

ISSN 1127-8579

Publicato dal 09/09/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35390-estudos-acerca-da-necessidade-de-defesa-tcnica-no-processo-amministrativo-disciplinar>

Autori: Bárbara Cintra, Camilla Martins Mendes Pereira, Gabriel Faustino Santos, Marina Matos Sillmann

Estudos acerca da necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar

ESTUDOS ACERCA DA NECESSIDADE DE DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

STUDIES ON THE NEED FOR DEFENSE TECHNICAL IN ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCEEDINGS

Bárbara Cintra¹

Camilla Martins Mendes Pereira²

Gabriel Faustino Santos³

Marina Carneiro Matos Sillmann⁴

Resumo: O tema do presente trabalho diz respeito à necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar. Assim, o debate sobre o assunto deve ser analisado à luz do atual paradigma do direito administrativo pátrio e da concepção de processo administrativo como garantia fundamental do cidadão no Estado Democrático de Direito, uma vez que reside no caráter punitivo o imperativo da existência de defesa técnica nesses processos.

Palavras-chave: Processo Administrativo Disciplinar; Defesa Técnica

Abstract: The theme of this work concerns the need for technical defense in administrative disciplinary proceedings. Thus, the debate on the matter should be considered in the light of the current paradigm of administrative law and the concept of parental administrative process as a fundamental guarantee of the citizen in a democratic state, since it lies in the imperative punitive technical defense of the existence of these processes.

Key Words: Administrative Disciplinary Procedure; Technical Defense

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho diz respeito à defesa técnica no processo administrativo sancionador. Para tanto, é necessário, mesmo que sucintamente, introduzir algumas noções

¹ Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia <barbaracindra@hotmail.com>

² Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia
<camillamendespereira@hotmail.com>

³ Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia <gabriel.faustino17@gmail.com>

⁴ Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia <marinasillmann@hotmail.com>

acerca do próprio processo administrativo, de modo que possa existir uma base sobre a qual será desenvolvido o raciocínio pertinente.

O processo administrativo nada mais é que o meio pelo qual a Administração Pública, no exercício de suas funções legais, utiliza-se para a realização e viabilização de seus atos na esfera da vida dos administradores e administrados. É, na realidade, o “instrumento” hábil para a justa e correta concretização dos atos administrativos, emanados de autoridade pública competente e capaz de tais atos.

Entretanto, uma análise mais detalhada se faz necessária, de modo que inclusive se possa focar no sentido do processo administrativo como um direito individual fundamental do cidadão. Serão também demonstrados todos os aspectos que se relacionam com a aplicação de princípios fundamentais e a defesa técnica como proteção ao acusado em processo administrativo disciplinar.

1 A Processualidade e o Processo Administrativo como Direito Fundamental

A noção de processo administrativo envolve inúmeras facetas que podem ser abordadas sob diferentes prismas e ideias, que inclusive se comunicam a práticas ou significados não-jurídicos. Assim, cumpre iniciar esse estudo ao identificar e conceituar o termo “processo”, que, nas palavras de De Plácido e Silva (2009, p. 1096), “exprime, propriamente, a ordem ou a sequência das coisas, para que cada uma delas venha a seu devido tempo, dirigindo, assim, a evolução a ser seguida no procedimento, até que se cumpra sua finalidade”.

Mal dos juristas em geral, muitas vezes nos esquecemos que determinado termo possui correspondência e guarda relações com todas as outras áreas do conhecimento, assim como com a própria vida do ser humano, indo muito além da noção jurídica.

Destarte, processo não quer dizer nada além da caracterização de um fenômeno dinâmico e direcionado para um determinado fim, ou seja, é o meio procedimental pelo qual se visa a obtenção de um determinado objetivo ou a conclusão de uma vontade. Desse modo, pode-se concluir pela onipresença do fenômeno processual em nossas vidas, pela simples constatação de que toda a manifestação de vontade humana é precedida por fatos e ações que a possibilitaram e a viabilizaram.

Nesse sentido, assim leciona Egon Bockmann Moreira:

O termo ‘processo’ não é exclusivo da linguagem jurídica, mas noção genérica, que se reporta a atividade dinâmica e finalista: seqüência de atos (autônomos ou conjugados com fatos) que podem ter existência e efeitos específicos, desenvolvida numa sucessão lógica e preestabelecida (ou conhecida), com vistas a determinado fim anteriormente fixado (ou previsível). Assim, o conceito de processo retrata juízo unitário de fenômeno múltiplo. (MOREIRA, 2000, p. 29)

Feita essa análise preliminar, passa-se agora ao estudo do fenômeno da processualidade no universo jurídico, com especial enfoque na noção de “processo como direito individual” do homem.

Primeiramente, é preciso ressaltar que o “processo” não é fato restrito a uma específica área dos Poderes Estatais. Na realidade, se desenvolve com igual naturalidade tanto no que diz respeito ao Poder Judiciário, quanto em relação ao Poder Legislativo e Executivo, isso porque todas as funções estatais constituem metas e objetivos que não podem ser alcançados, senão por determinados meios estabelecidos pela própria lei.

Assim, não poderia ser diferente no tocante aos atos administrativos, que, como atos jurídicos de manifestação de vontade da Administração Pública, ao perseguir o interesse público inerente a determinada situação, estão vinculados à lei e ao princípio da legalidade. Indo além, entendendo-se o processo administrativo como “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 491), é possível concluir que as normas procedimentais compõem o arcabouço normativo de controle da emanção desta vontade da administração pública, estabelecidas e determinadas pela própria lei.

