da ordem jurídica, observando que o *judicial process* não significa processo judicial, mas a aplicação judicial da lei e, por extensão, interpretação judicial da norma, ou seja, em sentido mais amplo, a garantia do “processo” legislativo e também a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição. (2015, p. 2)

A garantia do *due process of law* passou a ser prevista no ordenamento de diversos países, sendo os Estados Unidos um dos primeiros a prever em sua Constituição a cláusula estabelecida na Magna Carta, que com o tempo, teve o seu significado ampliado, garantindo não apenas a visão processual do processo legal, mas também a sua versão substantiva. Dessa forma, o devido processo legal começou a ser aplicado também como controle de constitucionalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário em relação aos atos do poder público e à discricionariedade das decisões, procurando proteger os direitos fundamentais inerentes à população.

Ressalta-se que o princípio do devido processo legal originalmente era direcionado apenas para os processos penais, com o objetivo de facilitar a defesa do acusado, estendendo-se apenas posteriormente para o processo civil, e por último ao processo administrativo. (GROTTI, 2012).

No Brasil, o devido processo legal apenas foi oficialmente previsto na Constituição de 1988, sendo utilizado o instituto da “verdade sabida” para a aplicação das sanções administrativas, até o surgimento das garantias constitucionais. Ary César Hernandez (2000, p. 263) define a verdade sabida como “procedimento de imposição instantânea da penalidade administrativa, quando o servidor fosse surpreendido praticando uma infração administrativa ou logo após tê-la praticado”, ou seja, durante muito tempo, as sanções administrativas aplicadas aos servidores eram baseadas unicamente pela palavra do servidor hierarquicamente superior, não havendo oportunidade para defesa pelo acusado da infração.

Dessa forma, o servidor que fosse flagrado pela autoridade superior, supostamente cometendo alguma irregularidade administrativa no exercício de sua função, poderia imediatamente sofrer as sanções estabelecidas. No entanto, referida prática não era mais sustentável, tendo em vista, que os direitos defendidos pelo instituto do *due process of law* já começavam a ser aplicados implicitamente, não condizendo mais com a realidade que a verdade sabida continuasse a ser praticada.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a prática do *due process of law* foi expressamente estabelecida em seu artigo 5º, inciso LIV : “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, garantindo a inviolabilidade dos direitos que não sejam processados corretamente, atuando como proteção aos direitos dos indivíduos, como define Alexandre de Moraes:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto num 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 à 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 (2004, p. 124)

De forma complementar previu o inciso LIV do mesmo artigo “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”. Portanto, é direito de qualquer acusado o acesso às ferramentas necessárias para a promoção de sua defesa, o conhecimento de todos os atos do processo e a exigência de um processo de acordo com as normas legais.

O instituto do devido processo legal é previsto também na Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais:

Art. 22. O servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa. (BRASIL, 1990)

Nesse sentido, em análise jurisprudencial, o STF concedeu o Mandado de Segurança 32.434 tendo em vista a incompetência originária e a violação ao devido processo legal:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO FUNCIONAL: PONTUAÇÃO INSUFICIENTE. REINCIDÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: DESÍDIA (ART. 117, INC. XV, DA LEI N.

8.112/1990). DEMISSÃO. INCOMPATIBILIDADE COM NOVO CARGO PÚBLICO (ART. 137 DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS). RECURSO ADMINISTRATIVO: TEMPESTIVIDADE. JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: INCOMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DECLARAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE PARA NOVA INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO FEDERAL PELO PRAZO DE CINCO (05) ANOS: INAPLICABILIDADE QUANTO À INFRAÇÃO IMPUTADA AO IMPETRANTE. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO.

(MS 32434, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 30/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 20-10-2014 PUBLIC 21-10-2014).

Dessa forma, o processo de apuração dos ilícitos administrativos realizados pela Administração Pública em relação aos seus servidores deverá observar o devido processo legal, assim como os princípios da ampla defesa e do contraditório, responsáveis por fornecer um processo justo e imparcial.

3.3 Princípio da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa, previsto expressamente na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV, surgiu como um dos pilares do devido processo legal, que culminou por estabelecer o instituto como garantia constitucional: “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”. Em se tratando de processos administrativos, a Constituição Federal tratou de assegurar aos servidores públicos a efetiva aplicação da ampla defesa para a apuração de irregularidades e ilícitos administrativos nos artigos 41, inciso II e III e artigo 247.

Ademais, a Lei nº 8.112/90 reforça a proteção ao direito da ampla defesa para os servidores públicos, em seu artigo 143, que dispõe:

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)

Com a garantia constitucional estabelecida pela Constituição de 1988 e a previsão em legislações infraconstitucionais, o princípio da ampla defesa se tornou uma grande inovação na área administrativa, garantindo a todos os processos, não apenas os processos judiciais civis e penais, a aplicação do princípio da ampla defesa e seus desdobramentos. Dessa forma, o princípio da ampla defesa é requisito obrigatório para a validade de qualquer processo, inclusive dos processos administrativos, como a sindicância e o processo administrativo disciplinar, garantindo ao acusado as ferramentas necessárias para a sua defesa. Nesse sentido dispõe Eduardo Cambi:

A conjugação dessas normas implica a conclusão de que o status constitucional dessa garantia lhe coloca como núcleo essencial de todo o processo administrativo. Com isso, a garantia da ampla defesa passa a incidir no processo administrativo disciplinar independentemente da categoria do servidor ou mesmo da categoria de sanção a ser regulada pela lei, devendo

haver processo mesmo no caso em que o servidor público não esteja sujeito a perder o cargo. (Revista dos Tribunais Online, 2006, p. 10)

Através da garantia constitucional da ampla defesa, estabeleceu-se diversos direitos a serem verificados e aplicados nos processos, chamados de “desdobramentos” do princípio da ampla defesa, que consistem em práticas a serem realizadas ao longo do processo para garantir que o acusado tenha acesso a todos os meios possíveis para a realização de sua defesa.

