

A EXIGÊNCIA DE ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – A nova Súmula 343 do STJ e seus reflexos

João Francisco da Mota Junior

Analista de Finanças e Controle-Controladoria-Geral da União, Docente do Centro Universitário Euro-americano - UNIEURO, Especialista em Processo Civil e Penal-UFBA, Pós-Graduado em Ciências Jurídicas- UCSal/EMAB e Especialista em Direito Empresarial (concluinte) – UCAM/DIEX

Resumo

A nova Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça exige a presença obrigatória de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. O enunciado pretende dar cumprimento ao dispositivo constitucional que elege a atividade advocatícia à “essencialidade da justiça”, bem como a aplicação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Contudo, de ordem prática, a orientação jurisprudencial traz um impacto imediato à Administração Pública, não previsto nem previsível, além de fazer surgir outras indagações como aplicação dos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da segurança jurídica. Neste contexto, buscam-se algumas soluções e sugestões diretas e imediatas.

Palavras-chave. Processo administrativo disciplinar. Direito de Defesa. Advogado. Súmula 343/STJ.

Resumen

La nueva Súmula 343 del Superior Tribunal de Justicia exige la presencia obligatoria de abogado en todas las fases del procedimiento administrativo disciplinario. El enunciado jurisprudencial del Tribunal brasileño pretende asegurar al dispositivo constitucional que eligió la actividad del abogado a la “esencialidad de la justicia”, así como la aplicación del debido proceso legal y derecho de defensa. Sin embargo, de orden práctica, la orientación jurisprudencial traerá impactos a la Administración Pública, una vez no previstos ni previsibles, además de surgiren otras indagaciones como aplicación de los principios de la legalidad, de la proporcionalidad y seguridad jurídica. Búscanse así algunas respuestas y sugerencias directas y inmediatas.

Palabras-clave. Procedimiento administrativo disciplinario. Derecho de Defensa. Abogado. Orientación jurisprudencial 343/STJ

Sumário – Introdução. 1. A jurisprudência – Fonte de Direito? 2. O Advogado. 2.1. O *jus postulandi*. 3. O direito da ampla defesa. 3.1. A defesa técnica e a auto-defesa. 3.2. A defesa no processo administrativo. 3.3. O defensor dativo e o *ad hoc*. 4. A súmula 343 do STJ. 4.1. Advogado ou defesa técnica? 4.2. Abrangência 5. Implicações da orientação jurisprudencial. 6. Sugestões e soluções imediatistas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça, no último dia 12 de setembro, por meio da Terceira Seção, aprovou a Súmula nº 343, cuja redação implica a exigência de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Em um primeiro momento, o enunciado demonstra uma certa tendência em dar cumprimento ao dispositivo constitucional que elege a atividade advocatícia à “essencialidade da justiça”, bem como a aplicação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Contudo, de ordem prática, a orientação traz um impacto

imediatamente à Administração Pública, além de fazer surgir outras indagações em face da súmula referida.

Em breves considerações, busca-se entender o preceito do enunciado e suas consequências, inclusive excessivo gravame nas contas públicas e eventuais danos imensuráveis, buscando-se, também, indicar algumas soluções e sugestões diretas e imediatas a serem aplicadas no âmbito da Administração Pública.

1. A JURISPRUDÊNCIA – FONTE DE DIREITO?

Muito se tem confundido a jurisprudência.

O julgamento de um Tribunal, por meio de seus colegiados, de modo isolado, não significa tratar-se de jurisprudência. O termo é definido como a reiteração de decisões judiciais, sucessivas e uniformes, de um Tribunal. É bom lembrar que o colegiado é elemento intrínseco de qualquer tribunal, portanto, somente se considera jurisprudência as decisões do colegiado, e não individualmente de um de seus juizes.

Daí o conceito de DE PLÁCIDO E SILVA (1993, p. 34) quando entende que jurisprudência “extensivamente assim se diz para designar o conjunto de decisões acerca de um mesmo assunto ou a coleção de decisões de um tribunal”.

A jurisprudência, ao exercer uma função interpretativa do Direito, faz surgir a indagação de se também teria a função de criar um novo Direito, passando, pois, a fonte criadora, verdadeira norma de orientação.

Para os romanos, a jurisprudência sempre foi considerada fonte do Direito, embora com o passar dos tempos, tenham verificado que esse entendimento poderia ser mitigado.

Com a Revolução Francesa e a necessidade da burguesia em ter uma segurança para os seus propósitos, o princípio da legalidade foi reforçado, imprimindo um positivismo jurídico, que predomina em grande parte do mundo. Ou seja, a fonte principal do Direito é a lei.

Todavia, alguns sistemas ainda concedem sobejada relevância à jurisprudência, como o sistema anglo-saxônico, fundado na *common law*, cuja fonte mediata de formação do direito traduz-se nos usos e costumes, tendo como fonte imediata mais a jurisprudência. Difere, portanto, daquele fundado na *civil law*, a exemplo do caso brasileiro, mais apegado à tradição romano-germânica, de índole racionalista e formal.

Como enfatiza, LEITE (2001, p. 390) “os anglicanos buscam no Direito a realidade social assentada na jurisprudência; KELSEN diria que eles buscam o ser. Os latinistas, ao contrário, procuram a realidade desejada, o ideal, a utopia delineada na doutrina: ou seja, o dever ser.”

A discussão em torno de a jurisprudência constituir ou não fonte de direito ainda perdura nos tempos atuais. Para o mestre italiano, FRANCESCO FERRARA a função do juiz é aplicar o direito e não criá-lo.

Sem um maior aprofundamento do tema, prevalece na doutrina pátria que jurisprudência não é fonte de Direito, o que não deixa de reconhecer seu valor como fonte de direito de criação normativa, ou de interpretação da norma. Assim, mais uma vez, salienta DE PLÁCIDO E SILVA (1993) “na verdade é que a jurisprudência firmada, em sucessivas decisões, vale como verdadeira lei.”

De fato, a jurisprudência é um dos fatores determinantes que, de certo modo, forma ou contribui na formação do conteúdo das normas jurídicas.

Hoje, fala-se em Direito Sumular, para quem o Profº JOSÉ PEREIRA LIRA,

desde 1937, assim, o denominava, proclamando que “a lei propõe, a jurisprudência compõe”, e com base na Escola Realista Americana, “A lei é o direito prometido; a jurisprudência, o direito realizado”.

A Súmula vinculante introduzida pela EC nº 45/2004 (art. 103-A, CF), e regulamentada pela Lei nº 11.417/2006, apenas atesta que decisões judiciais poderão ter caráter imperativo e os mesmos efeitos que exerce uma lei.

Vê-se que a possibilidade de decisões traçarem orientações e interpretações de normas, com efeito vinculante, é utilizada pela própria Administração Pública, como é o caso do Parecer emitido pelo Advogado-Geral da União e aprovado pelo Presidente (art. 4º, X e XI da Lei Complementar nº 73/93 e art. 2º da Lei nº 9.704/98), bem assim, como em pareceres normativos em questões fiscais e tributárias realizadas pelo Fisco.

2. O ADVOGADO

A figura do advogado, por certo, as vezes é exaltada, ora é execrada.

A Grécia, desde Sólon, considerava a profissão nobre e independente. Em Roma, eram os advogados quem exerciam os cargos mais cobiçados do Império, e por isso, já provocava repúdio entre a classe dos preteridos.

Com Cristo, indica Timóteo ser este “nosso” único advogado entre Deus e os homens (1ª. Carta de Timóteo cap. 2).

Na Idade Média, o advogado de defesa era nomeado pela própria Inquisição ou Santo Ofício.