Essa função legal de estabelecer os meios procedimentais de emanção da vontade da Administração Pública constitui-se na garantia dos indivíduos (administrados e administradores) de que o poder público, ao buscar os fins estabelecidos pela lei, só poderá agir pelos modos estabelecidos pela própria lei. Em última instância, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello,

[...] é no *modus procedendi*, é, em suma na escrupulosa adscrição ao *due process of Law*, que residem as garantias dos indivíduos e grupos sociais (...). Em face do Estado contemporâneo – que ampliou seus objetivos e munuiu-se de poderes colossais –, a garantia dos cidadãos não mais reside sobretudo na prévia delimitação das finalidades por ele perseguíveis, mas descansa especialmente na prefixação dos meios, condições e formas a que

se tem de cingir para alcançá-los. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 494)

Conclui o autor nesse mesmo sentido, ao dizer que “a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do *modus procedendi* da Administração”. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 495)

Por fim, para que não restem dúvidas quanto a natureza de direito individual inerente à ideia do Processo Administrativo, nos dizeres de Marcos de Lima Porta,

Pela importância que o Direito lhe reserva, o processo jurídico-estatal constitui uma garantia das pessoas em relação ao exercício do poder político estatal, desenvolvido por esses poderes, e torna mais clara sua atuação. Além disso, não é privativo nem se limita à processualidade judicial.” (PORTA, 2003, p.44)

Com tudo isto em mente, é possível dizer que o processo administrativo figura no rol dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos no sentido de permitir a atuação, a participação e o próprio controle da sequência predefinida dos atos administrativos por esses mesmos indivíduos. Constitui-se garantia fundamental pelo fato de tornar pública a decisão tomada e o procedimento que resultou neste desfecho, bem como por aceitar o controle externo exercido pelos particulares e evitar surpresas indesejadas, como o manejo indiscriminado das normas procedimentais.

Assim, pelo ensinamento de Egon Bockmann Moreira,

[...] a existência e a celebração do processo administrativo fazem parte da busca por um Estado Democrático de Direito. É atividade pela qual o particular contribui com a formação da ‘vontade’ estatal, de forma direta e imediata (MOREIRA, 2000, p. 63).

Vislumbra-se, portanto, mais uma vez, a importância e a “fundamentalidade” do processo administrativo, que não só viabiliza os atos da Administração Pública, como também serve de instrumento para a participação, proteção e garantia dos direitos individuais.

Uma vez feita essa análise, parte-se agora para considerações relevantes quanto aos princípios constitucionais incidentes no processo administrativo em geral, com especial enfoque naqueles que dizem respeito à controvérsia acerca da defesa técnica neste tipo de procedimento.

2 Princípios Constitucionais Do Processo Administrativo

Em sentido amplo, os princípios reitores do processo administrativo são os mesmos que regem o próprio ramo do Direito Administrativo. Sob esse ângulo, há que se falar no princípio do Estado Democrático de Direito, o qual constitui a essência da República Federativa do Brasil, conforme se extrai do texto constitucional, em seu artigo 1º, *caput*.

Tal princípio diz respeito à organização do Estado nacional, no sentido de que toda e qualquer decisão estatal deverá ser embasada, mesmo que indiretamente, pela vontade popular da maioria dos cidadãos, ou seja, trata da adoção da forma democrática de governo, pela qual a força do povo é a única força capaz de mover a máquina e o aparelhamento estatal organizado.

Em relação ao processo administrativo, especificamente, o princípio do Estado Democrático de Direito teria dupla incidência: primeiramente no sentido de possibilitar a participação popular no momento de formulação das decisões administrativas, e em segundo lugar no que diz respeito à legitimação destas decisões.

Além desse, há o princípio da legalidade, que significa, nas palavras de Egon Bockmann Moreira,

[...] que a Administração está circunscrita a cumprir, com exatidão e excelência, os preceitos normativos de direito positivo. A norma legal outorga competência específica ao agente público e define os parâmetros de sua conduta. Todo o plexo de competências administrativas do Estado deve vir preestabelecido em lei (MOREIRA, p.75-76).

Sem mais delongas, não se pode esquecer o princípio da isonomia, que constitui verdadeira consequência lógica, oriunda da ideia de republicanismo inerente em nosso Estado. Assim, todos são iguais perante a lei, ou pelo menos todos são tratados isonomicamente pela lei, o que importa dizer que haverá tratamento desigual para aqueles que se encontrarem em posição de desigualdade.

Como no Direito Administrativo as noções de desigualdade e de supremacia estão implícitas em sua própria natureza, o princípio da isonomia alçou posição de elevada importância, na medida em que a Administração deve assegurar a distribuição igualitária de tratamentos para todos os cidadãos.

Mais um princípio geral do processo administrativo, o princípio da moralidade retrata a necessidade de haver entre os operadores dos atos administrativos o mínimo de decência e consciência acerca do correto uso da máquina pública. Agir moralmente é agir de modo impessoal, baseado na boa-fé, razões pelas quais se pode invocar também os princípios referentes a esses valores, de modo a orientar a atuação dos administradores e administrados para o melhor e mais justo resultado possível.