Fernanda Marinela (2018, p. 1160), cita como uma das primeiras exigências para o cumprimento da ampla defesa, o caráter prévio da defesa, ou seja, é necessário para que o acusado seja capaz de se defender, o conhecimento prévio dos fatos pelo qual está sendo acusado e das possíveis penalidades. Dessa forma, apenas será possível o exercício da defesa, da melhor forma possível, se o acusado for informado dos detalhes processuais corretamente, principalmente em relação ao fato que está sendo acusado.

O direito à defesa prévia garante que não haverá a aplicação da sanção sem o prévio conhecimento e fornecimento de defesa pelo acusado, banindo definitivamente a realização da prática já mencionada anteriormente da “verdade sabida”, na qual o servidor era punido pela vontade discricionária do superior hierárquico. De forma complementar, o instituto da ampla defesa também prevê o direito à informação, garantindo ao acusado o conhecimento da interposição do processo, que se dará através da citação válida, e dos demais atos que sejam realizados.

Nesse sentido, prevê o artigo 156 da Lei nº 8.112/90:

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. (BRASIL, 1990)

Assim como previsto na Lei nº 8.112/90, a produção de provas também é um direito que a parte possui de realizar todas as provas que entender serem necessárias para o convencimento de sua inocência, podendo indicar e ouvir testemunhas, requerer a produção de provas e produzir suas alegações. Samira Hamud, dispõe sobre o direito à prova:

A doutrina contemporânea considera o direito à prova como a faculdade reconhecida à parte de trazer aos autos do processo todos os elementos de convicção de que dispõe, com vistas a demonstrar a verdade dos fatos que fundamentam suas alegações. (2012, p. 10)

Dessa forma, o direito à produção de provas é indispensável para a apuração do ilícito administrativo e para garantir a ampla defesa do acusado. Em se tratando do processo administrativo disciplinar, é assegurado ao servidor que o inquérito seja realizado seguindo os princípios do contraditório e da ampla defesa, possuindo o direito de acompanhar o processo pessoalmente, ou por meio de procurador (Art. 156 da Lei nº 8.112/90).

Importante discussão diz respeito à necessidade de defesa técnica para os processos administrativos como parte do direito à ampla defesa e do contraditório. Porém, em um primeiro momento, cabe apenas salientar que segundo a Lei nº

8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, a presença do advogado é uma faculdade que o servidor público possui para realizar a sua defesa, assim como previsto no artigo 156.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO DISCIPLINAR. DIREITO DE DEFESA TÉCNICA. 1. O exercício da ampla defesa e do contraditório em Processo Administrativo Disciplinar prescinde da presença de advogado. Precedentes. 2. A falta de defesa técnica por advogado habilitado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição Federal. RE 434.059/DF. Súmula Vinculante STF 5. 3. Agravo regimental improvido. (AI 473883 AgR, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENTA VOL-02402-06 PP-01195).

Dessa forma, ao longo do próximo capítulo, será discutido se a defesa técnica é uma ferramenta necessária para a garantia da ampla defesa segundo os doutrinadores e os seus desdobramentos no poder judiciário.

Portanto, a ampla defesa estará presente no processo administrativo se verificado que os direitos à defesa prévia, à informação, à requisição e produção de provas foram cumpridos ao longo do processo, de forma a garantir à parte acusada todas as ferramentas necessárias para provar as suas alegações.

3.4 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório, juntamente com o princípio da ampla defesa, é considerado como desdobramento do princípio do devido processo legal, e ambos se encontram previstos no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a obrigatoriedade de sua aplicação em todos os processos. O princípio do contraditório é aplicado, portanto, aos processos administrativos, possuindo previsão no artigo 153, da Lei nº 8.112/990, que dispõe:

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. (BRASIL, 1990)

Dessa forma, o princípio do contraditório atua como garantia ao acusado de que o inquérito administrativo realizado durante o processo administrativo disciplinar ocorrerá de acordo com as normas legais, fornecendo as oportunidades necessárias para a realização de sua defesa. Segundo Maria Sylvia Di Pietro:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-lhe a oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. (2012, p. 686)

A relação de bilateralidade do processo demonstra a necessidade de participação de ambas as partes durante o processo administrativo disciplinar, garantindo que tenham o direito de apresentar as suas alegações, de produzir provas e realizar todos os demais atos do processo de forma igualitária. Assim, o princípio do

contraditório estabelece que deve haver o diálogo entre as partes, garantindo a elas as mesmas ferramentas durante o processo.

Assim como no princípio da ampla defesa, o princípio do contraditório apoia o direito à informação, estabelecendo para ambas as partes, acusado e Administração, a possibilidade de acesso a todos os fatos do processo, provas e diligências, garantindo que ambas poderão analisar as informações fornecidas. Dessa forma, um dos primeiros atos necessários a ser realizado para a validade do processo administrativo é a citação do indiciado, definido por Joneval Junior Chaveiro como “ato administrativo pelo qual se leva ao conhecimento do indiciado a instauração do processo e se faz sua convocação para apresentação de defesa” (2015, p. 420).