Frederico, o Grande, sempre chamava os advogados de “sanguessugas e venenosos répteis”, prometendo enforcar “sem piedade nem contemplação de qualquer espécie” aquele advogado que viesse pedir graça ou indulto para um soldado, enquanto o oponente Napoleão Bonaparte ameaçava cortar a língua de todo advogado que a utilizasse contra o governo.

A Constituição de 1988 reconheceu a importância da advocacia, que teve sua origem sempre atrelada ao *múnus público*.

Reza a CF que o “advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”(art. 133). Em seguida, a Carta Magna, em seu art. 134, instituiu que caberia à Defensoria Pública, na qualidade de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

Deve-se lembrar, assim, que a advocacia, ainda que exerça um *múnus público* e um papel fundamental na construção do Estado Democrático de Direito, é uma atividade essencialmente privada, sendo que, ao necessitado, esta atividade será exercida pela defensoria pública.

A Súmula estudada, ao exigir a presença de um advogado no Processo Administrativo disciplinar, e em que pese sua finalidade garantista, faz surgir mais uma função a ser exercida pelo advogado. Se por um lado, fortalece a classe e garante um devido processo, no outro, na visão do processado e servidor, será mais um ônus que deverá arcar, quando pela lei, não estaria incumbido de fazer.

2.1. O *jus postulandi*

O mestre processualista CHIOVENDA define o *jus postulandi* como "a capacidade de requerer em juízo".

A regra no ordenamento jurídico pátrio é que o *jus postulandi* seja realizado por advogado.

Poucas são as exceções que permitem ingressar em juízo sem a presença de advogado, dentre elas tem-se a de ajuizar reclamação trabalhista (art. 791, Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT), impetrar Habeas Corpus (art. 654, Código de Processo Penal -CPP) 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. No âmbito civil, ainda verifica-se a exceção do art. 36 do CPC, no caso de inexistência de advogado ou, existindo, se estiver impedido ou recusar o seu patrocínio, assegurar-se o *jus postulandi* da parte, para que ela não se veja privada da prestação jurisdicional julgada necessária, e o art. 2º da Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), que permite ao credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se ao juiz competente.

No âmbito penal, observa-se que, mesmo com a disposição do art. 623 do CPP em possibilitar que o condenado ajuíze pessoalmente revisão criminal, têm entendido os Tribunais pátrios pela concessão de defesa técnica, por meio de profissional habilitado.

Reiteradamente o STF vem restringindo a aplicação da autodefesa, por entender que "a presença do advogado no processo constitui fator inequívoco de observância e respeito às liberdades públicas e aos direitos constitucionais assegurados às pessoas. É ele instrumento poderoso de concretização das garantias instituídas pela ordem jurídica" (RvC 4.886-0/SP, DJ 23/04/93). No referido julgado extrai-se que a Constituição Federal fez surgir o princípio da imprescindibilidade, diferentemente da lei que previa o princípio da essencialidade da advocacia. Noutra lado, "a constitucionalização desse princípio não modificou a sua noção, não ampliou o seu alcance e nem tornou compulsória a intervenção do Advogado em todos os processos", até porque o que se está a proteger é a "advocacia como instituição" (STF-HC 67390-0/PR).

Autodefesa e *jus postulandi* são vistos ou tratados de maneiras diferentes quando se cuida de matéria civil e penal.

De fato, no que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei, como exemplo nos juizados especiais, o que incorre, contudo, quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, sendo imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público (STF, ADI 3.168, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 08/06/06, DJ 03/08/07).

3. O DIREITO DA AMPLA DEFESA

Se há de convir que a regra da imposição do *jus postulandi* está intimamente atrelada à idéia de defesa.

Os princípios da defesa e do contraditório, ou seja, dar a parte oportunidade

de ser ouvida e de produzir provas, são muito remotos, existindo em boa parte das sociedades, inclusive nas mais antigas, ainda que tal defesa não fosse “digna” ou “justa”.

Vê-se que nas primeiras lições da Bíblia, no Velho Testamento, Deus garantiu o direito de defesa a Adão, pois, somente o expulsou após ouvi-lo. Em Atenas, já se nomeavam advogados para prestar assistência judiciária aos menos favorecidos. De fato, os gregos foram uns dos mais idealizadores na garantia do acesso à justiça, que, por sinal, foi onde ocorreu a origem do princípio da igualdade, pelas lições de ARISTÓTELES.

Os gregos influenciaram Roma, que influenciou o mundo em sua expansão.

No artigo 39 da Magna Carta de 1215 o rei João-Sem-Terra já garantia o devido processo legal, em que se incluía o direito de defesa.

Seja com base no pensamento cristão, na doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, fundada na natureza racional do homem, no pensamento iluminista às doutrinas marxistas, e até no intervencionismo estatal, a sobrevivência do direito de defesa demonstra-se essencial em qualquer tipo e forma de sociedade. De fato, trata-se de um direito fundamental do homem.

Ao longo dos tempos, o direito à defesa vem se aperfeiçoando, buscando meios de melhor garanti-lo, assim como de melhor ampliar sua abrangência.

A defesa, bem como o contraditório, é apenas um dos corolários de um devido processo legal.

A Constituição Federal de 1988, ao importar do direito anglo-norte-americano a cláusula do *due process of law*, expressamente prevê no artigo 5º, inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em seguida estipula 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” (LV, art. 5º, CF).

3.1. A defesa técnica e a autodefesa

O direito de defesa deve ser amplo (CF, art. 5º, inc. LV), desdobrando-se na autodefesa e na defesa técnica, o que a Profª ODETE MEDAUAR (1993) denomina de aspecto subjetivo.

A autodefesa consiste na possibilidade de o acusado defender-se por si próprio, de forma ativa ou passiva, como no caso de permanecer calado. Ou seja, de modo direto, o acusado pode realizar pessoalmente os atos necessários à sua defesa, inclusive com a faculdade de produzir provas em sentido contrário, o que se chama de “direito de presença”, e o “direito de audiência” no que tange à faculdade de pronunciar-se oralmente ou dar explicações.

A defesa técnica, por sua vez, é entendida como o meio mais idôneo do exercício da ampla defesa, tendo em vista ser realizada por meio de representante legal do interessado, devidamente habilitado, qual seja, o advogado.

Professa-se que, enquanto a autodefesa é dispensável, pois, pode o acusado não querer autodefender-se, a defesa técnica é imprescindível (GOMES, 2004). Ressalte-se que esta dispensabilidade é relativa à luz do entendimento já esposado pela Suprema Corte.

A exigência fulcra-se no princípio da igualdade, tendo em vista que as partes envolvidas necessitam ser postas em condição de igualdade (*par conditio*), de modo a utilizarem todos os instrumentos, ônus e faculdades processuais existentes, o

que indica “paridade de armas”.

A finalidade da defesa técnica estar em melhor promover e adequar o direito de defesa, evitando-se que o acusado utilize-se de emoções e atuações subjetivas. Além de não ser dotado de conhecimento especializado, o acusado não tem a experiência e o discernimento que um profissional técnico possui. A defesa técnica, portanto, possibilita a realização e o equilíbrio do devido processo, por meio de uma defesa ampla e efetividade do contraditório.

Assevera o prof^o SÉRGIO BERMUDES (1996, p. 79), citando velho provérbio inglês “quem é seu próprio advogado tem por cliente um tolo”, talvez se pudesse dizer, no lugar de tolo, ‘um apaixonado’, ora demasiadamente temeroso, ora exageradamente audaz, sempre perturbado pela emoção, péssima conselheira, que prejudica o entendimento e impede a boa defesa. Porque o advogado é sujeito da relação processual. A sua falta compromete a validade e a eficácia do processo”.

