

A DESNECESSIDADE DE ADVOGADO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INTERPRETAÇÃO DISSONANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Marcos Vieira Savall¹

1. INTRODUÇÃO

As garantias do contraditório e da ampla defesa, corolários do princípio do devido processo legal, foram consagradas na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LV: **“São assegurados aos litigantes, em processo administrativo ou judicial, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”**.

O Legislador Constituinte estabeleceu expressamente, a fim de não deixar dúvidas, que o referido dispositivo constitucional é aplicável tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos.

Ocorre que sua aplicabilidade não está imune a controvérsias. Nesse sentido, é possível verificar na doutrina e na jurisprudência divergências quanto à forma de incidência das garantias do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo, notadamente nos processos administrativos disciplinares.

Diversas ações judiciais foram aforadas visando a nulificação de processos administrativos disciplinares movidos pela administração pública contra seus servidores, em virtude de entender ter ocorrido vício procedimental por falta de assessoria jurídica de advogado. Por mais das vezes sequer se observa – ou se tenta esquecer, como se não existisse - o fundamento que dá azo a instauração do processo disciplinar, e se busca genericamente a nulidade do procedimento por não ter o servidor faltoso constituído defesa técnica para sua defesa (advogado), o que seria bastante a ofender o art. 5º LV, CF.

É fácil perceber que a questão constitucional discutida ganha sérios contornos de ordem prática, face a ampla e geral repercussão no cenário jurídico e nas relações entre o poder público e seus servidores, que respondem ou responderão a processos administrativos disciplinares, em virtude de faltas funcionais. Daí a importância de estudar mais aprofundadamente o assunto.

¹ Procurador de Estado de Alagoas, em exercício na Assessoria do Gabinete do Procurador-Geral no Distrito Federal

2. PRESENÇA DE ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

Como é cediço, o processo administrativo disciplinar visa apurar e julgar infrações cometidas por agentes públicos. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho: **“processo administrativo-disciplinar é o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplica as sanções adequadas”**.²

Infelizmente, no atual contexto da Administração Pública, são inúmeros processos administrativos disciplinares instaurados diuturnamente contra servidores públicos. Em tais procedimentos administrativos, os servidores são invariavelmente notificados da instauração do processo e convocados para se defenderem. Contudo, em muitos casos, os servidores optam por exercer seu direito de defesa sem a contratação de advogado.

Não obstante tal fato, e em que pese a oportunização da defesa do servidor pela Administração Pública, diversos tribunais locais vinham entendendo que a constituição de advogado era obrigatória, sob pena de nulidade de todo procedimento realizado, seguindo a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O STJ, órgão do poder judiciário responsável pela correta interpretação das normas infraconstitucionais, em setembro de 2007 havia assentado seu entendimento através da edição da Súmula 343, com o seguinte teor: **“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”**.

Ao se reconhecer que no processo administrativo disciplinar seria obrigatória a constituição de advogado, anulando o procedimento em caso de inexistência de causídico constituído pelo servidor faltoso, abriu-se um precedente perigosíssimo na esfera dos procedimentos administrativos disciplinares, com consequências desastrosas à segurança jurídica, notadamente com danosos prejuízos ao poder público em virtude de ter que determinar o reingresso de alguns servidores já excluídos em decorrência de processo administrativo realizado sem advogado, além de se pagar verbas remuneratórias retroativas ou até mesmo indenizações por dano moral.

Mais ainda, caso o servidor faltoso não constituísse advogado – ou por que não queria, ou por uma estratégia de defesa para posteriormente tentar

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 824.

anular o procedimento na via judicial –, a administração pública teria mais um sério ônus: custear um causídico ou destinar membros da Defensoria Pública para o patrocínio da defesa do servidor, mesmo não sendo esse pobre na forma da lei.

Como se vê, o problema da devida interpretação jurídica acerca da norma constitucional em destaque ganhou sérios contornos, notadamente em face da então recém editada Súmula nº. 343 do Superior Tribunal de Justiça.

A dúvida residia em saber se a presença de defesa técnica subscrita por advogado em processo administrativo era, de fato, corolário do contraditório e da ampla defesa positivados no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Ora, o citado dispositivo não fala expressamente sobre tal necessidade, relegando sua interpretação aos Tribunais Superiores, que fixariam qual o real limite da norma constitucional, bem como se o contraditório e a ampla defesa presumiriam a existência de advogado constituído pelo réu no processo administrativo disciplinar.

O Poder Disciplinar é ínsito da Administração Pública. Necessário, eis que visa conduzir a possibilidade de instauração de processo disciplinar e a punição do servidor faltoso. Nesse sentido, a responsabilidade administrativa do servidor público constitui-se num princípio geral do direito administrativo.