A citação deverá conter todas as informações necessárias para que o acusado tenha total conhecimento do fato pelo qual está sendo imputado, os motivos e as possíveis penalidades. Somente a partir da citação do acusado é que a relação processual estará completa, devendo ocorrer anteriormente à instrução processual para garantir a sua participação na produção das provas e demais diligências.

Não obstante a necessidade de citação válida para a completude da relação processual e para possibilitar a efetiva existência do princípio do contraditório, tal postulado deve estar presente em todas as fases do processo administrativo disciplinar, devendo ser observado desde o momento de sua instauração até o julgamento final da acusação. Dessa forma, a citação se revela apenas como a primeira oportunidade em que deva se fazer efetivamente presente o contraditório, para o início do conhecimento, pelo acusado, de todos os fatos que lhe são imputados. Após a citação, o contraditório deverá estar presente, ainda, na fase de instrução ou fase probatória, assegurando a ambas as partes o direito à produção de provas e inquirição de testemunhas (Art. 156 da Lei nº 8.112/90).

A partir da presença do princípio do contraditório, propiciada pela citação válida do acusado, pode-se afirmar que a necessidade de perpetuidade do exercício do contraditório durante o restante do processo administrativo revela um aspecto secundário desse princípio, qual seja, a necessidade de exposição aberta das informações para contraposição das alegações entre as partes. Essa exigência pode ser caracterizada como o “princípio da informação”, conforme entende Samira Hamud (2012, p. 8), que expõe ainda, que além desse, o princípio do contraditório também possui como um de seus outros desdobramentos, o direito das partes à realização de audiência, ou seja, depois da instauração do processo administrativo disciplinar, é necessário que a parte acusada e a Administração Pública tenham a oportunidade de, através de uma audiência, fornecerem as suas próprias alegações, expondo a sua versão sobre os fatos relatados na denúncia, de forma a garantir que ambas as partes sejam ouvidas. Tal direito é fundamental para o contraditório e deve ser praticado durante todo o processo.

A partir da necessidade de discussão dos fatos pelos dois polos do processo disciplinar, percebe-se que a imprescindibilidade de oportunidade de refutar a alegação da parte adversa vem acompanhada da exigência de que todas as alegações e atos sejam devidamente motivados ou fundamentados, de forma que a clareza de sua exposição permita a contraposição de ideias pela outra parte. Assim, tal princípio, de motivação ou fundamentação dos atos, também aparece como desdobramento do princípio do contraditório, exigindo que para todos os atos

realizados durante o processo e até mesmo para a sua própria instauração, seja necessária a exposição dos motivos pelos quais a autoridade se utilizou para realizá-los, prevenindo, dessa forma, a existência de decisões discricionárias e o abuso de poder.

Na jurisprudência do STF, o princípio do contraditório é pauta de muitas decisões, constituindo um tema de debate recorrente:

EMENTA: Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Processo administrativo disciplinar instaurado em desfavor de membro do Ministério Público. 4. Nulidade alegada por testemunha ouvida no PAD. 5. Alegação de inobservância do contraditório e da ampla defesa. 6. Procedimentos meramente investigatórios. Não violação das garantias da ampla defesa e do contraditório por ausência de atribuição de culpa. Precedentes. 7. Nulidade do processo. Inocorrência. 8. Argumentos incapazes de infirmar a decisão agravada. 9. Agravo regimental desprovido. (MS 35598 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 14-03-2019 PUBLIC 15-03-2019)

EMENTA: Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. Processo Administrativo disciplinar. 3. Alegação da ocorrência de vícios no curso PAD. Não comprovação. 4. Atuação do Ministério Público como *custus legis* após a oitiva de testemunhas indicadas pela defesa, não ofende as garantias da ampla defesa e do contraditório. Precedentes. 5. Juntada de documentos pela autoridade coatora, com fundamento no art. 37 da Lei 9.784/99. Possibilidade. 6. Observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (RMS 32769 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 07/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 18-05-2018 PUBLIC 21-05-2018).

Portanto, o princípio do contraditório representa o direito das partes de apresentar suas próprias alegações durante o processo administrativo disciplinar, garantindo que a Administração Pública não esteja em posição de superioridade contra o acusado, mas em posição equivalente (CHAVEIRO, 2015).

3.5 Paridade de armas no Processo Administrativo Disciplinar

A paridade de armas, no processo judicial e administrativo, representa um princípio fundamental para o prosseguimento de qualquer ação, que juntamente com os princípios vistos anteriormente, procuram garantir a igualdade processual para ambas as partes. Nesse sentido dispõe Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli:

Mas a igualdade não pode, evidentemente, ser somente formal: o correto enfoque da paridade de armas leva ao reconhecimento não de uma igualdade estática, senão dinâmica, em que o Estado deve suprir desigualdades para vivificar uma igualdade real. Se o devido processo é a expressão jurisdicional democrática de um determinado modelo de Estado, essa igualdade somente pode ser substancial, efetiva, real. As oportunidades dentro do processo (de falar, de contraditar, de reperguntar, de opinar, de requerer e de participar das provas etc.) devem ser exatamente simétricas, seja para quem ocupa posição idêntica dentro do processo, seja para os que ostentam posições

contrárias (autor e réu, que devem ter, em princípio, os mesmos direitos, ônus e deveres). (2010, p. 113)

Dessa forma, assim como o princípio do contraditório, a paridade de armas busca a isonomia processual, ou seja, que as partes possuam os mesmos instrumentos e as mesmas oportunidades para exporem suas alegações, e realizarem todos os atos do processo, garantindo a ambas as partes a oportunidade de convencerem a autoridade julgadora de sua versão dos fatos e contrariarem as provas e demais fatos apresentados pela parte contrária.