3.2. A defesa no Processo Administrativo

A idéia do direito de defesa não apenas deve ficar restrito ao âmbito penal.

Neste diapasão, a defesa por ser direito fundamental deve ser estendida a qualquer procedimento que ameace direito do indivíduo.

Na esfera Administrativa, verifica-se que a Constituição de 1934 trouxe o direito de defesa como inerente ao processo administrativo para a demissão de servidor estável.

A Constituição de 1937 também assegurou aos acusados em “processo administrativo em que sejam ouvidos e possam defender-se”, o que os juristas interpretavam como a garantia implícita da ampla defesa (RIBEIRO, p. 93)

O Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939, que dispunha sobre o Estatuto dos Funcionários Civis da União, já previa esta defesa (art. 254).

A Constituição Federal de 1946 procurou recepcionar os princípios e regras do processo jurisdicional pelo processo administrativo punitivo, o que levou ao reconhecimento do direito de defesa, pela exegese parágrafo II do art. 189, e ainda no art. 141 parágrafo 25, baseado no princípio da isonomia, ou seja, em qualquer processo em que houvesse acusado, deveria ser respeitada a ampla defesa.

A Lei nº 1.711 de 1952, que antecedeu o atual Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90), ainda sob influência da Constituição de 1946, de igual modo, preceituou a defesa do acusado.

A Constituição de 1988 foi ampla nesta matéria. Conforme seus incisos LIV e LV do artigo 5º, interpretados sistematicamente, as garantias do devido processo legal não apenas foi estendida ao processo administrativo, como também foi considerada a fonte das demais garantias processuais, como por exemplo, a aplicação do princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII).

Observa-se que a CF/88 (art. 5º, LV) assegurou a garantia do contraditório e da ampla defesa aos acusados e litigantes, no processo administrativo.

De fato, a similaridade do Direito Administrativo Sancionador com a nova ideologia do Direito Penal, fez introduz concepções de que o sistema punitivo também deveria ser baseado nestas garantias constitucionais, utilizando-se, portanto, de um devido processo legal, e de princípios gerais quanto a sanções.

FÁBIO MEDINA OSÓRIO (2005, p. 14), baseando-se em ENRIQUE RUIZ VADILLO, bem aduz que “os princípio penais são aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador, com matizes, a efeito de assegurar aos acusados as básicas garantias constitucionais comuns ao Direito Público Punitivo.”

A Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99), de aplicação subsidiária e supletiva à Lei nº 8.112/90, também previu a ampla defesa como um de seus princípios reitores.

Leciona CARVALHO FILHO (2006, p. 614) que “é importante lembrar que o princípio da ampla defesa não deve ser interpretado restritivamente, quando se trata de processos com litígios e com acusados.”

O exercício da defesa no processo administrativo, normalmente é realizado pela autodefesa, até mesmo porque o art. 3º, IV da Lei nº 9.784/99 previu a faculdade de advogado, “salvo quando obrigatória a representação, por força de lei”.

Pela Lei nº 8.112/90 não foi exigido a presença ou obrigatoriedade da defesa técnica, em que pese ter sido concedido o “direito de presença” realizado pelo servidor ou por seu representante. *In verbis*:

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.

Portanto, à luz da Lei nº 8.112/90, é facultativa a presença de defesa técnica.

Todavia, em face deste novo Direito Administrativo Sancionador que exige as mesmas garantias constitucionais fossem asseguradas, começaram a surgir indagações sobre a Lei nº 8.112/90, sendo quase praticamente uma réplica do antigo estatuto de 1952.

Em 1994, proclamava GARCIA (1994, p. 427) sobre a exigência desta defesa técnica a fim de garantir o devido processo:

é recomendável que nos processos disciplinares de servidores, que possam resultar em penas graves, a defesa técnica deve ser considerada uma exigência obrigatória. Assim, mesmo que o servidor esteja desacompanhado de advogado ou não compareça para se defender (revelia), cabe a Administração Pública a indicação de defensor dativo. A não nomeação do advogado dativo acarreta o cerceamento de defesa, devendo os atos praticados serem considerados nulos.

De modo similar, aduzem os professores CAMBI (2003):

[...] exigir que em todos os processos administrativos fosse obrigatória a defesa técnica seria inviável, pois o Poder Público não tem condições de proporcionar a todos os servidores a defensoria dativa. Ademais, nem sempre isso seria imprescindível, tal como ocorre nos processos cujos resultados tenham repercussões graves sobre seus direitos, como, por exemplo, demissão, cassação de aposentadoria e fechamento de estabelecimentos. No entanto, para casos como esses, a exigência da defesa técnica deve ser considerada obrigatória, cabendo a Administração Pública disponibilizar a defensoria dativa. Por outro lado, nas hipóteses em que a sanção a que o servidor está sujeito não é grave, a defesa técnica deve ser sempre facultada.

3.3. O defensor dativo e o *ad hoc*.

A figura do defensor dativo ou do *ad hoc* na esfera do processo administrativo disciplinar difere daquela prevista no âmbito processual penal (art. 263,

CPP).

Conforme a Lei nº 8.112/90, somente haverá designação de defensor dativo, quando se tratar de acusado revel, ou seja, aquele que foi citado regularmente e não apresentou sua defesa no prazo legal.

A designação deste defensor dativo é exclusiva da autoridade instauradora, o que exclui a competência da comissão, inclusive do acusado, apenas estipulando a lei que o dativo deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado (art. 164), o que não exige a estabilidade.

Atendendo a esta disposição legal, o entendimento no Superior Tribunal de Justiça não era pacífico quanto à participação do defensor dativo ou nomeação de *ad hoc* desde o início da fase processual, ou sua exigência apenas se daria quando configurasse a revelia, nos termos do art. 164 da Lei nº 8.112/90 (ex. STJ: MS 6.974/DF, DJ 21/05/2001, e votos no MS nº 10.077/DF, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU de 2/3/2005 e MS nº 7.165/DF, Relator o Ministro Fontes de Alencar, DJU de 20/10/2003).

O STF já se pronunciou sobre a dispensabilidade da presença de procurador constituído no âmbito do processo administrativo, no julgado da Senhora Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que “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.” (AgRg no RE nº 244.027/SP, DJU de 28/6/2002. Ainda sobre a inexistência de ofensa a ampla defesa, no STF, tem-se o MS 23192/DF, DJ 06/04/2001).

Numa interpretação estrita da lei, a comissão processante não pode exigir a presença de procurador do acusado para a realização de atos processuais, assim, como para a designação de defensor *ad hoc*, ou mesmo a designação de defensor dativo para acompanhar os atos processuais, quando tal acompanhamento pelo representante é faculdade do acusado.

4. A SÚMULA 343 DO STJ

A pequena divergência havida no STJ quanto à obrigatoriedade da presença de advogado constituído ou defensor dativo no processo administrativo disciplinar, em relativo espaço de tempo, foi excluída pela Corte responsável pela interpretação da lei federal.

Nos mesmos termos que professa a Teoria Geral do Direito Administrativo Sancionador, o STJ proclamou que “o processo administrativo disciplinar não é estranho ao poder jurisdicional do Estado, próprio que é da competência de seus órgãos o controle da sua legalidade e constitucionalidade e, por consequência, o julgamento da regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo” (MS 6913/DF, DJ, 18/02/2002).

De igual modo, ainda nos idos de 2002, defendia-se que na fase instrutória do inquérito administrativo, “o servidor figura como acusado e, nessa situação, terá o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir contraprovas, reinquirir testemunhas, devendo, logo após, ser interrogado”, conforme interpretação dos artigos 156 a 159 da Lei nº 8.112/90 (MS 7074/DF, DJ. 07/01/2002), tratando-se, porém, de faculdade do acusado (MS 8102/DF, j. 25/09/2002, DJ 24/02/2003).