A respeito do poder disciplinar da Administração Pública, afirma Odete Medauar: **“O poder disciplinar é atribuído a autoridades administrativas com o objetivo de apurar e punir faltas funcionais, ou seja, condutas contrárias à realização normal das atividades do órgão e irregularidades de diversos tipos. Incide principalmente sobre servidores; mas pode abranger também a conduta de outras pessoas.[...]”**³

Uma vez defronte de um ato considerado faltoso no âmbito disciplinar, a Administração tem o dever de instaurar o devido processo para averiguar a infração do seu servidor. Nesse sentido, leciona o mestre Helly Lopes Meirelles: **“A responsabilidade dos servidores públicos é dever genérico da administração e específico de todo chefe, em relação a seus subordinados. No campo do direito administrativo esse dever de responsabilização foi erigido em obrigação legal, e mais que isso, em crime funcional, quando relegado pelo superior hierárquico, assumindo a forma de condescendência criminosa (CP, art. 320) ”**⁴.

³ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 8ª ed., Editora RT, 2004, p. 136-137.

⁴ MEIRELES, Helly Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 33ª ed., Editora Malheiros, 2007, p. 499.

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência acerca do processo administrativo disciplinar têm evoluído para consagrar o desapego a formalidades não-essenciais como uma das notas características da referida espécie de procedimento.

Com base no clássico e conhecido brocardo francês *pas de nullité sans grief*, verdadeiro princípio geral do direito, vinha se fixando a interpretação de que não se admite declaração de nulidade de processo sem prova cabal de prejuízo ou por problemas meramente formais. O princípio *pas de nullité sans grief* releva que aspectos meramente formais do procedimento disciplinar não são suficientes para anulá-lo, sendo necessário, para tanto, a prova do efetivo prejuízo na defesa do acusado.

O Superior Tribunal de Justiça em reiteradas decisões já sufragava tal tese, entendendo ser o processo administrativo um *iter* regido com menos formalismo que o processo judicial. A exemplo, pode-se citar os casos em que não se considera nula a portaria que relata sucintamente os fatos pelos quais responde o funcionário público, permitindo-lhe defender-se amplamente⁵; ou ainda nos casos em que basta a notificação de policial militar em processo administrativo disciplinar tendente a aplicação de licenciamento *ex officio* a bem da disciplina, desde que suficiente à ciência dos fatos imputados⁶.

O que se pode retirar de tais interpretações jurisprudenciais, é que o processo administrativo não está exatamente na mesma sintonia que o processo judicial criminal ou civil, cujo rigor procedimental exige que seja taxativo o objeto litigioso ofertado na denúncia do Ministério Público ou na petição inicial do autor. O procedimento administrativo, portanto, goza de uma maior maleabilidade e informalismo.

Em abono a tese ora esposada, José dos Santos Carvalho Filho professora: **“O princípio do informalismo significa que, no silêncio da lei ou de atos regulamentares, não há para o administrador a obrigação de adotar excessivo rigor na tramitação dos processos administrativos, tal como ocorre, por exemplo, nos processos judiciais. Ao administrador caberá seguir um procedimento que seja adequado ao objeto específico a que se destina o processo”**.⁷

⁵ Superior Tribunal de Justiça. Processo ROMS 9532/RO; ROMS 4504 / ES.

⁶ Superior Tribunal de Justiça. Processo RMS 17881.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 859.

No processo administrativo disciplinar, portanto, caso o servidor faltoso venha a tomar ciência indelével da imputação contra si atribuída em processo disciplinar, e mesmo instado a apresentar sua defesa optar pela não contratação de advogado para representá-lo tecnicamente, as conseqüências dessa escolha serão atribuídas somente a si, não contaminando todo o processo administrativo.

De fato, o contraditório e a ampla defesa consistem em assegurar ao servidor as necessárias condições de rebater as acusações contra si imputadas. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: **“Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário”**.⁸

No processo civil, a apresentação da defesa é uma das opções que a parte tem ao saber que contra si fora movida uma ação judicial. A parte tem a faculdade de, querendo, defender-se, ou até mesmo reconhecer a procedência do pedido do seu *ex adverso*. A boa doutrina do mestre Luiz Rodrigues Wanbiernão deixa rastro para discussão: **“O réu não está obrigado a se defender, pois a defesa não é nem uma obrigação, nem um dever. Ao tomar conhecimento da demanda contra si proposta, pode o réu exercer o direito de defesa”**.⁹

Se a contratação de advogado é faculdade da parte no processo judicial, também o é ainda mais no processo administrativo. A obrigação exigida pelo Código de Processo Civil é que haja a devida citação inicial, não que haja defesa técnica, ou que haja qualquer defesa.

A inércia na apresentação da defesa, ou até mesmo o reconhecimento da pretensão, não ensejam necessariamente a nulidade no processo civil.