É possível citar inúmeros outros princípios, como a publicidade dos atos administrativos e a eficiência, mas para não fugir da análise do tema pertinente a este trabalho e devido à impossibilidade prática de desvendar estes princípios em todas as suas características e razões, passa-se agora para o estudo daqueles princípios que realmente se comunicam com a defesa técnica no processo administrativo sancionador. São estes: devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Chamados por parte da doutrina nacional de princípios *strictu sensu*, estes cânones procedimentais dizem respeito a regras especiais que devem ditar o procedimento utilizado pela Administração Pública, a fim de externar sua vontade. Desse modo, o mais importante e amplo desses princípios é o devido processo legal, uma vez que trata do respeito a todas as regras impostas pela lei, no sentido de possibilitar sua correta aplicação e o desenvolvimento justo e razoável do processo.

Originado da máxima de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inc. LIV, Constituição da República Federativa do Brasil), o princípio, também chamado *due process of law*, representa verdadeira garantia do indivíduo contra os arbítrios do Estado, na medida em que só será cerceado de algum direito uma vez esgotado o processo e reconhecida sua responsabilidade, após amplas possibilidades de defesa e resistência à pretensão punitiva.

Nas palavras do ilustre processualista Néelson Nery Júnior,

[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies” (JÚNIOR, 2002, p.32).

A influência deste princípio no processo administrativo é evidente; em relação ao processo administrativo sancionador, é óbvia. Levando-se em consideração que esta última espécie de procedimento administrativo visa, em última análise, a aplicação de uma sanção

administrativa a determinada pessoa, fica claro que é indispensável o respeito ao princípio do devido processo legal, no sentido de permitir ao indiciado a possibilidade de se defender.

No tocante ao princípio do contraditório, quer este dizer que o processo administrativo deve se desenvolver com a ampla participação das partes envolvidas, que deverão ser sempre ouvidas ou cientificadas dos atos da parte contrária. Não significa nada além do direito do administrado de realmente influenciar a decisão a ser proferida, restando absorvido pelo princípio já analisado do devido processo legal.

Nas palavras do grande mestre Egon Bockmann Moreira,

[...] o princípio do contraditório confere ao processo administrativo a característica de uma atividade dialética que exige o estabelecimento de premissas claras fixadas logo quando de sua instauração (de impossível modificação unilateral posterior), com plena compreensão quanto ao sentido e alcance das palavras, textos legais e as conseqüências de uma eventual imputação, instruído e irradiado por um espírito de abertura e possibilidade de acolhida dos argumentos alheios. (MOREIRA, 2000, p. 276-277)

Mais uma vez, é possível vislumbrar este princípio como uma garantia do indivíduo contra os arbítrios do agente público que move o processo, uma vez que torna necessária a participação da parte e a conseqüente intervenção em todas as questões procedimentais que lhe diga respeito. É, em última instância, verdadeiro instrumento de participação e controle popular dos atos da Administração Pública, e meio que, por excelência garante o exercício da cidadania.

Por fim, é preciso lembrar-se do também fundamental princípio da ampla defesa. Apesar de todas as controvérsias que persistiram na seara jurídico-doutrinária, hoje o princípio da ampla defesa deve ser aplicado em sua extensão máxima, ou seja, trata-se de princípio constitucional ilimitado que alcança todo e qualquer procedimento no qual haja conflito de interesses.

Doravante, previsto no próprio texto constitucional pátrio, tal princípio representa, assim como os demais anteriormente analisados, verdadeira garantia de desenvolvimento ótimo do processo, que deve se desenrolar no sentido de consagrar a justiça da decisão e sua segurança jurídica. Vai além, ao permitir o controle dos atos estatais pelos particulares, viabilizado pela efetiva participação das partes no processo, que produzirão todas as razões de defesa pertinentes.

Derivada da discussão que ronda este princípio, a questão (tema principal deste trabalho acadêmico) da defesa técnica no processo administrativo sancionador é extremamente controversa. Não mais se questiona a eficácia e a aplicação da ampla defesa, que deve obrigatoriamente ser respeitada em todo tipo de procedimento; entretanto, há ferrenha divergência doutrinária no sentido de que, em razão da ampla defesa, seria necessária também que o acusado no processo administrativo gozasse da defesa técnica, promovida por profissional competente, autorizado e habilitado para tanto.

Embasado nesta discussão, travada inclusive pelos mais superiores órgãos do Poder Judiciário brasileiro, é que se desenvolverá este artigo, que pretende elucidar a questão, promovendo paralelos com outras áreas jurídicas.

3 Direito Administrativo Punitivo e Processo Sancionador

O imperativo da Administração Pública de aplicar sanções decorre da necessidade de coibir comportamentos indesejáveis, regulamentando assim, o padrão de condutas humanas, com a finalidade primordial de permitir um convívio social adequado. Sendo que, para tanto e em razão da função que desempenha essa possui certas prerrogativas, que devem ser utilizadas exclusivamente para atender ao interesse público específico posto na norma de competência.

Sendo assim, a Administração Pública possui como uma de suas prerrogativas o poder extroverso ou poder de império, que lhe permite intervir no âmbito do particular exigindo desse um determinado comportamento, de modo a fazer cumprir a sua vontade direta ou indiretamente, sem ter que recorrer ao Poder Judiciário para tal. Como exemplo daquele poder, tem-se o poder de polícia que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 829) “refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e propriedade dos cidadãos”.

