Observatório da Jurisdição Constitucional

Ano 2 - Outubro 2008 - Brasília - Brasil - ISSN 1982-4564

A DISPENSA DE DEFESA TÉCNICA POR ADVOGADO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

Flávio Rezende Dematté
Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União e aluno da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Por meio do presente trabalho, será feita uma análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 434.059/DF, em 07/05/2008 (publicado no DJE nº 172, de 12/09/2008), quando a Corte Excelsa foi instada a responder à controversa pergunta: com o fim de se garantir a ampla defesa e o contraditório nos processos administrativos disciplinares, a defesa técnica por advogado é exigível ou apenas possível?

No caso em apreço, o citado recurso extraordinário foi interposto pela União e pelo Instituto Nacional do Seguro Social, sob a alegação de violação aos arts. 5º, LV, e 133, da Constituição Federal, contra decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça que julgou procedente mandado de segurança por meio do qual a impetrante buscava a anulação de portaria demissória lavrada pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social.

Na referida decisão, o STJ entendeu que a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo no processo administrativo disciplinar, por si só, enseja plenamente a sua nulidade por cerceamento de defesa, haja vista que, na compreensão daquela Corte Superior, a obrigatoriedade da presença de advogado no processo judicial ou administrativo seria elemento essencial à garantia constitucional da ampla defesa.

Dando provimento, por unanimidade, ao mencionado recurso extraordinário e reiterando o posicionamento que já havia firmado em julgamentos precedentes, o STF assim decidiu:

> *EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.*

Antes de se proceder ao exame do teor da decisão manifestada pelo STF no recurso extraordinário em tela, mister que sejam observadas algumas características que marcaram este recente e importante julgamento. Em primeiro lugar, além da já citada unanimidade do provimento dado pelo Tribunal Pleno, relevante destacar que foi em decorrência dos debates travados especificamente neste julgamento que foi concebida a Súmula Vinculante nº 5 ("a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição"), cuja proposta e aprovação se deram naquela mesma Sessão Plenária.

Outrossim, é de se ressaltar que, à época do julgamento do RE 434.059/DF, o entendimento de que a presença do advogado nos processos administrativos disciplinares seria obrigatória estava sedimentado pelo STJ por meio da Súmula nº 343, aprovada em 12/09/2007, que assim dispunha: "é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar".

Feito esse sucinto relato, o que se constata é que todo este cenário fático e jurisprudencial que envolveu a decisão proferida no RE 434.059/DF indica, de

maneira inequívoca, que se está diante de um julgamento histórico e paradigmático da Corte Magna brasileira e que versou sobre um dos temas mais caros ao Direito Administrativo moderno: a plenitude da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos disciplinares.

O argumento condutor que permeou os votos de todos os Ministros presentes àquela Sessão foi erigido no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, e foi alicerçado na tese de que a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da da Constituição Federal) busca assegurar uma pretensão à tutela jurídica.

Com fundamento na doutrina jurídica alemã e em decisões do Tribunal Constitucional daquele país, o voto do relator expõe que tal pretensão à tutela jurídica contém e é concretizada por meio do exercício de três direitos: (1) direito de informação, "que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes"; (2) direito de manifestação, "que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo"; e (3) direito de ver seus argumentos considerados, "que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas".

O Ministro Gilmar Mendes conclui o seu ditoso voto afirmando que garantindo-se o exercício de cada um daqueles três direitos, tanto nos processos judiciais, quanto nos administrativos, a ampla defesa e o contraditório restarão efetivados em toda a sua plenitude, não havendo que se falar, portanto, em ofensa ao art. 5º, LV, da Carta Magna, e salienta, especificamente no caso do processo administrativo disciplinar, que

a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo habilitado não ocasiona, por si só, a nulidade daquele processo.

A primeira constatação que se faz do caso ora em análise é que esta tese jurídica que embasou o julgamento do RE 434.059/DF consolidou o entendimento que a maior parte da doutrina administrativista pátria desde há muito vem propagando a respeito do alcance da garantia da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo.

Segundo Odete Medauar, como o princípio do contraditório está fundado na possibilidade de a parte reagir aos fatos que lhe são contrapostos em um processo, desta circunstância nascem para o interessado determinadas faculdades e conseqüências que constituem a própria estrutura do contraditório, sendo que tais desdobramentos consistiriam no direito à informação geral (obtenção de conhecimento apropriado sobre aquilo que compõe e irá compor o processo), no direito à ouvida dos sujeitos ou audiência das partes (possibilidade de os sujeitos manifestarem os seus pontos de vista) e no direito à motivação (influenciação das manifestações dos sujeitos sobre a decisão final)[1].