O princípio da paridade de tratamento não possui previsão no processo administrativo disciplinar, porém, assim como disposto por Artur César de Souza (2016, p. 5), entende-se possível a aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil, garantindo que haja a aplicação da isonomia de tratamento em todos os processos judiciais e administrativos.

O Código de Processo Civil prevê o princípio da paridade de tratamento em seu artigo 7º:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. (BRASIL, 2015)

Nesse sentido, Fredie Didier dispõe sobre os aspectos que devem estar presentes para que haja a paridade de tratamento das partes no processo:

a) imparcialidade do juiz (equidistância em relação às partes);

b) igualdade no acesso à justiça, sem discriminação (gênero, orientação sexual, raça, nacionalidade etc.);

c) redução das desigualdades que dificultem o acesso à justiça, como a financeira (ex.: concessão do benefício da gratuidade da justiça, arts 98-102, CPC), a geográfica (ex.: possibilidade de sustentação oral por videoconferência, art. 937, §4º, CPC), a de comunicação (ex.: garantir a comunicação por meio da Língua Brasileira de Sinais, nos casos de partes e testemunhas com deficiência auditiva, art. 162, III, CPC) etc.;

d) igualdade no acesso às informações necessárias ao exercício do contraditório. (2015, p. 98)

A imparcialidade do juiz deve ser garantida em qualquer processo, correspondendo à necessidade de um juiz que não possua vínculos subjetivos com o processo e que seja capaz de assumir uma posição equidistante das partes. O art. 8º da Constituição Federal estabelece as diretrizes de como um juiz imparcial deve agir:

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito. (BRASIL, 1988)

Por sua vez, o direito à igualdade no acesso à justiça, às informações e à redução de desigualdades, corresponde a previsões constitucionais do princípio da ampla defesa, contraditório e da igualdade, previstos no art. 5º da Constituição Federal, representando garantias indispensáveis para as partes no processo administrativo disciplinar.

Portanto, a paridade de armas é um instituto necessário no processo administrativo disciplinar, responsável por garantir o amplo acesso à justiça, além de um processo justo desde o momento de sua instauração até o último ato processual, estabelecendo oportunidades iguais de tratamento para as partes.

4. RELEVÂNCIA DA DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Como visto nos dois primeiros capítulos, o processo administrativo disciplinar possui caráter punitivo, sendo responsável por apurar condutas realizadas por seus servidores públicos que afrontem a legalidade, e é em decorrência desse poder disciplinar que a Seara Pública possui o poder-dever de punir eventuais irregularidades. Portanto, se comprovado através do PAD a ilegalidade do ato realizado pelo servidor público, este sofrerá as penalidades previstas na Lei nº 8.112/90.

Assim como no processo penal e no processo civil, o acusado será julgado e poderá ser punido com sanções que afetam a sua vida profissional e conseqüentemente a sua vida pessoal, sendo de extrema importância que o processo seja realizado regularmente de acordo com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Todas as garantias abrangidas pelos referidos princípios dizem respeito ao regular trâmite do processo e principalmente à oportunidade de defesa pelo acusado.

Nesse sentido, muito se discute acerca da necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar, ou seja, da presença de advogado para o acompanhamento processual do acusado, como direito intrínseco à garantia de defesa. Tal tema foi objeto de análise pelo STJ, através da Súmula nº 343, que estabeleceu ser obrigatória a presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar e, posteriormente pelo STF, que estabeleceu a Súmula nº 5, com entendimento diverso.

Dessa forma, é importante que se analise tanto as referidas Súmulas quanto os embasamentos legais utilizados pelos ministros para fundamentar a conclusão que orienta a jurisprudência pátria.

4.1 Defesa técnica como garantia de ampla defesa e contraditório no Processo Administrativo Disciplinar

O direito a uma defesa técnica pelo acusado é de extrema importância no ordenamento jurídico, sendo indispensável a sua presença no processo administrativo

à medida que representa um instrumento garantidor das previsões constitucionais de ampla defesa e contraditório, que juntamente com o princípio da presunção de inocência são responsáveis por fornecer os aparatos necessários para a apresentação de resposta pelo acusado, que deve ser considerado inocente enquanto não comprovada legalmente a sua culpa.

Em decorrência do direito de defesa, o acusado tem o direito ao conhecimento de todos os atos que ocorrem ao longo do processo, assim como de se manifestar quanto a eles, garantindo a exposição de seus argumentos à autoridade competente e a realização de atos no processo. Além das prerrogativas mencionadas, Fernanda Mirela (2019, p. 1161) entende que a defesa técnica também faz parte dos direitos inerentes ao princípio da ampla defesa, no qual garante a presença de um defensor em todos os atos do processo.

O direito à defesa técnica está previsto no artigo 133 da Constituição Federal de 1988, que 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. (BRASIL, 1988)

No processo administrativo disciplinar, a defesa técnica não é requisito obrigatório para o prosseguimento do processo, assim como estabelecido no artigo 156, da Lei 8.112/90 ao disciplinar sobre o regime jurídico dos servidores públicos:

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. (BRASIL, 1990)

Dessa forma, é garantido ao servidor, ainda na fase de inquérito do processo administrativo disciplinar, o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, ou seja, a Lei ao mesmo tempo em que oferece maior autonomia ao servidor, conferindo a faculdade de representação independente, também deixa clara a inexigência da presença da pessoa do advogado para o acompanhamento do processo administrativo disciplinar.