Em 2003, o STJ começou a dar ares de que “a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral” (MS 7078/DF, DJ 09/12/2003).

A partir de então a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento no que tange à imprescindibilidade da existência de defesa técnica na fase de instrução do processo administrativo disciplinar, seja civil ou mesmo militar.

Utilizado como um dos parâmetros, do julgado do Mandado de Segurança nº 10.837/DF, que teve como Relator o Ministro Paulo Galotti, e Relatora para o Acórdão, a Ministra Laurita Vaz (DJ de 13.11.2006), levou a aprovação do enunciado nº 343, no dia 12 de setembro de 2007 (DJ 21/09/2007), que prescreve:

é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Extrai-se da ementa do aludido acórdão que:

1. **Apesar de não haver qualquer disposição legal que determine a nomeação de defensor dativo** para o acompanhamento das oitivas de testemunhas e demais diligências, no caso de o acusado não comparecer aos respectivos atos, tampouco seu advogado constituído – como existe no âmbito do processo penal –, não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica.
2. **A constituição de advogado ou de defensor dativo é, também no âmbito do processo disciplinar, elementar à essência da garantia constitucional do direito à ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes.
3. **O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa**, nesse particular, não apenas com a oportunização ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas **com a efetiva constituição de defensor durante todo o seu desenvolvimento**, garantia que não foi devidamente observada pela Autoridade Impetrada, a evidenciar a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Precedentes. (*destacou-se*)

O enunciado baseia-se nos art. 153, 163 e 164 da Lei nº 8.112/90.

Percebe-se que a orientação do Tribunal Superior é clara em afirmar que a lei não exige a constituição de advogado, contudo, entende ser obrigatória a presença de advogado para constituição válida do processo. A orientação jurisprudencial ao ir de encontro com a lei, estipulando norma contrária ao dispositivo legal, representa e expressa verdadeira fonte de Direito.

4.1. Advogado ou defesa técnica?

Numa simples leitura da Súmula nº 343 depreende-se que a obrigatoriedade da presença, no processo administrativo, seria tão-somente de advogado.

Segundo o art. 3º do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), o exercício da

atividade de advocacia no território brasileiro, e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, tendo, ainda, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional, que exercerem atividade de advocacia.

Embora o enunciado estudado tenha apenas feito alusão a figura do advogado, na verdade a sua teleologia está em conceder a defesa técnica ao acusado de processo administrativo, por meio de pessoa capaz e habilitada para exercer a defesa, seja ela advogada ou não. Destarte, “*não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica*”.

Com efeito, na transcrição acima, o STJ tanto faz referência ao advogado constituído quanto ao defensor dativo.

A Min. Laurita Vaz, em outro julgado, bem expressou que “é obrigatória a assistência de advogado constituído ou defensor dativo ao acusado, independentemente de defesa pessoal, tanto em processo judicial quanto em procedimento administrativo disciplinar, em obediência ao princípio constitucional da ampla defesa, expressamente previsto no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna” (RMS 17735/MT, j. 05/12/2006, DJ 05/02/2007).

Em quase todos os julgados que serviram e foram a base da aprovação da súmula 343 há previsão expressa sobre a presença do “advogado ou de defensor dativo” (MS 10.827/DF, DJ 13/11/2006; ROMS 20148/PE, DJ 27/03/2006; MS 10565/DF, DJ 13/03/2006; MS 9201/DF, DJ 18/10/2004 MS 7078/DF, DJ 09/12/2003. Em igual sentido: AgRg no REsp 743111/CE, DJ 11/12/2006; MS 10026/DF, DJ 02.10.2006 e MS 7074/DF, DJ 07/10/2002).

Extraindo-se trecho do acórdão do MS 10837/DF, a Senhora Ministra Laurita Vaz asseverou em seu voto que “por imperativo constitucional, à luz dos precedentes desta Corte de Justiça, com a qual não se compatibiliza a auto-defesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito, não há como deixar de reconhecer a nulidade ora pleiteada.”(*destacou-se*).

O Ministro Arnaldo Esteves Lima, em seu voto-vista no mesmo julgado, aduziu ser “(...) imperioso que o servidor público acusado seja acompanhado de advogado ou de defensor público, para que, em tese, obtenha em seu favor uma defesa técnica. Mais adiante, fazendo alusão à Súmula 523/STF, pontuou que “(...) em outras palavras, inexistindo defesa do servidor público em processo disciplinar, há nulidade absoluta. Se houve defesa, mas que se deu de forma deficiente, a nulidade dar-se-á se houver demonstração de prejuízo.”(*grifou-se*)

A *a priori*, seria ponderável que a defesa fosse exercida por bacharel em Direito, e de preferência que tenha realizado e sido aprovado no exame da OAB, ainda que estivesse impedido de exercer a atividade advocatícia. De fato, a maioria dos servidores públicos estão impedidos de advogar nos termos do art. 28 do Estatuto da OAB, bem como das disposições em leis específicas que os regem.

Saliente-se que, nos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais, quanto à nulidade de processo disciplinar por cerceamento de defesa, deve-se atentar para a orientação sumulada do Supremo Tribunal Federal em relação ao acusado em processo penal, ao preconizar que: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu - Súmula 523/STF.”

A ausência de defensor causará nulidade absoluta. No entanto, havendo defesa deficiente, a nulidade dar-se-á quando houver demonstração de prejuízo, de

acordo com a regra *pas de nullité sans grief*.

Outra dúvida que faz surgir a nova orientação jurisprudencial diz respeito à defesa técnica realizada por servidores capacitados, porém, não bacharéis em Direito.

Com efeito, conforme a Administração Pública correlata há a possibilidade de comissões permanentes de processos disciplinares, bem como aqueles servidores públicos que demonstram conhecimento e habilitação quanto à matéria, sejam porque trabalham e foram capacitados para atuar em feitos disciplinares, aqueles que atuam na área disciplinar exercendo funções nas corregedorias e órgãos similares, como também aqueles que para exercerem a função pública requer o conhecimento específico da matéria, a exemplo os analistas de finanças e controle da Controladoria-Geral da União, da área de correição, cargos estes que não há exigência legal em ter nível superior em ciências jurídicas.

De igual modo, questiona-se até se os membros da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional, ainda que exerçam atividade de advocacia, estariam impedidos de serem defensores dativos, em processos disciplinares, já que sua atuação, além de ser um encargo público, estaria sendo, na verdade, em defesa do ente federativo, o que evitaria prejuízos posteriores.

Tendo em vista não se poder extrair nenhuma interpretação, neste sentido, dos precedentes do referido enunciado, é de prudência que estes servidores não exerçam tal *múnus*, enquanto não haja um posicionamento ou interpretação mais delineada advinda do Superior Tribunal de Justiça.

4.2. Abrangência

A Súmula nº 343 refere-se a processo administrativo disciplinar, logo, numa interpretação restrita somente a este procedimento administrativo disciplinar seria obrigatória a presença do advogado. Interpretação, contudo, errônea.

A Lei nº 8.112/90, baseada na antiga lei de 1952 não foi muito feliz em sua terminologia. Em seu Título V apresenta a expressão "processo administrativo disciplinar". Todavia, tal expressão deve ser concebida por ora no sentido genérico e por outra no sentido estrito. Ou seja, a Lei nº 8.112/90 ao rezar sobre "processo administrativo disciplinar", abrangeu as duas espécies: a sindicância e o processo administrativo *stricto sensu*. No Título IV a utilização de tal termo, também gera confusões terminológicas.

