

A (in) dispensabilidade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar

Igor de Carvalho Leal Campagnolli

Advogado, Graduado em Direito pelo Centro
Universitário de Educação Superior do Amazonas – CIESA;
Pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil
pelo Centro Universitário de Educação
Superior do Amazonas – CIESA.

Resumo: O presente estudo trata de uma análise crítica acerca da indispensabilidade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar, ante a sua contribuição no provimento final equânime. Com efeito, o referido processo tem o escopo de apurar falta grave de servidor, ou quem igualmente se sujeite à relação hierárquica com a administração, com a sua devida sanção. Ante a gravidade da sanção aplicável, questiona-se a relevância da presença de defesa técnica. No escopo de apurar a importância do advogado neste processo, imperativo, se faz um corte epistemológico da Constituição Federal, das leis ordinárias e especialmente da interpretação jurisprudencial recente dada ao tema pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Indispensabilidade do advogado; Processo administrativo disciplinar.

1. Introdução

O advogado é elemento indispensável à administração da justiça, segundo o teor do art. 133, *caput* da Constituição Federal.

Com efeito, a regra em nosso sistema judiciário é a imprescindibilidade da presença do advogado na condução do processo. Sua ausência constitui verdadeira exceção àquela regra, como ocorre nos juizados especiais quando a causa tiver valor de até 20 salários mínimos, por força do art. 9º da lei 9.099/95, e na justiça do trabalho, a respeito do art. 791 da Consolidação das Leis. Nas duas situações retro expostas, transfere-se o *jus postulandi* à própria parte, mas ambas as regras facultam a presença do advogado.

A presença do advogado, indubitavelmente tem o condão de transformar a auto defesa em defesa técnica, na exata medida em que qualifica a oportunidade do direito fundamental ao devido processo legal.

O cerne da questão explorada neste ensaio é verificar se no processo administrativo disciplinar aplica-se a regra da indispensabilidade do advogado, ou ao contrário, o advogado seria apenas elemento facultativo na relação processual.

Tal dúvida tem sido enfrentada pelos legisladores, por meio da regulamentação do processo administrativo disciplinar, em especial pelas leis 8.112/90 e 9.784/99, que apontam no sentido da dispensabilidade do causídico.

Contudo, é nos tribunais superiores que se encontram as maiores divergências. Isto porque aos quatorze dias do mês de setembro de 2007, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado de súmula nº 343, que aponta para obrigatoriedade da presença do advogado em todas as fases do processo administrativo. Entretanto, aos 09 dias do mês de abril de 2008, apenas seis meses após a elaboração da súmula retro citada, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 5 definindo não se tratar de matéria constitucional a presença do advogado no processo administrativo disciplinar.

Ante a discrepância entre as decisões dos colendos tribunais, mister se faz o estudo das razões de cada corrente para que se possa maximizar os fins a que a norma se destina, refletindo assim o princípio da equidade.

2. O processo constitucional

A Constituição Federal de 1988 reforçou notoriamente as garantias individuais, especialmente tutelando o processo, em

sentido amplo, no escopo de garantir a máxima efetividade do princípio da isonomia.

Celebra o inciso LIV, do art. 5º do Texto Magno, o direito ao devido processo legal. Cabe lembrar neste ponto a dupla dimensão deste princípio: a) formal como o conjunto de garantias processuais que promovam a igualdade entre as partes no processo; b) substancial como a aplicação do princípio da proporcionalidade nas decisões dos magistrados.

Já o inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal, garante o direito ao contraditório e à ampla defesa. Em simples definições temos o contraditório como o direito de ambas as partes terem oportunidades iguais de se manifestar nos atos do processo, e a ampla defesa como o uso de todos os meios em direito admitidos para tecer-se a defesa.

Com efeito, nos princípios retro expostos temos a figura do advogado como elemento essencial para a qualificação dos mesmos, em especial no tocante ao princípio constitucional da ampla defesa. Tal fato decorre da possibilidade técnica que o advogado tem de invocar dentro do ordenamento jurídico um amplo leque de instrumentos técnicos que possibilitem a melhor defesa àquele caso concreto.

É certo que no âmbito administrativo as partes do processo disciplinar muitas vezes têm conhecimento técnico igual ou superior de seu patrono no tocante às regras daquele determinado órgão, entretanto dificilmente vão possuir uma visão holística do sistema jurídico.

Assim, a presença do advogado e a subsequente defesa técnica qualificam o devido processo legal, muito embora não sejam elementos integrantes deste princípio.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante 3 nos seguintes termos:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Tal posicionamento da Corte Suprema revela a preocupação dos ministros do Supremo Tribunal Federal em preservar o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa nos processos perante o Tribunal de Contas que tenham a possibilidade de causar grave prejuízo ao administrado.

Preserva-se assim o princípio constitucional da proporcionalidade, uma vez que se deve ter sempre uma relação proporcional entre meio empregado e fim almejado na persecução de uma ordem justa.