Não obstante essa falta de exigência da presença do advogado, reputa-se importante a defesa técnica para a realização de defesa do servidor nos processos disciplinares sancionatórios, tendo em vista a falta de conhecimento técnico jurídico diante das especificidades que são intrínsecas ao procedimento, como a prescrição ou nulidades (SILVA, 2019). Nesse sentido, entende-se que apenas o advogado legalmente constituído teria a capacidade de representar a parte acusada garantindo a igualdade de tratamento entre as partes no processo.

Através da defesa técnica, é possível garantir ao acusado a paridade de armas de ambos os polos no processo, uma vez que no processo administrativo disciplinar, o servidor público se encontra em posição de desvantagem frente às acusações feitas pela Administração Pública, devendo provar a sua inocência no inquérito, não possuindo o conhecimento, em regra, de todas as oportunidades e instrumentos que estão disponíveis para a sua defesa.

Nesse sentido, entendeu o Superior Tribunal de Justiça ao analisar os precedentes que deram origem à Súmula 343.

4.2 Análise da Súmula 343 do STJ

O Superior Tribunal de Justiça, em 2007, formulou a Súmula 343, com o objetivo de pacificar o entendimento acerca da necessidade ou não da presença de defesa técnica no processo administrativo disciplinar. Para isso, o Tribunal baseou a sua decisão em 5 precedentes: MS 7.078-DF, MS 9.201-DF, MS 10.565-DF, MS 10.837-DF e RMS 20.148-PE.

A partir da análise do precedente MS 7.078-DF, verifica-se que um dos fundamentos utilizados pela autora para a impetração do Mandado de Segurança foi a não aplicação da garantia constitucional da ampla defesa e do devido processo legal, tendo em vista a inexistência de profissional habilitado para a realização da defesa técnica, o que acarretaria a nulidade do procedimento administrativo. Dessa forma, o Ministro Hamilton Carvalhido (Relator), em seu voto, dispôs da seguinte forma:

No que diz respeito à ocorrência de cerceamento de defesa, é de se reconhecer que durante a instrução do inquérito, a impetrante não se viu acompanhar de defensor constituído, que, a nosso ver, é imperativo constitucional, com o qual não se compatibiliza a auto-defesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito. É que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, estabelece que “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;” (nossos os grifos). O artigo 133, também da Carta Magna, por sua vez, preceitua que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” (nossos os grifos). E o Excelso Supremo Tribunal Federal já decidiu que ampla defesa significa dar ao réu todas as oportunidades e meios que a lei lhe propicia para defesa (RT 688/384). A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, por óbvio, 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. (MS 7.078/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2003, DJ 09/12/2003, p. 206)

Observa-se que o Exmo. Ministro fundamentou a sua decisão através do entendimento de que o advogado é presença obrigatória para que a ampla defesa esteja plenamente configurada no processo, utilizando do artigo 133 e do artigo 5º, inciso LV, ambos da Constituição Federal, em sua exposição.

Ressalta-se que o Ministro Fontes de Alencar pediu vista dos autos para verificar se o servidor público se apresentou capaz para se defender no processo, tendo em vista que, em alguns casos, o acusado se mostra apto a realizar a sua própria defesa por possuir conhecimentos técnico-jurídicos que possibilitam a realização de uma defesa mais técnica. Dessa forma, segundo o Exmo. Ministro, não se exige necessariamente advogado se a pessoa se diz habilitada para a defesa.

Dos mesmos fundamentos, a Ministra Laurita Vaz utilizou-se ao analisar o MS 9.201-DF e o Ministro Felix Fischer no julgamento do MS 10.565-DF, concluindo pela indispensabilidade da atuação de um advogado para o acompanhamento do acusado

como garantia constitucional do direito à ampla defesa, e conseqüentemente, a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar no caso de sua ausência.

Por sua vez, no julgamento do Mandado de Segurança nº 10.837-DF, o Ministro relator Paulo Gallotti entendeu que não cabe o argumento de inexistência de contraditório e ampla defesa no caso concreto, tendo em vista que foram observados os enunciados dos art. 153 e 156 da Lei nº 8.112/90, que estabelecem:

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. (BRASIL, 1990)

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. (BRASIL, 1990)

Dessa forma, o Ministro afirma que os dispositivos legais foram regularmente cumpridos, tendo sido o acusado notificado para acompanhar pessoalmente o processo ou por intermédio de procurador. Nesse sentido afirma:

A falta de procurador constituído durante a fase de instrução do inquérito não configura nulidade, pois ao servidor acusado foi dada a oportunidade de acompanhar o processo pessoalmente, ou por intermédio de procurador, não podendo, em razão de sua própria omissão, pretender ver reconhecida pretensa irregularidade a que teria dado causa. (MS 10.837/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 17/04/2009)

Com base na exposição acima, o Ministro Paulo Gallotti negou o mandado de segurança, porém, foi voto vencido pela exposição da Ministra Laurita Vaz, que seguindo os fundamentos utilizados nos demais precedentes de sua autoria, expôs que a constituição de advogado ou de defensor dativo é elementar à essência da garantia constitucional do direito à ampla defesa, apenas sendo efetivada com a constituição de defensor durante todo o processo.

No mesmo sentido, entendeu o Ministro Arnaldo Esteves Lima, que ao pedir vista do processo, entendeu que a simples determinação legal, facultando ao servidor o acompanhamento do processo administrativo disciplinar por procurador não satisfaz a previsão constitucional do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Além disso, ressalta a importância da defesa técnica na fase probatória, momento no qual são produzidas as provas para o embasamento fático da futura decisão.