Assim, a finalidade do contraditório é, por meio da possibilidade de participação do interessado no desenvolvimento do processo decisório, auxiliar o órgão competente para decidir, o que acontecerá quando se der àquele sujeito a oportunidade de contribuir para a construção de um panorama o mais completo possível a respeito da situação fática aventada e da questão jurídica envolvida, de modo que a decisão a ser proferida possa ser a mais razoável e ponderada, a mais

1 MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 110.

condizente com a realidade e a que mais leve em consideração o interesse particular que será satisfeito ou sacrificado ao final do processo[2]. Ou seja, a dialética processual deve ser a batuta que regerá a orquestração do julgamento que será decretado ao fim do processo[3].

No mesmo sentido acima exposto, Cesar Asfor Rocha leciona que "o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes"[4].

Especificando um pouco tais manifestações da garantia constitucional insculpida no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o direito à informação pode ser desdobrado no direito de ser notificado sobre a existência do processo e no direito de o interessado acompanhar e ter acesso aos autos deste; o direito de manifestação pode ser subdividido no direito de ser ouvido e no direito de produzir as provas necessárias; e, por fim, o direito de ver os seus argumentos considerados abarcaria não só o direito a uma decisão motivada e influenciada pelo discurso da parte, como também o direito a recorrer desta decisão, caso entenda que ela lhe foi prejudicial[5].

2 CARTABIA, Marta. *La Tutela dei Diritti nel Procedimento Amministrativo.* Milão: Dott. A. Giuffrè, 1991. p. 109.

3 Outro não é o entendimento encontrado em FERRAZ, Sérgio, e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 92: "O princípio do contraditório exige um diálogo: a alternância das partes interessadas, durante a fase instrutória. A decisão final deve fluir da dialética processual, o que significa que todas as razões produzidas devem ser sopesadas".

4 ROCHA, Cesar Asfor. *A Luta Pela Efetividade da Jurisdição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 44.

5 SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados.* São Paulo: Malheiros, 2004. p. 84.

Outro ponto relevante nesta discussão diz respeito à faculdade processual que o acusado possui de se defender ou não daquilo que lhe é imputado por meio do processo, matéria esta que não passou desapercebida pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso em seus respectivos votos. O que não se pode perder de vista sobre este assunto é que o exercício da ampla defesa e do contraditório constitui uma possibilidade de agir que se coloca à disposição do acusado no processo administrativo para que ele o utilize da maneira que mais lhe convier, ou seja, o "interessado o exercerá ou não, segundo suas conveniências pessoais", revela o Ministro Cezar Peluso.

De sorte que fica ao alvedrio do sujeito escolher e engendrar a estratégia ou a forma de defesa que julgar mais adequada para o caso, seja ela por meio da autodefesa, seja ela por meio da defesa técnica através de advogado ou por "um terceiro que possua habilidade suficiente a defendê-lo", segundo bem observado pelo Ministro Marco Aurélio no seu voto, seja ela por meio do silêncio ou da omissão. Todos estes modos de exercício do contraditório e da ampla defesa são plenamente aceitáveis e válidos perante o ordenamento jurídico em vigor[6]; o que não se admite é que o poder estatal imponha ao acusado uma maneira específica e determinada de exercer tal garantia constitucional. A propósito, de lapidar elucidação é o ensinamento de Fábio Medina Osório:

> *"Veja-se que a técnica do silêncio ou mesmo da omissão pode ser uma forma técnica de defesa, inclusive com a perspectiva de nulificação do processo ou procedimento. Não se pode premiar*

6 A respeito dessa ampla liberdade defensiva conferida pelo atual ordenamento jurídico ao acusado no processo administrativo, ver as disposições contidas no art. 3º, IV, da Lei 9.784, de 29/01/1999, e no art. 156, *caput*, da Lei nº 8.112, de 11/12/1990.