Percebe-se no art. 143 que 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."

Sem maiores ilações doutrinárias, procedimento administrativo é termo amplo, sendo que, na esfera disciplinar, exterioriza-se na sindicância e no processo administrativo estrito.

Ocorre que a sindicância pode ter apenas caráter apuratório, investigativo, precedendo o processo administrativo disciplinar, o que normalmente se chama de "sindicância administrativa, investigativa, inquisitorial ou conectiva". Prevalece o entendimento de que estas sindicâncias, por terem caráter apuratório e investigativo, tornam o direito à ampla defesa prescindível. Noutro lado, a instauração de sindicância também pode resultar em penalidade ao acusado (art. 145, II, Lei nº

8.112/90), o que, conseqüentemente, anularia o feito que não atribuiu e promoveu o exercício da ampla defesa do acusado.

Tendo em vista que a Súmula estudada prestigia o princípio do contraditório e da ampla defesa, como garantias constitucionais, somente haverá sua aplicação quando o procedimento administrativo disciplinar poder gerar penalidade ou restrição de direitos do processado, independentemente do nome que venha a receber.

Deste modo, além do processo disciplinar estrito, devem ser abrangidas as sindicâncias punitivas, os procedimentos sumários (apuração de abandono de cargo e inassiduidade habitual - art. 140; e acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções - art. 133, ou qualquer outro procedimento disciplinar com índole e caráter punitivo.

Por fim, a defesa será imposta ao acusado em qualquer fase da instrução. Se há de convir que no processo administrativo disciplinar estrito, há a peculiaridade de ser composto por 03 fases (art. 151, Lei nº 8.112/90), onde duas delas são de ordem estritamente administrativas a serem realizadas pela autoridade competente, que prescindem de defesa, quais sejam: a instauração, coma publicação do ato que constituir a comissão; e o julgamento.

Conseqüentemente, na primeira “notificação” do acusado, com início do inquérito administrativo, compreendendo a instrução, defesa e relatório, deverá ser concedida a faculdade do processado constituir advogado ou defensor dativo, bem assim, providências quanto ao exercício da orientação jurisprudencial sumulada.

5. IMPLICAÇÕES DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

A orientação jurisprudencial, como anteriormente dito, predomina na doutrina em não se tratar de fonte de direito, em que pese em muitos casos assim funcionar.

Com efeito, não se trata de conceito imperativo a ser cumprido pela Administração Pública, porém, o seu não cumprimento gerará danos incalculáveis ao Estado.

Com base no princípio da inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário, e inexistência de jurisdição administrativa (contencioso administrativo) no ordenamento pátrio, cuja jurisdição é una, o eventual prejudicado ingressaria em juízo para alegar o cerceamento de defesa. Em face da nova orientação judicial, denotaria maior probabilidade em ter seu pleito procedente na instância judicial. Acrescenta-se que em se tratando de direito sumulado, haveria uma maior celeridade e entendimento mais uniforme nas instâncias inferiores, haja vista as novas reformas processuais civis, onde privilegiam as súmulas e jurisprudência de Tribunais Superiores (arts. 475, § 3º; 518, § 1º; 544, § 3º, 557 caput e § 1º-A, todos do Código de Processo Civil).

Significa dizer que o enunciado poderá gerar um enorme gasto público, caso venham a ser anulados processos administrativos disciplinares.

Como paradigma, em se tratando de cerceamento de defesa, cuida-se de nulidade absoluta, alegável a qualquer tempo, com efeitos *ex tunc*, ou seja retroativos, o que não exclui a declaração de ofício pela própria autoridade (art. 169, da Lei nº 8.112/90; art. 53 da Lei nº 9.784/99 e Súmula nº 473 do STF).

Partindo desta premissa, torna-se inimaginável - e irrealizável - a quantidade de processos administrativos a serem refeitos, por cumprimento de decisões judiciais.

Noticiou o jornal “Folha de São Paulo”, em 30/07/2007, que dos 505 mil servidores públicos federais, 23.253 respondem a processo administrativo disciplinar, com 1.348 demissões ocorridas nos últimos quatro anos.

A nulidade de um feito para a administração pública causa consequências imensuráveis. Primeiro, o elevado custo dispendido por um processo disciplinar, além de, normalmente, impossibilitar que os servidores componentes da comissão exerçam suas atividades fins.

Segundo, o afastamento do servidor, seja preventivo, seja por meio de demissão, tendo em vista que a nulidade e possível reintegração do cargo causarão o ressarcimento de todos os vencimentos, benefícios e acréscimos que possui a remuneração do servidor.

Terceiro, a “desmoralização” e “descrédibilidade” perante o sistema punitivo administrativo, não apenas dentro da corporação, como também em face da sociedade.

Os institutos da anulação e da prescrição, no âmbito penal, diferem do seu conteúdo na esfera administrativa, embora tenham a mesma natureza e alicerces. Em especial, a prescrição regulada no processo disciplinar, com suas regras específicas de interrupção do prazo prescricional, inclusive com orientações pacificadas nos Tribunais Superiores, resultaria em decisões irreparáveis à Administração Pública, haja vista que a anulação de um processo disciplinar aliado ao fator tempo pode impedir a aplicação de devida punição, em novo processo, eventualmente instaurado em face daquela anulação.

Daí a necessidade do fortalecimento de mecanismos e instrumentos para que haja um devido processo legal, evitando-se a modificação das decisões administrativas pelo Poder Judiciário.

Frise-se que a orientação jurisprudencial mencionada surtirá efeito em todo o sistema punitivo da administração pública, seja ela federal, estadual ou municipal, direta e indireta, o que incluem as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mistas, em que pesem algumas particularidades quanto aos procedimentos disciplinares-punitivos de algumas.

Só no Ministério da Justiça - e os órgãos a ele vinculados -, segundo o portal da transparência, existem 167 processos administrativos disciplinares e 332 sindicâncias, em curso, e 2585 processos a instaurar.

Em notícia veiculada no jornal o “Estadão”, em 19/10/2006, a Defensoria Pública da União passava a ter 242 membros em seu quadro.

Nos municípios, não há defensoria pública própria (art. 2º, LC nº 80/94) devendo utilizar a Defensoria Pública Estadual, e, subsidiariamente ou residualmente, a Defensoria da União.

Se há de convir que em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe defeso qualquer incursão no mérito administrativo, a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade.

A súmula traz uma obrigação direta ao administrado e à Administração, o que por si só, a torna questionável em face do princípio da legalidade.

A preocupação com as finanças públicas está prevista no art. 2º da Lei nº 4.320/64 a qual conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade, além de ressaltar o art. 6º que todas as receitas e despesas constarão da Lei de Orçamento pelos seus totais,

vedadas quaisquer deduções. Outrossim, não se olvida das eventuais implicações regidas pela Lei Complementar nº 101/2000, quanto à geração de despesas.

Vê-se que os efeitos da referida súmula dar-se-ão em todo país, abrangendo a União, os Estado e os Municípios.

A constituição de advogado ou de defensor dativo que deveria, a princípio, recair ao servidor processado, possivelmente, pode recair para o ente público.

Em caso de recusa ou impossibilidade do acusado em indicar e constituir advogado, este encargo recairá diretamente à Administração Pública, o que não está previsto em lei, nem há qualquer imposição de ônus processual ao servidor que agir de má-fé, ou mesmo utilizando-se de artifícios procrastinatórios, diferentemente do que ocorre no âmbito judicial.

Não há mecanismos, ao menos, a princípio, que obriguem o servidor processado a constituir advogado. Por outro lado, este, ao assessorar aquele, fará com que não haja esta presença no início do processo, para que futuramente tente alegar cerceamento de defesa.