Por fim, o Recurso em Mandado de Segurança nº 20.148-PE também foi utilizado como precedente da Súmula nº 343 do Supremo Tribunal de Justiça, ao tratar entre outros temas, sobre a violação do princípio do devido processo legal. O ministro relator Gilson Dipp, em análise do processo administrativo, verificou que o recorrente fora intimado para participar dos atos do processo, porém, havia informado que não possuía recursos para a contratação de advogado, assim como não se sentia habilitado para promover a sua própria defesa, requerendo a nomeação de defensor dativo.

Apesar de ter sido realizado o sobrestamento do processo por diversas vezes, em determinado momento o processo teve regular prosseguimento sem a presença

de um defensor dativo ou de um advogado. Dessa forma, o Ministro relator dispôs que:

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, igualmente incidentes na esfera administrativa, têm por escopo propiciar ao servidor oportunidade de oferecer resistência aos fatos que lhe são imputados, sendo obrigatória a presença de advogado constituído ou defensor dativo. (STJ, 2007, p. 334)

Nesse sentido, o ministro Gilson Dipp concluiu pela nulidade do processo administrativo disciplinar, tendo em vista o prejuízo efetivo que a parte obteve pela falta de advogado ou defensor dativo legalmente constituído.

Com base nesses precedentes, a Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça foi criada, em 2007, com o seguinte enunciado: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”, de forma a consolidar os argumentos utilizados pelos ministros em relação ao cumprimento do princípio da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo disciplinar.

Porém, no ano seguinte, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 434.059, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, colocou o tema em pauta novamente, sendo estabelecida a Súmula Vinculante nº 5 com entendimento diverso.

4.3 Possível Inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF

O recurso extraordinário nº 434.059, interposto pelo INSS e pela União e, tendo como recorrida a Sra. Márcia Denise Farias Lino, teve como tema principal a busca pelo reconhecimento de que a ausência de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição Federal de 1988 e os princípios do contraditório e ampla defesa.

Como fundamento, os recorrentes se basearam no artigo 156 da Lei nº 8.112/90, que dispõe:

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. (BRASIL, 1990)

Dessa forma, sustentam que os princípios da ampla defesa e do contraditório estão presentes, tendo em vista que é dada a faculdade para a parte constituir um procurador, não havendo a necessidade de defesa técnica obrigatória.

O ministro Gilmar Mendes, ao fundamentar a sua decisão, tratou sobre os direitos que os princípios do contraditório e da ampla defesa abrangem e que devem estar presentes no caso concreto:

(I) - direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

(II) - direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo (cf. Decisão da Corte Constitucional -- BVerfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, v. IV, nº 97);

(III) - direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte - Staatsrecht II, cit p. 286; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. Einführung in das Staatsrecht, cit. p. 363-364; ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, v. IV, nº 85-99).(STF, 2008, p. 742)

Nesse sentido, concluí que todos esses direitos foram garantidos no processo administrativo disciplinar, não constituindo a ausência de defesa técnica fundamento suficiente para a decretação de nulidade do processo. Os demais Ministros que estavam presentes para o julgamento do Recurso Extraordinário, acompanharam o voto do relator e destacaram determinados argumentos acerca do tema.

A ministra Cármen Lúcia ressaltou que a doutrina possui o entendimento de que a defesa técnica seria necessária no processo administrativo disciplinar apenas em dois casos: quando a questão é comprovadamente complexa, exigindo conhecimento específico, e em casos determinados, nos quais a facultatividade da defesa técnica não seria suficiente para a concreta defesa. (STF, 2008, p. 747)

Por sua vez, o Ministro Carlos Britto, para corroborar com o argumento do Ministro relator, destacou que o artigo 133 da Constituição Federal não é aplicável aos processos administrativos. Tal artigo estabelece que: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. (STF, 2008, p. 750)

Em uma análise hermenêutica, para o Ministro, a palavra “justiça” presente no artigo 133 da CF faz menção à “função jurisdicional”, não abrangendo os processos administrativos. Portanto, a decisão que estabelece que a defesa técnica não é obrigatória não vai de encontro com os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal. (STF, 2008, p. 750)

Ademais, defende que a incorporação obrigatória de defesa técnica nos processos administrativos representaria uma “amplíssima defesa”, assim como o asseio da Defensoria Pública, que além de defender os necessitados também defenderia os servidores públicos processados que não nomeassem procurador.

Por fim, a Ministra Ellen Gracie dispôs acerca do defensor dativo no processo administrativo disciplinar:

A Lei 8.112 prevê ainda que na hipótese em que haja revelia - portanto, que ele não exercite nem pessoalmente nem indique quem o defenda -, a própria administração encarrega-se de lhe dar um defensor dativo. E o dispositivo é expresso e preciso ao exigir que esse defensor dativo seja outro servidor ao menos do mesmo nível do acusado, portanto, garantindo, assim, que essa defesa não seja pro forma, mas uma defesa qualificada.(STF, 2008, p. 756)

Dessa forma, os Ministros chegaram à conclusão de que a defesa técnica não é requisito necessário para o cumprimento do princípio da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos disciplinares, consagrando ao final do julgamento a Súmula Vinculante nº 5, que estabelece: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

A súmula aprovada pelo Pleno do STF teve como objetivo pacificar o entendimento acerca do tema, tendo em vista a existência da Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça com entendimento contrário, gerando opiniões diversas acerca da necessidade da defesa técnica nos processos administrativos disciplinares e conseqüentemente uma alta demanda de recursos.