Entretanto, há de se ressaltar que a administração não só possui o direito, mas o dever de sancionar, pois se trata de ato vinculado. Uma vez praticada uma infração administrativa, a autoridade competente não pode escusar-se de aplicá-la, salvo nos casos em que a própria ordem jurídica o permitir, como por exemplo, quando se trata de uma hipótese de cabimento do princípio da insignificância. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 871).

Desta forma, o Direito Administrativo Punitivo apresenta características próprias, sem se distanciar completamente da sistemática da Administração Pública. E no que diz respeito ao direito processual administrativo punitivo tem-se analogamente suas peculiaridades, sendo regido por princípios específicos. De fato, o processo administrativo sancionador vem no sentido de afiançar as premissas inerentes ao Direito Administrativo Sancionador.

Nesse contexto, o processo administrativo sancionador ou punitivo pode ser compreendido como uma série concatenada de atos, os quais devem anteceder, obrigatoriamente, a sanção administrativa. Resulta em uma obrigação, posto que, é garantia constitucional fundamental (art. 5º, inc. LIV, CF/88) a existência do devido processo legal, para que possa a Administração Pública aplicar sanções intervindo na esfera individual dos administrados.

Há de se observar que, o processo administrativo sancionador é um tipo de processo restritivo, o qual pode ser instaurado no âmbito interno da Administração, bem como externamente, nas relações dessa com os administrados. Nele o devido processo legal deve ser observado em sua plenitude, sob pena de nulidade.

O objetivo do processo punitivo é garantir aos administrados a possibilidade ser ouvido antes que qualquer decisão seja proferida, assegurando que a decisão administrativa seja condizente com os preceitos legais do contraditório e da ampla defesa. De forma que, busca-se verificar o indício de autoria e materialidade da infração e caso sejam confirmadas aplica-se as sanções correspondentes, pautadas nos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Destarte, essas são as diretrizes principais do dever de sancionar da Administração e os preceitos principais do processo punitivo, o qual não se aprofundará no presente trabalho, pelo fato de que o processo sancionador é um tema extremamente amplo, de modo que, preferiu-se tratar mais especificadamente sobre a questão da necessidade de defesa técnica no processo disciplinar, que é espécie do qual processo sancionador é gênero.

Além disso, a grande divergência jurisprudencial e doutrinária se deu principalmente com relação ao processo disciplinar, do que com outras espécies de processo sancionador ou até mesmo administrativo, como se verifica com a edição da Súmula n. 343 do STJ e da Súmula vinculante n. 5 do STF, que apresentam conteúdos desarmônicos em relação ao tema em debate.

4 Processo Administrativo Disciplinar

Inicialmente, é imprescindível definir o que é processo administrativo disciplinar, suas fases e hipóteses de cabimento, bem como as possíveis sanções a serem aplicadas. Para tanto, é necessário recorrer à letra da lei, importante fonte do Direito. No caso em questão, o diploma utilizado é a Lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos das autarquias e das fundações públicas federais.

O processo disciplinar provém do poder disciplinar que a Administração exerce em relação aos seus agentes que pratiquem as chamadas infrações funcionais. Entrementes, o poder disciplinar só pode ser desempenhado por meio da realização prévia de um processo administrativo. O art. 148 dessa lei conceitua processo disciplinar como sendo “o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”. Pelo conceito legal percebe-se que não se objetiva a averiguação de crimes tipificados no Código Penal, visa-se apenas o ilícito administrativo, sem prejuízo das devidas sanções que possam vir a ocorrer em outras esferas jurídicas.

Outro conceito importante para melhor compreensão do tema é sobre quem pode ser considerado servidor público. Para efeitos da Lei 8.112/90 esse é a pessoa legalmente invertida em cargo público (art. 2º), que em razão de sua função apresenta responsabilidades, e uma vez que sejam desrespeitadas, podem vir a responder civil, penal e administrativamente pelos atos irregulares que praticarem. Nesse sentido, pode sofrer na esfera administrativa as seguintes sanções: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; destituição de função comissionada (art. 127, Lei 8.112/90).

No que diz respeito às fases processuais em que se desenvolve o processo o art. 151 da Lei 8.112/90 as especifica em: instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; e julgamento, devendo ser observado em todas elas o contraditório e a ampla defesa. Em face desses princípios e especificamente da ampla defesa, deve-se assegurar um outro, qual seja, o princípio da presunção de inocência. Nesse sentido Romeu Felipe Barcellar Filho leciona:

Em face deste princípio, as medidas coercitivas, porventura tomadas no curso do processo administrativo disciplinar, deverão ser consideradas “cautelares”, delas não poderão decorrer efeitos definitivos, decidias sempre

de acordo com o princípio da necessidade. De outro lado, o princípio exige que a autoridade instauradora do processo e a comissão Responsável pela instauração e indicação do servidor acusado exercitem sua competência dentro da idéia de “opinião” (segundo a linguagem de FOSCHINI), vedando-se qualquer ato que importe prejulgamento ou, melhor, faça às vezes de julgamento. As peças de acusação deverão comportar-se como peças presuntivas e não afirmativas de culpabilidade. (BARCELLAR FILHO, 1998, p. 271-272)

Pode existir, quando necessário, uma fase preliminar ao processo, denominada sindicância. Ela ocorre antes da instauração do processo, quando não houver indícios de autoria e materialidade suficientes para a formação daquele, ou simplesmente dá-se nos casos em que esse não é necessário, sendo suficiente a mera abertura da sindicância. O seu objetivo é verificar possíveis ocorrências anômalas no serviço público, mas não interfere na eficácia do processo disciplinar caso essa não seja realizada.