O excessivo ônus encarregado à Administração não era nem é previsto ou previsível.

Não há estrutura, recursos, organização para o cumprimento imediato de tal orientação.

A deficiência de recursos humanos seja qualitativo ou quantitativo, para a condução de processos administrativos, é patente, sem poder alegar que os entes públicos estejam inertes, pois, processos e mecanismos de capacitações já vêm sendo realizados, a fim de promover um devido processo.

Não resta dúvida de que a paridade entre as parte deve ser respeitada, contudo, partindo deste princípios, também devem ser oferecidos ou concedidos instrumentos de viabilidade para que se efetive a igualdade.

Na visão dos advogados, aumentará a procura e demanda de serviços de advocacia em todo o Brasil, considerando os milhares de processos administrativos existentes, ainda em curso.

Para a Defensoria Pública será mais um motivo de fortalecimento e busca pela efetivação dos preceitos constitucionais a ela concebidos (arts. 99, §2º e 134, §2º, CF).

Vale ressaltar que a obrigatoriedade da presença de advogado, cuja atividade, em regra, é privada, deve recair sobre o servidor. Diferentemente do processo judicial, no processo administrativo não se observa a sistemática do ônus da sucumbência, e, conseqüentemente, os honorários do advogado serão arcados pelo acusado.

6. SUGESTÕES E SOLUÇÕES IMEDIATISTAS

Na visão administrativa, a grande dúvida e insegurança surge em se saber como resolver este novo “encargo” jurisprudencial, além da inafastável despesa pública eventualmente gerada em face de anulações de processos administrativos.

Inicialmente, vislumbra-se que, ainda que se trate de interpretação de norma federal, e sem adentrar em questões constitucionais e em analogia, pela *ratio essendi* do art. 27, da Lei nº 9.868/99, o Superior Tribunal de Justiça possa vir a restringir o alcance dos efeitos da súmula.

Na orientação do Supremo Tribunal, no sistema de controle de

constitucionalidade, em prol de uma segurança jurídica ou de interesse social, os efeitos da decisão poderão ser *intra partem* ou ainda “*erga omnes limitado*” a uma determinada categoria ou setor, ou ainda a aplicação de efeito *ex nunc*, ou seja, efeitos para o futuro.

Neste sentido, o próprio STJ já se pronunciou que “não obstante, razões de segurança jurídica e interesse social; hoje, valores consagrados constitucionalmente, admitem flexibilizar a eficácia extirpadora do pronunciamento declaratório, porquanto oneroso para a unidade federativa, afastar os efeitos públicos produzidos por regras, envolto, originariamente de presunção de legitimidade” (REsp 511478 / SP, DJ 19.12.2003).

Em outros julgados, o Superior Tribunal também entendeu, quanto a este sistema de controle de inconstitucionalidade, que “a revogação, contrariamente, tendo por objeto norma válida, produz seus efeitos para o futuro (*ex nunc*), evitando, a partir de sua ocorrência, que a norma continue incidindo, mas não afetando de forma alguma as situações decorrentes de sua (regular) incidência, no intervalo situado entre o momento da edição e o da revogação” (EREsp 517789/AL, DJ 10.04.2006). Em sentido similar: REsp 726247 / RJ, DJ 05.10.2006, p. 246.

Em interpretação analógica, partindo-se da mesma razão, também poder-se-ia utilizar da sistemática da súmula com efeito vinculante, que embora possua eficácia imediata, o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de determinado momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (Lei nº 11.417/2006).

Em outra visão, poder-se-á aplicar a regra anteriormente dita, quanto à nulidade de processo disciplinar, por cerceamento de defesa, atentando-se para a Súmula 523 do STF, em que a deficiência da defesa não causará nulidade, salvo se houver prova de prejuízo para o réu, em perfeita aplicação do princípio que rege a Teoria Geral das Nulidades: *pas de nullité sans grief*.

Logo, nada implicará que eventuais alegações judiciais venham a ser tratadas individualizadamente, observado-se o caso concreto.

Saliente-se que a questão levantada, embora se cuide de matéria infra-constitucional, nada impede que seja apreciada e discutida pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o objeto da proteção que é a ampla defesa, de índole constitucional. Outrossim, a questão pode ser aventada como repercussão geral, conforme introdução do art. 102, § 3º da CF, incluída pela EC nº 45/2004, e alteração do CPC, por meio da Lei nº 11.418/2006, ao acrescentar o art. 543-A. Segundo o referido artigo, para efeito da repercussão geral, “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Em recente julgamento do MS 12594/DF, o STJ, em que pese ter concedido a segurança, à unanimidade, à servidora demitida sem a presença de advogado, começam a surgir discussões sobre o assunto. Conforme notícia do Superior Tribunal, veiculada em seu endereço eletrônico, em 18/10/2007, salientou o Min. Napoleão Nunes em não ser lícito pedir anulação do processo após sua conclusão, pois, a defesa deveria ter sido solicitada durante o feito. Outrossim, sem ressalvas ao voto da Min. Relatora, o Min. Arnaldo Esteves Lima “destacou que a própria administração pública deveria ter se preocupado em não violar o princípio da legalidade. Mesmo entendimento tiveram o juiz convocado Carlos Mathias e a desembargadora convocada, Jane Silva. Segundo ela, 'o voto consagrou um princípio constitucional que tem por objetivo a defesa do cidadão'”.

Quanto às sugestões e soluções propriamente ditas, têm-se:

a) Processos arquivados - os processos arquivados e findos em nada serão alterados, pois, embora seja possibilitado à Administração rever seus próprios atos, à época da punição do servidor, aplicava-se a legislação correlata, em cumprimento ao seu principal princípio reitor, qual seja, da legalidade. Alia-se, ainda, à questão da segurança jurídica das relações.

b) Processos em trâmite - nos processos em curso, deverá ser dada oportunidade ao acusado para exercer a faculdade de constituir advogado. Na recusa do servidor, a comissão deverá providenciar o cumprimento da exigência do defensor dativo.

Quanto às provas já produzidas, deverá o defensor se pronunciar, inclusive, se for o caso refazê-las, em aplicação do princípio do contraditório;

c) O encargo – a constituição de advogado é ônus que deve recair ao servidor processado, até porque, parte-se do princípio que, considerado ou não como um ônus “injusto”, o principal interessado em ter sua defesa devidamente protegida é do próprio acusado.

Nota-se que o direito de defesa, por ser um direito fundamental é indisponível. O acusado, embora possa dispor da faculdade de constituir seu defensor, não pode recusar a defesa técnica, o que impõe a nomeação de defensor dativo;

d) Pluralidade de acusados - havendo pluralidade de acusados, o correto, e por cautela, seria designar o número de defensor para cada processado. Na impossibilidade, nada impede que haja apenas um defensor, devendo-se observar, contudo, se as defesas dos servidores não são conflitantes, o que tornaria impeditiva a designação ou nomeação de defensor único. Defesas conflitantes, com pluralidades de acusados e assistência por um único advogado, são causa de nulidade absoluta (RTJ 423/397, 591/370 e 600/366);

e) Defesa técnica - a defesa técnica deverá ser exercida por advogado inscrito na OAB, contudo, não exclui a possibilidade de ser exercida por defensor dativo bacharel em Direito, também inscrito na OAB. É recomendável que o servidor público, advogado e devidamente inscrito na OAB, apenas exerça a defesa dativa caso não esteja impedido legalmente de exercer a atividade advocatícia.