Apesar da consolidação do entendimento pela desnecessidade da defesa técnica nos processos administrativos disciplinares, a posição jurisprudencial foi alvo de diversas críticas por parte da comunidade jurídica. Um ponto relevante a ser destacado, diz respeito à constitucionalidade da referida Súmula. Nesse sentido, dispõe Romeu Felipe Bacellar Filho (2013, p. 319):

A súmula foi editada, tal como externado de forma explícita pelos ilustres magistrados, “exatamente para negar o enunciado da Súmula do STJ”. E, com isso, foi consagrada manifesta inconstitucionalidade, em desprestígio às conquistas da doutrina em matéria de garantias constitucionais do processo administrativo disciplinar, suscitando repercussões negativas em todas as esferas da administração pública brasileira e autorizando solenemente a violação de direitos fundamentais do cidadão até então reconhecidos pela jurisprudência pátria.

Dessa forma, para a criação de uma Súmula Vinculante é necessário, além de outros quesitos, a existência de reiteradas decisões sobre a matéria controversa, tendo sido, no caso concreto, mencionados apenas três julgados: AG nº 207.197, RE nº 244.027 e MS nº 24.961.

Além do pequeno número de precedente utilizados, o MS nº 24.961 não guarda relação direta com o teor estabelecido pela Súmula nº 5 do STF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE 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 (C.F., art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado: AI 207.197-AgR/PR, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 05.6.98; RE 244.027-AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, "DJ" de 28.6.2002. (TCU, 2004, p. 332).

Ademais, os argumentos utilizados para o embasamento da decisão que deu origem a Súmula nº 5 do Supremo Tribunal Federal revelam outros temas de crítica à redação da Súmula.

Ao determinar que “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, a Súmula estabeleceu a desnecessidade da defesa técnica em todos os processos administrativos

disciplinares, de forma a excluir as exceções mencionadas pela própria Ministra Cármen Lúcia na exposição de seu voto. Dessa forma, a afirmação pela desnecessidade de defesa técnica em qualquer processo administrativo disciplinar não analisa as peculiaridades do caso concreto, abrangendo até mesmo os casos mais complexos.

Além disso, o artigo 133 da Constituição Federal, ao mencionar a função jurisdicional, trata não apenas dos processos judiciais, mas também dos processos administrativos, assim como exposto por Bacellar e Hachem (2010, p. 42) :

Da conjugação do art. 5º, LV, com o art. 133 da CF é possível deduzir que o advogado é indispensável à administração da justiça, aí compreendidas todas as situações que dependam de uma atuação técnica e especializada dos profissionais da advocacia de modo a garantir a predominância dos direitos fundamentais do cidadão. Assim, não deve importar a seara de atuação, seja essa no exercício da função jurisdicional ou no exercício da função administrativa.

A defesa técnica se mostra, portanto, indispensável em qualquer processo judicial ou administrativo no qual se faça necessário o conhecimento técnico-jurídico específico para a realização da defesa do acusado, que caso não constitua um procurador, o Estado possui o dever de determinar um defensor dativo.

Nesse sentido, a simples alegação de que com a obrigatoriedade da defesa técnica haveria o assoreamento da Defensoria Pública não é argumento suficiente para que seja impedido o exercício da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares, direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Apesar da pacificação do entendimento através da Súmula, em 2008, o Supremo Tribunal Federal recebeu diversos recursos solicitando o reconhecimento da violação do princípio do contraditório e da ampla defesa pela ausência de defesa técnica no processo administrativo disciplinar:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO DISCIPLINAR. DIREITO DE DEFESA TÉCNICA. 1. O exercício da ampla defesa e do contraditório em Processo Administrativo Disciplinar prescinde da presença de advogado. Precedentes. 2. A falta de defesa técnica por advogado habilitado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição Federal. RE 434.059/DF. Súmula Vinculante STF 5. 3. Agravo regimental improvido. (AI 473883 AgR, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-06 PP-01195).

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Execução criminal. Prática de falta grave pelo apenado. 3. Paciente que não foi acompanhado por defensor durante a realização dos atos referentes ao processo administrativo-disciplinar. 4. Nulidade. Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 5. Recurso conhecido e provido. (RHC 104584, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/05/2011, DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011 EMENT VOL-02537-01 PP-00099).

Agravos regimentais em mandado de segurança. 2. Administrativo. Servidores públicos. Processo administrativo-disciplinar. 3. Manutenção da

pena de demissão. 4. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Inexistência. Súmula Vinculante 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 23280 AgR-segundo, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 10-08-2016 PUBLIC 12-08-2016).

4.4 Pedido de Cancelamento pela OAB

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ao analisar o teor da Súmula, entendeu por ser inconstitucional a sua aprovação, tendo em vista que para a criação de Súmula Vinculante é necessária a existência de reiteradas decisões acerca do tema, assim como previsto no artigo 103-A da Constituição Federal:

Art. 103-A. 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. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, afirmam que não existiram reiteradas decisões acerca do tema, além de acabar por exigir do acusado conhecimentos técnicos jurídicos específicos, sem os quais é impossível garantir uma ampla defesa no processo administrativo disciplinar. Com base nesses argumentos, a OAB realizou o pedido de cancelamento da Súmula (PET/4.285), nos termos da Lei nº 11.417/06, em 13 de agosto de 2010.

Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, para que seja admitida a revisão ou cancelamento de Súmula Vinculante, é necessário o atendimento de alguns pressupostos, como a demonstração de superação da jurisprudência da Corte, alteração legislativa quanto ao tema ou a modificação substantiva do contexto político, econômico ou social. Não estando presente nenhum deles no caso concreto, não é possível se admitir o pedido de cancelamento da Súmula.