Ao final do processo administrativo disciplinar, uma vez apurada a infração cometida pelo servidor e verificada a sua autoria deve-se obviamente aplicar uma sanção administrativa correspondente. Assim sendo, vale lembrar que a autoridade competente pode discricionariamente eleger qual a melhor hipótese a ser aplicada ao servidor infrator. Contudo, apesar da discricionariedade na escolha da sanção, não significa dizer que do mesmo modo também seja em relação ao dever de punir, que é vinculado (art. 143).

Na verdade a escolha da sanção adequada deve ser pautada nos intervenientes da razoabilidade e proporcionalidade, realizando-se uma ponderação entre a gravidade da conduta praticada, os danos advindos dessa conduta e as possíveis atenuantes e agravantes que concorreram para a atitude do agente. Além disso, é importante averiguar se a sanção imposta é a que melhor resultará eficaz para o caso concreto, no sentido de punir o agente e desestimular práticas futuras semelhantes.

Não basta que o agente pratique uma conduta proibida prevista em lei para que ele seja condenado. A Constituição da República assegura a todos o direito ao contraditório e à ampla defesa. Dessa forma, a lei 9.784 de 29 de Janeiro de 1999 prevê como deve ser o processo administrativo para impor a sanção administrativa. E, “embora a lei federal 9.784/99 não tenha previsto um capítulo mais extenso para as sanções administrativas, ela prescreve normas cruciais para o atendimento ao devido processo legal na sua expedição” (FRANÇA, 2011, p. 269).

O Processo Administrativo Disciplinar decorre da máxima de que não só os particulares estão sujeitos às sanções administrativas. Os agentes estatais também respondem por desvios de finalidade. Alguns ousam dizer serem as violações de tais agentes piores que as violações dos particulares, já que agem tutelando interesses da sociedade, e não os próprios interesses. Assim, Edson Jacinto da Silva nos ensina que infração disciplinar é:

[...] todo ato ou omissão de parte do funcionário no desempenho do cargo ou função, ou fora dele, que comprometa a dignidade ou o decoro da função pública, fira a disciplina e a hierarquia, prejudique a eficiência do serviço ou cause dano à administração. Violação dos deveres e proibições do estatuto dos funcionários públicos”. (SILVA, 2004, p. 74)

Em qualquer caso o processo é imprescindível para provar a culpa do agente e para impedir que ele não cumpra a finalidade a que está sujeito. Durante os procedimentos, os julgadores terão a oportunidade de conhecer as provas e ouvirem a versão do autor e de quem está acusando-lhe. Vários são os fatores que influenciam na condenação ou não do acusado. Na hipótese de infração da norma, deve-se observar “a razoabilidade, em face da falta cometida, da inteligência dada ao conceito impreciso pelo administrador; a adequação entre tal inteligência e a punição imputada” (LIMA DE CARVALHO, 2005/2006, p. 990).

5 Reflexo do Atual Paradigma Acerca do Processo Administrativo: A Defesa Técnica no Processo Disciplinar

Feitas tais considerações, passa-se agora à abordagem dos reflexos do atual paradigma que cerca o Processo Administrativo como um direito fundamental da pessoa humana. De fato, após esclarecer sua função precípua, inclusive quanto a suas manifestações mais específicas, cumpre trazer à tona a mais atual discussão que ronda o Processo Administrativo Disciplinar, como espécie do Processo Sancionador, originada da evolução perceptiva da teoria dos direitos humanos, rumo à sua efetivação em todos os âmbitos e extensões do Direito.

A despeito da polêmica acerca da necessidade ou não da defesa técnica na modalidade de Processo Administrativo Disciplinar, a qual arrebatou todo o universo jurídico-administrativo a lutas apaixonadas e defesas aguerridas de quaisquer das opiniões antagônicas, e que inclusive dividiu em posições contrárias as mais altas cortes jurisdicionais do país, vem este artigo científico defender sua obrigatoriedade e observação em todos os

procedimento disciplinares, como modo de viabilizar e efetivar a tutela dos direitos humanos proposta pelos princípios norteadores do Processo Administrativo, no sentido de evitar injustiças e abusos ao final do processo disciplinar. Por tudo o que já foi exposto e considerado por este trabalho, outra conclusão não seria possível, tendo-se em mente a necessidade sempre premente de resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana em todas as suas dimensões e aspirações.

Inicialmente, numa análise ainda que sucinta, a defesa técnica pode ser compreendida como instituto geral e aplicável a todas as demais modalidades processuais (civil e penal, principalmente). Nesse sentido, sua denominação não poderia ser mais elucidativa, na medida em que refere-se, em termos bastante gerais, àquela defesa perpetrada por *expert* jurídico, destinada à tutela dos interesses do representado em um determinado processo de composição de litígios.

Entretanto, uma análise mais detalhada a respeito da defesa técnica torna-se imperiosa, a fim de compreender sua natureza de instituto indispensável para a efetivação do Processo Administrativo como um direito fundamental.

7 Defesa Técnica

Após todas as considerações feitas a cerca das generalidades do processo administrativo, e em especial, do processo administrativo disciplinar, é possível adentrar ao mérito em si da questão proposta. A controvérsia central gira em torno da necessidade ou da desnecessidade de defesa técnica em processo administrativo que possa acarretar algum tipo de punição ao agente público que tiver cometido uma infração.