De fato, há cargos ou funções públicas incompatíveis, ou que constituem fatores impeditivos para o exercício da advocacia, impedindo o servidor de ser inscrito (art. 8º, V, da Lei nº 8.906/94), contudo, não exclui a possibilidade deste servidor prestar e ser aprovado no exame de ordem.

De acordo com o art. 2º, § 2º do Provimento nº 109/2005 do Conselho Federal da OAB, é facultado aos bacharéis em direito que exercerem cargos ou funções incompatíveis com a advocacia prestar Exame de Ordem, mesmo estando vedada sua inscrição na OAB.

Frise-se que em quaisquer destas hipóteses, o servidor público não deve exercer esta defesa dativa, enquanto inexistir posicionamento da Corte Superior quanto à matéria.

Tem-se a possibilidade da autodefesa, em se tratando de servidor-advogado, configurando-se defesa em "causa própria" (art. 36, CPC). Todavia, esta autodefesa também deve ser levada com cautela, observando-se cada caso em concreto, tendo em vista que o art. 28 do Estatuto da OAB dispõe que determinadas atividades exercidas por agentes públicos, os tornarão incompatíveis para o exercício da advocacia, mesmo em causa própria, além de que a tendência dos Tribunais Superiores é a de restringir a autodefesa, como já exposto.

f) Servidor Público/defensor dativo - nada impede que servidor público,

que atenda os requisitos na alínea anterior – ou seja, advogado inscrito na ordem (o que preenche as exigências do art. 164 da Lei nº 8.112/90) -, seja defensor dativo do processado, pois, sua atuação qualifica-se como encargo público, em interesse da Administração.

O STJ, neste sentido, apresenta seguinte jurisprudência:

O fato de defensor dativo possuir impedimento para advogar contra o Poder Público não gera a nulidade de processo administrativo disciplinar, já que a sua atuação decorre de múnus público. In casu, a atuação da defensora circunscreveu-se, apenas, em acompanhar o indiciado, também Bacharel em Direito, no interrogatório. A declaração de nulidade de ato processual exige a respectiva comprovação de prejuízo. (EDcl no RMS 10264/ PE, DJ 07/10/2002) (grifou-se)

A utilização de servidor público como defensor dativo, não resta excluída, mas tem que ser considerada com reservas, tendo em vista as interpretações que podem surgir da súmula 343.

No caso de ser utilizado servidor como defensor dativo, deve-se buscar aquele bacharel em direito, que tenha inscrição na OAB, não impedido ou sem restrições no exercício da atividade advocatícia.

Logo, percebe-se que a utilização de servidor público, incumbido pela Administração Pública em exercer a defesa dativa, deve ser aplicado em última hipótese.

g) Autodefesa - Em regra, tem-se a possibilidade da autodefesa, em se tratando de servidor-advogado, configurando-se defesa em "causa própria" (art. 36, CPC).

Conforme item anterior, também implica dizer que o servidor público, e advogado profissional poderia exercer sua autodefesa plena

Todavia, esta autodefesa também deve ser levada com cautela, observando-se cada caso em concreto, tendo em vista que o art. 28 do Estatuto da OAB dispõe que determinadas atividades exercidas por agentes públicos os tornarão impossibilitados de exercerem a advocacia, mesmo em causa própria, além de que a tendência dos Tribunais Superiores é a de restringir a autodefesa, como já exposto.

Para dar maior efetividade ao devido processo legal, também é recomendável nomear defensor dativo, na hipótese, para exercício da defesa, em caso de não constituição de advogado pelo servidor, ainda que seja profissional habilitado.

h) Recusa do servidor e a Defensoria Pública - em caso de recusa do servidor em constituir defensor, ou alegação de impossibilidade financeira, buscar-se-á apoio na Defensoria Pública.

Segundo o art. 5º, LXXIV da CF, é garantido aos necessitados, a defesa jurídica, ao estabelecer que "o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

Conforme a Lei Complementar nº 80/94 que rege sobre a atividade da Defensoria Pública, preceitua seu art. 4º, entre suas funções institucionais:

IX - assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes;

Ainda no art. 18, incumbe aos Defensores Públicos da União:

O STF já julgou constitucional norma de Constituição Estadual que concedia os benefícios da defensoria pública a servidores públicos (ADIn 3022/RS, DJ 18/08/2004, Informativo nº 335-STF).

O STJ, quanto à presença obrigatória de defensor, já argumentou que “a União, uma vez não constituído advogado pelo servidor indiciado, dispõe de estrutura funcional para conferir efetividade ao princípio constitucional da ampla defesa, bastando, para tanto, promover a devida nomeação de defensor dativo para atuar em processos dessa natureza.”(MS 12336/DF, DJ 24/09/2007).

Cedição da deficiência estrutural que tem a Defensoria da União, sem maiores dilações;

i) Recusa da Defensoria Pública - no entanto, a Defensoria Pública poderá alegar que, consoante previsão constitucional, que lhe incumbe a prestação de assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, deverá atender aos “necessitados”, o que, de antemão, excluiria os servidores públicos.

Sem questionar sobre remunerações dignas ou não, por certo, a Lei de Assistência Judiciária (Lei nº 1.060/50) considera necessitado, para os fins legais, “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

Ocorre que, a partir da edição da Lei nº 7.510/86, que deu nova redação ao art. 4º, e parágrafos, da Lei nº 1.060/50, passou-se a exigir a simples afirmação da parte no sentido de que não tenha recursos para pagar as despesas processuais. Ou seja, basta a simples declaração de “necessitado” para ser concedida a assistência judiciária gratuita.

Não se olvida que tal afirmação é de presunção *juris tantum*, relativa, o que pode ser contraditada.

Neste sentido, o STJ entende que:

A presunção contida no art. 4º da Lei nº 1.060/50, quanto à declaração de pobreza, dispensa o requerente de comprovação. Possibilidade de exigir-se prova quando assim o entender o magistrado, ou quando houver impugnação da parte contrária. O juiz pode, de ofício, exigir comprovação, se não se satisfizer com a mera afirmação. (STJ, Resp 465966/RS, DJU 08/03/2004).

Significa dizer que a declaração do servidor, como “necessitado”, pode ser provada em contrário. Contudo, embora não possa aplicar o ônus processual previsto no § 1º do art. 4º acima referido, quanto ao “pagamento até o décuplo das custas judiciais”, o servidor poderá ser responsabilizado no âmbito penal por declaração falsa, bem assim, responsabilizado por ter praticado ilícito administrativo, considerando que o agente não buscou com a verdade, e não agido devidamente com a Administração Pública.

j) Sindicatos e entidades de classe - frustrada ou na impossibilidade de prestação de assistência judiciária pela defensoria pública, pode-se recorrer aos sindicatos das categorias e servidores.

A finalidade assistencialista do sindicato inclui-se nas chamadas “cláusulas sociais”.

Como norma de proteção ao trabalhador, leciona o mestre JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO (2007, p. 731), que a “assistência aos associados ou aos membros de categoria que representa é a outra meta a ser lembrada e constantemente arrolada entre as visadas pelo sindicato.”

Com base na legislação trabalhista, já rezava a Lei nº 5.584/70 (art. 14,

caput), ainda em vigência, que o sindicato profissional a que pertencer o trabalhador deverá prestar assistência judiciária.

Frise-se que, o fato de a Lei nº 5.584 dispor que a assistência judiciária será prestada pelo Sindicato da categoria a que pertencer o trabalhador, desde que o salário deste seja igual ou inferior a dois salários mínimos, não exclui a extensão do benefício, mesmo que o trabalhador perceba remuneração superior, à luz da Lei nº 1.060/50.

Embora a referida lei se refira às questões da Justiça do Trabalho, não se pode esquecer dos preceitos constitucionais e das finalidades dos sindicatos e entidades de classe.