Ademais, ressaltou que o mero descontentamento ou divergência quanto ao conteúdo do verbete não propicia a reabertura das discussões sobre um tema já debatido pelo Supremo Tribunal Federal, e que a participação dos advogados no processo administrativo disciplinar continua sendo um direito disponibilizado aos acusados.

A divergência foi iniciada pelo voto do Ministro Marco Aurélio, que dispôs acerca da observância da norma constitucional para a edição de verbetes vinculantes a reiterados pronunciamentos do Tribunal, reconhecendo que a Súmula Vinculante foi editada com base apenas no Recurso Extraordinário 434.059/DF e no Mandado de Segurança 24.961/DF, o qual não versa diretamente sobre a defesa técnica no processo administrativo disciplinar.

O voto do Ministro foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, porém foram votos vencidos pela exposição do Ministro Ricardo Lewandowski, apoiado pelos Ministros Luis Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, mantendo o entendimento original estabelecido pela Súmula nº 5.

Dessa forma, a Súmula nº 5 do STF, que estabelece que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição, continua em vigor e sendo aplicada às ações que tenham como tema a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares.

CONCLUSÃO

Este trabalho possibilitou compreender as implicações causadas pelo entendimento sumulado do STJ e do STF em relação à necessidade de defesa técnica nos processos administrativos disciplinares e à violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Para se atingir uma compreensão acerca desse tema, foi estudado o poder disciplinar da Administração Pública e sua aplicação aos servidores públicos, de acordo com a Lei nº 8.112/90. Dessa forma, demonstrou-se que a Seara Pública possui o poder-dever de fiscalizar, apurar e aplicar a respectiva sanção aos servidores que cometem alguma infração em decorrência de sua função, através da instauração de sindicância e/ou processo administrativo disciplinar.

Para a realização do processo administrativo disciplinar, assim como qualquer processo judicial ou administrativo, deve ser garantida a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa, conforme previsto pela Constituição Federal de 1988. Portanto, foram analisados os direitos que devem estar presentes para que ambos os princípios sejam garantidos no caso concreto.

Com o estabelecimento da Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça, houve um maior destaque à importância da defesa técnica como ferramenta garantidora dos direitos previstos na Constituição Federal. Através da análise dos votos dos ministros, foi possível concluir que a mera faculdade dada ao acusado para o exercício de sua defesa não cumpre com os requisitos dos princípios da ampla defesa e do contraditório, prejudicando a defesa do acusado.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 434.059-3/DF, decidiu de maneira contrária e firmou o entendimento através da Súmula Vinculante nº 5, pela desnecessidade de defesa técnica nos processos administrativos disciplinares. Quando analisados os argumentos utilizados pelos ministros, percebe-se que a edição da referida súmula possui vícios formais e materiais, devendo ser considerada inconstitucional a sua aprovação.

Primeiramente, observou-se que a Súmula foi criada com base na existência de apenas três precedentes, dos quais um nem mesmo apresentou relação direta com o tema de aplicação da defesa técnica nos processos administrativos disciplinares. Nesse sentido, o requisito para aprovação de Súmulas Vinculantes, relativo à exigência de análise de diversas decisões acerca do tema em discussão, não foi cumprido no caso concreto.

Ademais, com a aplicação da Súmula, percebeu-se uma violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, ao estabelecer que a defesa técnica não é obrigatória nos processos administrativos disciplinares, prejudicando a defesa do acusado e o seu direito a um processo justo e em conformidade com a Constituição

Federal de 1988. Dessa forma, os argumentos utilizados pelos ministros não são suficientes para a formulação do entendimento pela desnecessidade de defesa técnica, direito que deve ser previsto para todos os processos judiciais e administrativos, sem distinção.

A conclusão a que se chega, portanto, é de que a defesa técnica é indispensável para a garantia da aplicação do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares. Cabe ressaltar que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu pelo cancelamento do enunciado da Súmula 343, no dia 03 de maio de 2021.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Samira Hamud Morato de. O princípio do devido processo legal e o processo administrativo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 9, n. 37, p. 196-222, out./dez. 2001.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEN, Daniela Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, v. 10, n. 39, p. 27-61, jan./mar., 2010.

BITTAR, Marcelo Buczek. O Devido Processo Legal e o Processo Administrativo Disciplinar. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 23, n. 91, p. 543 - 561, abr./jun., 2015

BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula 343**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=121>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 434.059/DF**. Acórdão proferido no Recurso Extraordinário. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547287>> Acesso em: 5 de março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 5**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 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/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Manual de Procedimentos Administrativos em Sindicância e Processo Disciplinar**. 3. ed. Brasília, 2012.

BRASIL, Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília, 2018.

CAMBI, Eduardo. **Processo Administrativo (Disciplinar) e Princípio da Ampla Defesa na Constituição Federal de 1988**. *Revista de Processo*, n. 131, p. 58 - 82, jan., 2006

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHAVEIRO, Joneval Junio. O Princípio Constitucional do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Administrativo Disciplinar. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 1, p. 411 - 440, dez., 2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido processo legal e o Procedimento Administrativo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 6, n. 22, p. 118 - 128, jan./mar., 1998

HERNANDEZ, Ary César. O Contraditório e a Ampla Defesa no Processo Administrativo. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 62 , n. 189, p. 263 - 269, jan./dez., 2000

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

KNOPLK, Gustavo Mello. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Forense, 2018.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de direito administrativo disciplinar**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004

SOUZA, Artur César de. Aplicação Subsidiária do Novo CPC ao Processo Administrativo. **Revista de processo**, v. 41 , n. 256, p. 441 - 454, jun., 2016