Em primeiro lugar cabe ressaltar que a expressão defesa técnica será aqui utilizada para se referir à levada a cabo por profissional devidamente habilitado para tanto, ou seja, por advogado. A defesa técnica é um dos institutos concretizadores do princípio da ampla defesa, já tão debatido ao longo da exposição.

A outra espécie é a autodefesa, aquela promovida pelo próprio acusado, dentro da qual se inserem dois direitos: o de presença, por meio do qual o acusado pode acompanhar pessoalmente a produção de provas, por exemplo, e o de audiência, que concede ao acusado a possibilidade de entrar em contato com a autoridade que deve julgar o seu caso e ser ouvido, expondo a sua versão dos fatos (BACELLAR FILHO, 1998, p. 279).

Foi com o advento da Constituição de 1988 que a advocacia alcançou extrema importância no cenário jurídico brasileiro. Nos termos do art. 133 da nossa atual Carta Magna, “o advogado é indispensável à administração da justiça”. Isso quer dizer que a sua presença será, via de regra, obrigatória para que seja possível alcançar os objetivos de um Estado Democrático de Direito e efetivar os direitos fundamentais.

É bastante clara a definição, fornecida por Irene Patrícia Nohara, do profissional que tem o encargo público de contribuir na construção de uma ordem jurídica justa:

Advogado é o bacharel em Direito, ou seja, aquele que concluiu curso superior em Ciências Jurídicas, em estabelecimento oficial ou reconhecido, aprovado no Exame da Ordem, conforme exigência contida no art. 8º, IV, do Estatuto da Advocacia, e inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). (NOHARA; MARRARA, 2009, p. 79)

Embora o inciso LV do art. 5º da CF/88 garanta a defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes, ele não obriga a contratação de um advogado para esse fim. Basta fazer uma breve incursão pela legislação infraconstitucional para perceber que nem todas as situações controvertidas do mundo real ou ainda aquelas que poderiam de alguma maneira afetar a esfera jurídica dos indivíduos necessitam dos serviços desse profissional para serem resolvidas.

A afirmação anterior apenas prova que o ordenamento pátrio não aboliu completamente o chamado *jus postulandi* conferido a qualquer cidadão. A expressão latina significa, literalmente, capacidade de postular, postular perante órgão do Poder Judiciário, requerendo a prática de atos que impulsionem o processo.

Como dito anteriormente, essa capacidade é privativa do advogado (art. 1º, Lei 8.906/94), entretanto, comporta exceções. O cidadão poderá exercê-la pessoalmente para:

[...] ajuizar reclamação trabalhista (art. 791, Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT), impetrar Habeas Corpus (art. 654, Código de Processo Penal - CPP) [hipótese] corroborada por disposição do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), ajuizar Revisão Criminal (art. 623, CPP), além de postular nos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/95, art. 9º e art. 10 da Lei nº 10.259/2001), quando as causas não ultrapassem certos valores de suas respectivas alçadas [20 e 60 salários mínimos, respectivamente]. (MOTA JUNIOR, 2011)

A privacidade do exercício da capacidade postulatória decorre do nível de complexidade normalmente insito às questões jurídicas demandando certo conhecimento

técnico aprofundado para que elas se solucionem da melhor maneira possível. Por óbvio é mais fácil encontrar esse conhecimento naqueles que estudaram e se formaram em Direito, mas nada impede que os cidadãos em geral também o construam. Além disso, nem todas as questões jurídicas são tão complexas assim, a ponto de serem insolúveis sem os serviços de um profissional da área.

8 (Des) Necessidade de Defesa Técnica no Processo Administrativo Disciplinar

Nesse contexto é que entra a discussão sobre a defesa técnica no processo administrativo disciplinar. De acordo com o art. 3º, IV, da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99), a assistência por advogado é um direito do administrado, que a utilizará apenas se quiser. A obrigatoriedade só existirá quando nos casos em que a lei determinar.

A maior parte dos processos administrativos abrangidos pela LPA [Lei 9.784/99] decorrem genericamente do direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou abuso de poder, previsto no art. 5º, XXXIV, *a*, da CF, e não demandam as mesmas formalidades do processo jurisdicional, pois no âmbito administrativo vigora o princípio do informalismo (ou do formalismo moderado) [...]. (NOHARA; MARRARA, 2009, p. 77)

Cabe considerar também o art. 156, *caput*, da Lei 8.112/90 que “atribui ao servidor o *direito* de acompanhar o processo, pessoalmente *ou por intermédio de procurador*”. (CAVALCANTE FILHO, 2008/2009, p. 147, grifo do autor)

Ocorre que o processo administrativo em foco não é marcado pela mera postulação, mas pelo caráter punitivo que ostenta. O agente público acusado do cometimento de uma falta disciplinar está sujeito a sofrer uma sanção que vai desde uma simples advertência até a perda do cargo que ocupa (art. 127, Lei 8.112/90), o que será determinado pela gravidade da falta auferida pelo princípio da proporcionalidade.

Por essa mesma razão, dada a gravidade oriunda da natureza do processo disciplinar, é que não se pode cogitar da possibilidade de o servidor público não ser assistido por profissional competente e conhecedor das regras e trâmites legais. Admitir o contrário constituiria em verdadeiro atentado aos direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico-constitucional pátrio.

A necessidade da defesa técnica resvala na garantia do devido processo legal nos moldes mais justos e razoáveis para aqueles que respondem por uma infração disciplinar, de modo que de modo algum pode sofrer qualquer tipo de restrição ou inobservância.