Aos sindicatos cabem representar perante as autoridades administrativas e jurídicas, as empresas públicas e estatais e as associações os interesses gerais e individuais da categoria, podendo atuar como substituto processual em favor dos seus associados.

Segundo o inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal, “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.”

De modo mais abrangente, agora se referindo à categoria, preceitua o inciso III do art. 8º da CF que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”;*(destacou-se)*

O servidor, em especial, possui meios legais a fim de que os sindicatos e as entidades de classe cumpram com os preceitos constitucionais, sob pena de responsabilização;

l) Nomeação de defensor pelo juiz - inexistindo defensoria, ou na falta de constituição de advogado, há a possibilidade de a comissão processante requerer ao juiz que seja nomeado um defensor para exercer o *múnus* público, haja vista a orientação da súmula e a analogia ao art. 263 do Código de Processo Penal.

Se há de convir que o advogado nomeado não poderá recusar o encargo, pois, constitui infração disciplinar, à luz do inciso XII do art. 34 do Estatuto da OAB. As causas justificáveis de recusa encontram-se no art. 15 da Lei nº 1.060/50.

O advogado nomeado poderá invocar o art. 22, § 1º do Estatuto da OAB, para que o juiz possa arbitrar honorários, em alusão ao parágrafo único o art. 263 do CPP (STF, RE 111.336-7/SP, DJU 21/11/86). Nesta hipótese, o ônus inicial recairá sobre o Estado, porém, aqueles que obrigarem o juiz a nomear defensor, quando tinham possibilidade de o fazer, deverão ser responsabilizados pelos honorários, e com ação de ressarcimento pelo Estado ao servidor. Pensamento semelhante é externado por NUCCI (2006, p. 551).

É de bom alvitre ressaltar que as manifestações do defensor público ou dativo devam ser fundamentadas (art. 261, CPP, redação dada pela Lei nº 10.792/2003), não estando obrigados a recorrerem (STF 643/389; 649/346, e RSTJ 89/358-9);

m) Auxílio de outras entidades - poderá, ainda, o ente público celebrar convênios e parcerias com a Ordem de Advogados do Brasil e das seccionais a fim de preencher a exigência da presença de advogado, mais precisamente, de defesa técnica em processo disciplinar seja cumprida.

Vê-se que a própria Lei nº 1.060/50 reza sobre a colaboração eventualmente recebida pela OAB, além dos contratos existentes, como sabido, realizado pela Administração Pública, para atender às suas demandas necessárias, em âmbito judicial.

Outro mecanismo é buscar apoio nas Organizações Não-Governamentais

(ONGs), como nas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), que têm 45 entidades no país, considerando somente as cadastradas pelo Ministério da Justiça, as quais exercem atividades jurídicas, muitas delas localizadas nos maiores estados da federação, e que podem auxiliar no oferecimento de prestação de assistência jurídica.

Aventa-se uma outra possibilidade, que consiste em atuar juntamente com as Fundações de Ensino e Universidades de Direito, que normalmente oferecem serviços advocatícios. Tendo em vista que, em regra, há, na grade curricular do curso de Direito, a prática forense na área administrativa, seria uma vantagem para muitas instituições de ensino superior, considerando que a prática forense de processos administrativos disciplinares, para não dizer inexistente, é raríssima na práxis.

Por fim, quando necessária for a produção de atos processuais em local diverso, como no caso de cartas precatória, uma vez intimado o acusado e seu defensor não comparece na realização do ato, é prudente à comissão providenciar que aquela prova seja acompanhada por defensor *ad hoc* no local de sua feitura.

CONCLUSÃO

O novo parâmetro jurisprudencial, introduzido com a Súmula 343 do STJ, ao exigir a presença de advogado em processo administrativo disciplinar, *prima facie*, não deve ser visto de forma temerária pela Administração Pública.

Quem trabalha dia-a-dia com feitos disciplinares, convive com as mais diversas dificuldades enfrentadas pela Administração Pública para que seja realizado, a contento, um sistema punitivo que atenda aos anseios sociais, em prol do interesse público.

Ao se ler este texto, tem-se a certeza de que muitos termos e definições pertencem a área do conhecimento estrito das ciências jurídicas, portanto, não compreensíveis por grande e maciça parte dos servidores públicos.

Carta precatória, inquirição, oitiva, notificação, prova emprestada, teoria da prova ilícita, vogal, ônus processuais, prescrição não são termos usualmente utilizados por servidores, e o pouco de conhecimento que se tem não tende, nem significa o alcance de suas reais finalidades e abrangência. Sem estes conhecimentos, tão específicos, como sustentar a tese de que foi assegurada uma defesa ampla e irrestrita, nos termos da lei e da Constituição?

Não se pode esquecer os efeitos que são gerados de uma demissão ou cassação de aposentadoria, sem com isso dizer que não devam ser severamente extirpadas condutas que ofendam à moralidade pública e ao bem comum.

Contudo, não resta dúvida em temer as interpretações, que porventura venham a ser dadas ao referido enunciado, as quais poderão causar prejuízos incalculáveis para os entes públicos, além de impor um ônus não previsto nem previsível, aliado à falta de estrutura, recursos, organização e deficiência de recursos humanos para o efetivo cumprimento da orientação aludida.

Há de se ponderar que o agir da Administração sempre se deu em conformidade com a lei, pois, a Lei nº 8.112/90 – registra-se, posterior à Carta Magna de 88 onde já eram previstas a ampla defesa e a essencialidade da advocacia – seria mais uma exceção feita pelo legislador em relativizar a presença de advogado, como a regra do que ocorre no âmbito administrativo.

Neste diapasão não poderia a Administração sofrer “sanções”, tendo em vista que agia na mais estrita legalidade.

As dificuldades práticas já existentes em face da nova orientação jurisprudencial reforça a idéia de fortalecimento de procedimentos preliminares e investigativos a fim de que seja evitada a abertura de processos administrativos indevidos, o que também auxilia na otimização de recursos.

Aperfeiçoar um sistema punitivo disciplinar, com base numa Teoria Geral do Direito Administrativo Sancionador, nada mais é do que fortalecer a própria Administração Pública e suas decisões, atender ao interesse público, dentro de um Estado Democrático de Direito.

Todavia, a questão ora discutida, sem esquecer os princípios da ampla defesa e do contraditório, não pode deixar de invocar princípios como o da proporcionalidade, da legalidade e da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CAMBI, Salomão e CAMBI, Eduardo. *Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na constituição federal de 1988*. Publicada no juris síntese nº 42 - jul/ago de 2003.

CARVALHO FILHO, José Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GARCIA, Aílton Stropa. *Princípio constitucional da ampla defesa e meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inc. LV, da CF)*. Revista dos tribunais, vol. 701. Março/94.

GOMES, Luiz Flávio. Reformas Penais (VI): defesa efetiva e interrogatório. Publicada no juris síntese nº 46 - mar/abr de 2004.

LEITE, Roberto Basoni. *Direito Sumular do Trabalho*. In AZEVÊDO, Jackson Chaves de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2001, p. 385-410.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TUCUNDUVA, Ruy Cardoso de Mello. *Aspectos da amplitude da ampla defesa no processo administrativo*. Justitia, vol. 109. Abril/Junho 1980.

ODETE Medauar. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993. p. 115-120.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2007.

RIBEIRO, C. J. de Assis. *Do Processo Administrativo e sua Revisão*. 2 ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S/A, 1960.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. V. I e II. Edição Universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudencia*. Consulta. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Último acesso em: 08 out. de 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudencia*. Pesquisa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Último acesso em: 08 out. de 2007.