Em síntese, um princípio constitucional expressa o maior fundamento da indispensabilidade do advogado no processo administrativo disciplinar, qual seja o princípio constitucional da isonomia, isto porque se deve garantir igualdade nos pólos da relação processual, a fim de que se possa oportunizar a todos a elaboração de defesa técnica, de sorte a possibilitar um julgamento mais qualitativo pela comissão julgadora.

Ademais é válida a arguição da unicidade do processo. Muito embora haja uma divisão do processo pelo seu correspondente direito material, tal rateamento se dá apenas para fins didáticos, uma vez que o Direito é uno. De tal sorte, as garantias atribuídas ao processo devem ser incorporadas por todos os ramos do direito processual, inclusive na análise do processo administrativo.

Muito embora o Pretório Excelso entenda que a falta de defesa técnica elaborada por advogado não fere a Constituição, conforme se depreende da análise da súmula vinculante nº 5, que será

explorada mais adiante neste estudo, indubitavelmente, nos processos em que há esse potencial de prejuízo ao administrado, há a necessidade do exercício do contraditório e da ampla defesa, qualificados pela presença do advogado.

Vale lembrar que o processo administrativo disciplinar é instaurado para apuração de falta grave e é instrumento necessário para a demissão - a maior das punições aplicáveis ao servidor.

Portanto, é inexorável o prejuízo experimentado por servidor que não se faça acompanhar por advogado, pois estará sujeito a sofrer punição sem a oportunidade da apresentação de uma defesa técnica capaz de explorar a totalidade do ordenamento jurídico.

3. O processo administrativo disciplinar na legislação ordinária

A definição legal de processo administrativo disciplinar encontra-se exposta no art. 148 da lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais; conceituado como 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.

Trata-se, outrossim, de meio de persecução administrativa, que procura realizar a subsunção da conduta do administrado com a infração de um dever expressamente previsto e sua correspondente punição.

O processo disciplinar, nos moldes do art. 151 da lei 8.112/90, é composto por três fases: a) instauração; b) inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; e c) julgamento.

O art. 153 da mesma lei assegura ao administrado o direito ao contraditório e à ampla defesa, com a utilização dos meios e

recursos admitidos em direito. Apenas ratifica um direito fundamental assegurado pelo constituinte.

No tocante à presença do advogado, o tema é regulado pela lei 9.784/95, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e pela lei 8.112/90.

Por força do art. 156 da lei 8.112/90, o administrado faz jus ao direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por meio de um procurador. Logo, a referida lei trata a escolha de um advogado como faculdade do administrado e não como um dever legal.

Não é outro o sentido da interpretação do art. 3º, IV da lei 9.784/95, que regula o processo administrativo no âmbito federal, ao dispor que é direito do jurisdicionado fazer-se assistir, facultativamente por advogado, salvo quando obrigatória a representação por força de lei.

Há, em verdade, uma única hipótese em que há obrigatoriedade de nomear-se defensor dativo, qual seja na revelia, nos termos do art. 164, §2º da lei 8.112, que, entretanto, não será necessariamente advogado, nos termos do próprio dispositivo, devendo ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

Portanto, a legislação ordinária que regula o processo administrativo disciplinar aponta para a dispensabilidade do advogado em qualquer de suas fases, ratificando a imprescindibilidade de defesa técnica.

4. Avaliação jurisprudencial

O Superior Tribunal de Justiça ratificou seu entendimento, já passivo na Terceira Turma, pela imprescindibilidade do advogado no processo administrativo disciplinar, ocasionando a edição da súmula 343, no dia 14 de Setembro de 2007, nos seguintes termos:

“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Na ocasião diversas questões foram suscitadas, bombardeando a então decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Questionou-se acerca da aplicabilidade da súmula. Ora, a redação do art. 151 da lei 8.112/90 é cristalina ao estipular as fases do processo administrativo disciplinar. De tal sorte, a aplicação de tal enunciado deveria se verificar desde a instauração até o seu julgamento.

Suscitou-se a falta de embasamento legal para fundamentar a referida súmula. Contudo, tal enunciado retirava seu substrato da própria Constituição Federal, em especial realizando uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Outra crítica levantada foi a questão da obrigatoriedade da presença de um advogado, tendo em vista que seria suficiente a nomeação de defensor dativo, cabível nos casos de revelia, que nos termos da lei 8.112/90 bastaria ser servidor de cargo efetivo de nível superior ou igual ao do representado.

A problemática da nomeação de defensor dativo que não seja profissional habilitado está no simples fato de que o representado continuará sem a elaboração de defesa técnica que leve em conta uma visão holística do ordenamento jurídico.

Insta observar que a presença do advogado em todas as fases do processo administrativo protege a própria administração, uma vez que eiva sua decisão de legitimidade, pois a submete ao devido processo legal qualificado.