Os próximos tópicos tratarão especificamente das Súmulas n. 343 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal (STF), já mencionadas e sobre as quais paira a grande polêmica doutrinária e jurisprudencial sobre a defesa técnica.

9.1 Súmula n. 343 do STJ

Em 2007, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), editou a Súmula n. 343 propugnando pela obrigatoriedade de defesa técnica em processos que possam resultar em punições para o acusado por meio da seguinte redação: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

A intenção do Egrégio Tribunal era dar fiel cumprimento aos postulados constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

É a moderna tendência da *jurisdicionalização do poder disciplinar*, que impõe condutas formais e obrigatórias para a garantia dos acusados contra os arbítrios da administração, assegurando-lhes não só a oportunidade de defesa como a observância do rito legalmente estabelecido para o processo. (SILVA, 2004, p. 111, grifo do autor)

A súmula em comento se baseou na profundidade com que as sanções, resultado da apuração de falta por meio de processo administrativo disciplinar, podem atingir a esfera jurídica do agente público.

Ponderação interessante é a feita Marco Antonio Praxedes Moraes Filho:

A fim de seguir à risca o entendimento trazido pelo Superior Tribunal de Justiça, deveria a Administração Pública nomear obrigatoriamente um defensor dativo ou um defensor público nas hipóteses em que o particular estivesse sendo alvo de um processo administrativo disciplinar e não existisse um advogado constituído nos autos, sob pena de nulidade do procedimento sancionador. (MORAES FILHO, 2011, p. 165)

Segundo NOHARA e MARRARA (2009, p. 80), nos termos do art. 164, § 2º, da Lei 8.112/90, o defensor nomeado, em casos de revelia do servidor indiciado, não precisa ser necessariamente advogado, bastando ocupar cargo de mesmo nível ou superior ou ter escolaridade igual ou superior ao acusado.

Essa determinação legal, entretanto, apesar de ser corroborada pela Súmula n. 343, já que esta tem como um de seus fundamentos o próprio art. 164, não parece ser das mais acertadas. Se o defensor do acusado também for um servidor significa que ele é hierarquicamente inferior à autoridade competente para instaurar o processo administrativo, o que pode prejudicar a sua capacidade de defesa.

9.2 Súmula vinculante n. 5 do STF

A Súmula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal (STF), editada um ano depois, por sua vez, contraria a Súmula n. 343 ao enunciar que: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

A verdadeira motivação da nossa Suprema Corte ao editar tal enunciado foi evitar “uma corrida processual [de centenas de pessoas] ao Poder Judiciário”, nas palavras de MORAES FILHO (2011, p. 165), com intuito de “tentar anular [,tendo por base a Súmula do STJ,] punições disciplinares eventualmente sofridas sem a assistência de advogado” (CAVALCANTE FILHO, 2008/2009, p. 149).

Preferiu-se prestigiar a segurança jurídica em detrimento do pleno emprego dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa em procedimentos desse tipo, o que pode ser considerado bem mais grave do que a “simples não observância de regras constitucionais isoladas.” (MORAES FILHO, 2011, p. 174)

A edição da súmula derivou do julgamento do RE nº 434.059/DF, em que a União e o INSS recorriam da decisão do STJ que anulava, sob o fundamento de que seria obrigatória a presença de advogado no processo disciplinar, a demissão imposta a uma servidora daquela autarquia. (CAVALCANTE FILHO, 2008/2009, p. 148)

A decisão de dar provimento ao RE impetrado, e por conseguinte, de reformar a decisão impugnada para manter a demissão da recorrida, foi unânime e seguiu o voto do relator, Min. Gilmar Mendes, então presidente da Corte.

Como se pode constatar da leitura do acórdão, os ministros tiveram uma pequena discussão se havia ou não precedentes anteriores em quantidade suficiente para a edição de Súmula com efeitos vinculantes. Isso porque a existência de reiteradas decisões sobre o mesmo assunto é um dos requisitos formais exigidos pela CF/88 (art. 103-A, inserido pela Emenda Constitucional n. 45/04) para a elaboração desses enunciados.

Apenas para constar, transcreve-se os precedentes encontrados pelos ministros:

EMENTA: A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado. (AI 207197 AgR, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 24/03/1998, DJ 05-06-1998 PP-00006 EMENT VOL-01913-03 PP-00620)

EMENTA: Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória. (RE 244027 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 28-06-2002 PP-00123 EMENT VOL-02075-06 PP-01289).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. I. - 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. II. - Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Aplicação subsidiária do disposto no art. 236, CPC. Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial. III. - Mandado de Segurança indeferido. (MS 24961, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2004, DJ 04-03-2005 PP-00012 EMENT VOL-02182-02 PP-00332 RT v. 94, n. 836, 2005, p. 96-103 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 217-232 RTJ VOL-00193-01 PP-00347)