> *aquele que fica em silêncio, mesmo dispondo de oportunidade de defesa, com a nulidade processual ou administrativa, retardando indevidamente a prestação jurisdicional ou a decisão da autoridade competente. Por isso, o não uso de faculdades processuais pode traduzir prejuízos legítimos aos interesses dos acusados. Penso que se mostra razoável o caminho de propiciar oportunidades aos acusados para o exercício de defesa. Se essas oportunidades são ou não devidamente aproveitadas, utilizadas, parece-me que é um problema dos acusados e de seus espaços de liberdade".7*

Ademais, ainda que o interessado opte por se manter silente ou inerte durante todo o trâmite processual, deve ser ressaltado que, no âmbito do processo administrativo disciplinar, a Lei nº 8.112, de 11/12/1990, em seu art. 164, impõe que o ato final de defesa do acusado – denominado pela lei como "defesa escrita" – seja elaborado por um defensor dativo designado pela autoridade instauradora e de acordo com os requisitos previstos naquele dispositivo. Tal defesa escrita, embora a lei não requeira que a sua elaboração seja feita por advogado[8], deve necessariamente ostentar um mínimo razoável de eficiência e de potencial defensório[9]; ou seja, o que importa, conforme acentuado pela Ministra Ellen Gracie no seu voto, é "que essa defesa não seja *pro forma*, mas uma defesa qualificada".

7 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 526.
8 Vale destacar que a Lei nº 8.112, de 11/12/1990, sequer exige que o defensor dativo designado seja bacharel em Direito.
9 COSTA, José Armando da. *Prescrição Disciplinar.* Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 29.

Por fim, não há que se falar que a dispensa de defesa técnica por advogado nos processos administrativos disciplinares afrontaria o art. 133 da Constituição Federal[10]. Conforme analisado no voto do Ministro Carlos Britto, deve-se observar que o citado artigo está inserido na seção denominada "Da Advocacia e Da Defensoria Pública", que, por sua vez, compõe a terceira parte do capítulo constitucional referente às "Funções Essenciais à Justiça", sendo que a Justiça aqui mencionada está se reportando à função jurisdicional do Estado, como está bem ressaltado nos arts. 127 e 134 da Carta Magna e que estabelecem o contorno constitucional das funções do Ministério Público e da Defensoria Pública, respectivamente.

Além disso, de acordo com reiteradas manifestações do próprio Supremo Tribunal Federal[11], é imperioso salientar que nem mesmo em alguns processos judiciais a presença de advogado é compulsória, como acontece em causas da Justiça do Trabalho[12], nos Juizados Especiais Cíveis em causas que não ultrapassem vinte salários-mínimos e até mesmo em processos que tramitam na esfera penal, como a revisão criminal[13] e o *habeas corpus*[14]. Assim, reverbera-se as palavras de Vinicius de

10 CF, art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.
11 Ver ADI nº 3.168/DF (DJ 02/08/2007), ADI nº 1.127/DF (DJ 26/05/2006) e ADI nº 1.539/UF (DJ 05/12/2003).
12 CLT, art. 791, *caput.* Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.
13 CPP, art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.
14 CPP, art. 654, *caput.* O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

Carvalho Madeira que "se o art. 133 da Constituição não é interpretado de modo tão abrangente pela Justiça, muito menos poderia sê-lo pela Administração Pública"[15].

Destarte, conclui-se que, por meio do julgamento do RE 434.059/DF e da súmula vinculante originada a partir dele, o Supremo Tribunal Federal, além de pacificar expressiva divergência jurisprudencial entre os dois mais importantes órgãos judiciais brasileiros, firmou uma interpretação doutrinariamente atualizada a respeito da preciosa garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa e contribuiu de maneira efetiva para que tal garantia não fosse utilizada pelo acusado no processo administrativo disciplinar como instrumento de inviabilização da atividade sancionatória disciplinar da Administração Pública, o que, caso vingasse o entendimento anterior sumulado pelo STJ, inevitavelmente ocorreria todas as vezes que o acusado se manifestasse nos autos desacompanhado de um advogado ou, pior, recusasse os defensores dativos que lhe fossem designados pela autoridade instauradora.

Referências Bibliográficas:

CARTABIA, Marta. *La Tutela dei Diritti nel Procedimento Amministrativo.* Milão: Dott. A. Giuffrè, 1991.

COSTA, José Armando da. *Prescrição Disciplinar.* Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FERRAZ, Sérgio, e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MADEIRA, Vinicius de Carvalho. *Lições de Processo Disciplinar.* Brasília: Fortium, 2008.

15 MADEIRA, Vinicius de Carvalho. *Lições de Processo Disciplinar.* Brasília: Fortium, 2008. p. 155.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

ROCHA, Cesar Asfor. *A Luta Pela Efetividade da Jurisdição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados.* São Paulo: Malheiros, 2004.