Outrossim, apontou-se como implicação negativa os efeitos da implementação de tal súmula, a qual levaria à nulidade de milhares de procedimentos administrativos ante à ausência de advogado.

Com o devido respeito àqueles que adotam este posicionamento, não há que se olvidar que a súmula do Superior Tribunal de Justiça não tem efeitos vinculantes, representando apenas o entendimento daquele tribunal.

Ademais, não se trata de anulação daqueles procedimentos administrativos, mas que estes processos que já sofreram a chamada coisa julgada administrativa sejam revistos pelo poder judiciário, oportunizando que se realize o contraditório de forma adequada, com a apresentação de defesa técnica.

Entretanto, o cenário mudou radicalmente no dia 09 de Abril de 2008, quando o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 5, com o seguinte teor: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”

Ante a força da súmula vinculante, que tem o condão de obrigar a Administração Pública, uma vez violada, haverá possibilidade do ingresso com a Reclamação Constitucional.

Com efeito, a súmula vinculante limita-se a dizer que não se trata de matéria constitucional, retirando a base jurídica que levou à edição da súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça, em especial a afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

5. A indispensabilidade do advogado no processo administrativo disciplinar à luz do princípio geral da equidade

Com a devida vênia ao pensamento consolidado da Suprema Corte do país, o processo administrativo disciplinar goza de efetivo potencial de lesividade ao administrado, e em razão disto o devido processo legal, consolidado em nossa Carta Magna, deve sim ser qualificado pela presença do advogado, possibilitando a maximização dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

É certo, pois, que o contraditório e a ampla defesa constituem direitos fundamentais, seja no processo jurisdicional, seja no processo administrativo. Logo, é evidente a lesão a estes dois princípios quando se verifica a ausência de defesa técnica elaborada por advogado diante de um procedimento que poderá afetar substancialmente seu patrimônio.

Contudo, ante a súmula vinculante nº 5, o magistrado não poderá retirar o substrato da obrigatoriedade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar diretamente da Constituição Federal, pois estará adstrito à decisão do Colendo Tribunal.

Entretanto, o operador do direito poderá socorrer-se de princípios gerais do Direito, em especial do princípio da equidade, tendo em vista que o processo administrativo disciplinar expressa a persecução administrativa, podendo gerar inclusive a pena máxima ao servidor. Portanto, deve o administrado ter uma defesa compatível com a eventual sanção que lhe poderá ser imposta.

Neste cenário o magistrado deve avaliar os fins a que se destina a norma, em respeito ao art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na questão em análise, a lei 8.112/90, quando prevê a dispensabilidade do advogado, não leva em conta o risco representado pela ausência de defesa técnica.

Tal perspectiva pode causar gravames à própria Administração Pública, uma vez que, se o processo não sofreu o devido procedimento legal, será reformado pela via judicial, pois nessa instância o contraditório será obrigatoriamente exercido por intermédio de um advogado, onerando o erário público.

Ademais, a Administração deve se pautar pelo princípio constitucional da eficiência administrativa, exposto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. No caso específico da questão estudada, ao oportunizar a presença obrigatória do advogado e a apresentação de uma defesa técnica, terá a comissão julgadora maiores condições

de avaliar de forma proporcional à medida que será mais adequada na apuração daquela infração.

Conclusão

Por meio do presente ensaio é notória a percepção da relevância do papel do advogado no processo administrativo disciplinar, ante à potencialidade de prejuízo causado ao administrado que se furte a apresentar defesa técnica capaz de fazer jus aos deslindes daquele caso concreto

Com efeito, a comissão julgadora, com a apresentação da defesa técnica, terá melhores condições de realizar um julgamento equânime, aplicando uma sanção efetivamente proporcional à infração cometida pelo administrado.

A função do advogado é essencial para que qualquer procedimento goze de maior legitimidade. A necessidade de defesa técnica se faz para que se respeite o princípio constitucional do contraditório.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal entenda não se tratar de matéria constitucional, evidentemente que a indispensabilidade do advogado no processo administrativo disciplinar retira seu substrato dos direitos fundamentais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade e da proporcionalidade.

Em respeito à súmula vinculante editada pela Colenda Corte deve o operador do Direito respeitar tal entendimento, mas buscando no ordenamento jurídico instrumentos que garantam ao administrado a sua defesa técnica, para que o administrado não se veja lesado ante uma decisão da Administração Pública.

Referências

BONAVIDES, Paulo – Curso de Direito Constitucional – 16ª ed. São Paulo. Malheiros. 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos – *Manual de Direito Administrativo* - 18ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.

LENZA, Pedro – *Direito Constitucional Esquematizado* - 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes – *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. São Paulo. Malheiros. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de – *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo. Malheiros. 2008.

JÚNIOR, Fredie Didier - *Curso de Direito Processual Civil Volume 1*. Salvador. Jus Podivm, 2007.