Não é difícil perceber que a quantidade de precedentes utilizados não pode ser considerada razoável para se editar uma Súmula que terá efeito *erga omnes* e caráter

vinculativo de todas as instâncias, obrigando-as a decidir conforme seu conteúdo. Essa, aliás, é uma das críticas feitas por MORAES FILHO (2011, p. 175) ao entendimento sumulado pelo STF. A outra crítica está justamente no que ele chamou de “judicialidade da decisão” (MORAES FILHO, 2011, p. 179). Para o autor o fundamento, já esposado, da posição adotada é meramente político e deixa a desejar no aspecto jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo administrativo é o meio pelo qual a Administração Pública concretiza seus atos administrativos, emanados de autoridade competente para tanto. É considerado como uma das mais importantes manifestações dos direitos fundamentais do cidadão, na medida em que representa e viabiliza o controle e a participação popular nos atos praticados pela Administração Pública no âmbito do processo administrativo; por essa mesma razão, está envolto por princípios, em especial o do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Ao focar o processo administrativo sancionador disciplinar, tem-se que este é o meio pelo qual a Administração Pública averigua a ocorrência de infração e aplica determinada sanção administrativa ao servidor transgressor em exercício de sua função, ou seja, para que haja uma punição no âmbito administrativo é imprescindível que sejam observadas as regras procedimentais, inclusive com respeito a todos aqueles princípios supracitados, os quais aqui assumem posição de maior relevância, dada a gravidade do processo disciplinar.

No tocante ao princípio da ampla defesa, conclui-se que uma de suas faces é a defesa técnica, ou seja, aquela feita por profissional devidamente habilitado ou, em outros termos, o advogado legalmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). No estudo referente a tal instituto, tem-se que sua origem deriva-se da alta complexidade das demandas em geral, as quais exigem conhecimento e domínio das questões legais para promover defesa razoável e idônea, nos termos do processo. Deriva-se, necessário salientar, da máxima de que a ninguém é imposta a obrigação de dominar os trâmites muitas vezes obscuros e obtusos da lei processual; decorre do fato de que o Direito não é disciplina obrigatória em nossas escolas de educação básica, razão que inviabiliza a autodefesa de um servidor público, não iniciado nos conhecimentos jurídicos.

O advogado não é apenas conhecedor da letra fria da lei, mas sim de sua interpretação e aplicação na esfera prática. A tarefa do advogado não é simplesmente decorar os códigos, é

saber interpretá-los, do contrário não haveria a necessidade de estudar, graduar-se em direito e ser aprovado na prova da OAB; bastaria ser alfabetizado.

O processo administrativo sancionador é marcado pela possibilidade de punição do agente público. Esta punição é gradual e vai da mera advertência à perda do cargo ocupado pelo agente público. Este tem o direito a ser assistido por profissional habilitado, a fim de garantir a legalidade do processo e resguardá-lo de eventuais injustiças.

Embora em 2008 o Supremo Tribunal Federal tenha editado a Súmula Vinculante n. 5, enunciando que a ausência de defesa técnica no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição, melhor teria sido se prevalecesse em nosso ordenamento jurídico o entendimento já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2007, o qual dispõe que é obrigatória a presença de advogado no processo administrativo disciplinar.

Entende-se que foi feita pela Corte Suprema uma ponderação de princípios: de um lado o direito à ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal e do outro a segurança jurídica. O Supremo Tribunal Federal, receoso do grande número de processos que poderiam ser instaurados com base na Súmula n. 343 do STJ, visando anular sanções que foram aplicadas através de processos sem defesa técnica, optou pela edição da Súmula Vinculante, para proteger a Administração Pública do caos social que seria instaurado com o retorno de servidores exonerados, pagamentos de vencimentos cortados, instauração de inquéritos administrativos para apurar fatos já apurados, etc.

Tendo em vista a complexidade do processo administrativo disciplinar, a gravidade de suas consequências, e os motivos políticos que levaram o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula Vinculante n. 5, defende-se por este trabalho a obrigatoriedade da presença de advogado em todas as fases deste tipo de processo como efetivação dos já citados princípios constitucionais e das garantias do cidadão.

Nosso posicionamento é pelo cancelamento da Súmula Vinculante n. 5, STF, ou caso não seja este o desejo da Corte Suprema, a alteração da Lei 9.784/99, criando um artigo que torne obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. Max Limonad: São Paulo, 1998.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Processo administrativo sancionador na Lei Federal 9.784/99. In.: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. (Org.). **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GARCIA VITTA, Heraldo. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIMA DE CARVALHO, Juliana Brina Côrrea. Controle Jurisdicional do ato que aplica sanção disciplinar. In.: **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF - IDAF**, Curitiba: Zênite, ano V, n. 59, p. 984-997, junho 2005/2006.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. Súmula vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o sistema processual administrativo punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa. In.: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. (Org.). **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOTA JUNIOR, João Francisco da. A exigência de advogado em processo administrativo disciplinar: a nova súmula 343 do STJ e seus reflexos. In: **Busca Legis, Biblioteca Virtual**, Florianópolis, Santa Catarina, 03/03/11. Disponível em: www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32607-39867-1-PB.pdf. Acesso em: 13 de Nov. 2011.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Presença facultativa de advogado no processo disciplinar: as idas e vindas da jurisprudência e a súmula vinculante nº 5. In.: **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF - IDAF**, Curitiba: Zênite, ano VIII, n. 86, p. 147-150, setembro 2008/2009.

PORTA, Marcos. **Processo administrativo e o devido processo legal**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. 176 p.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade do direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000. 383 p.

OLIVEIRA, Régis. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

SANTOS, Eugenio Paulino Faria. A ampla defesa no processo administrativo disciplinar. In.: **JurisWay**, Belo Horizonte, 31/05/2009. Disponível em: www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1368. Acesso em: 13 nov. 2011.

SILVA, Edson Jacinto da. **Sindicância e processo administrativo disciplinar**. 3. ed. Leme: Habermann, 2004.