A simples lógica do processo civil coloca em questionamento a necessidade da figura do advogado no processo administrativo, por que se fosse corolário do Art. 5º LV, CF/88 tal presença, nunca haveria a possibilidade de se aplicar a revelia ou a confissão, ambas no processo civil brasileiro. Tal dispositivo Magno determina que sejam oportunizados o contraditório e a ampla defesa, não determinando a apresentação obrigatória de defesa técnica subscrita por advogado.

⁸ Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. HC nº. 68.020-9/SP, Min. Rel. Celso de Melo, DJ 28/8/1992.

⁹WANBIER, Luiz Rodrigues. **Teoria Geral do Processo e Processo De Conhecimento**, vol.1, 5 ed., Editora RT, 2002, p. 358

A não contratação de advogado, portanto, quer seja na esfera administrativa quer seja na esfera judicial, por si só, não deveria ser entendida como violação ao princípio da ampla defesa ou do contraditório, eis que não ensejaria ofensa ao art. 5º, LV, da Carta Magna.

No entanto, como já mencionado, não foi essa a orientação contida na Súmula 343 do STJ, nascida em 2007, para o processo administrativo disciplinar. Pela citada súmula, não bastava apenas a cientificação do servidor faltoso acerca dos fatos e a oportunização de apresentação de sua defesa. Necessário seria a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar, sob pena de nulidade.

O Supremo Tribunal Federal, órgão judiciário responsável pela interpretação correta e uniforme das normas constitucionais, já havia firmado, por diversas vezes, o entendimento de que no âmbito administrativo a ausência de defesa técnica (advogado) não induziria a ofensa a tal norma constitucional principiológica. Senão vejamos: **“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.”**¹⁰ **“Agravamento 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.”**¹¹

Denota-se que pela tese sempre firmada pelo STF, não fere o contraditório e a ampla defesa, a ausência de defesa técnica subscrita por advogado em processo administrativo, não sendo, nessa hipótese, a contratação de causídico corolário do art. 5º, LV, CF/88.

O dissenso jurisprudencial dos Tribunais Superiores, pois, tornou-se campo fecundo à peleja e à litigiosidade. Nesse campo, o paladino vestiu-se da tese que melhor lhe cabia, desembainhou a caneta débil e defendeu quixotescamente a justiça dúbia.

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. AI 207197 AgR/PR – PARANÁ AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI. Julgamento: 24/03/1998.

¹¹ Supremo Tribunal Federal. RE 244027. AgR/SP - SÃO PAULO. AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 28/05/2002.

Visando unificar a devida interpretação dada à norma constitucional, e findar qualquer questionamento outro por ventura em vigor, o STF editou em maio de 2008, a Súmula Vinculante nº 5, que dispõe: **“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição”**.

Tal súmula vinculante difere diametricamente da interpretação anteriormente firmada pela Súmula 343 editada pelo STJ, o que pode ser entendido como uma definição de competências entre os Tribunais Superiores, ainda mais por que a súmula vinculante veio com menos de um ano daquela editada pelo STJ.

Por óbvio, é inquestionável que a súmula vinculante é de cumprimento obrigatório, eis que tem **“...efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal...”**, na forma como constante no art. 103-A, da CF/88, devendo ser aplicada nos processos judiciais e administrativos.

Nesse sentido, além de prevalecer a interpretação jurisprudencial dominante no STF, não mais se pode falar da aplicação da súmula 343 do STJ, que morreu prematuramente.

3. CONCLUSÃO

Com a edição da súmula vinculante nº. 5 pelo Supremo Tribunal Federal, dissiparam-se as controvérsias existentes quanto a desnecessidade de advogado para a realização da defesa de servidor público em processo administrativo disciplinar.

Prevalece, portanto, no ordenamento jurídico pátrio, o entendimento de que a ausência de advogado em processo administrativo disciplinar, por si só, não enseja a nulidade formal, sendo faculdade do interessado contratar ou não um causídico para o patrocínio de sua defesa nessa esfera.

Diante da consagração desse posicionamento, temos a reafirmação das peculiaridades próprias na relação entre o servidor público e a Administração. Tais peculiaridades decorrem fundamentalmente da natureza da organização do Poder Público, que se lastreia nos pilares da legalidade, da moralidade, e, notadamente, na supremacia do interesse público sobre o privado.

A tentativa de se anular processos administrativos disciplinares pelo simples fato do servidor faltoso não ter constituído advogado por que assim

não quis, impediria a punição dos violadores da lei e enalteceria a prática de ilícitos.

A sociedade aspira que o Poder Público atue com rigor e disciplina no cumprimento de seus deveres, o que só ocorrerá havendo um rígido controle sobre a atuação de seus servidores.