

Revista da

CGU

ANO VI
Julho/2011
ISSN 1981-674X

Edição Especial - Direito Disciplinar

**CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR**

A black and white photograph of a modern building with a grid facade, likely the headquarters of the Controladoria-Geral da União. The building is viewed from a low angle, looking up. Overlaid on the image is a circular graphic with a globe in the center, surrounded by concentric circles and a lightning bolt, suggesting a global or technological theme.

Controladoria-Geral da União

Revista da CGU
Edição Especial - Correição

Brasília, DF
Julho /2011

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU
SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro
70070-905 - Brasília /DF
cgu@cgu.gov.br

Jorge Hage Sobrinho
Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União

Luiz Navarro de Britto Filho
Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira
Secretário Federal de Controle Interno

José Eduardo Elias Romão
Ouvidor-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha
Corregedor-Geral da União

Mário Vinícius Claussen Spinelli
Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União.

Tiragem: 1.500 exemplares

Diagramação e arte: Assessoria de Comunicação Social da CGU

Distribuição gratuita da versão impressa

Disponível também no site www.cgu.gov.br

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.
O conteúdo e as opiniões dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, as opiniões da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU Edição Especial - Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

376 p. Coletânea de artigos.

1.Prevenção e Combate da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X
CDD 352.17

umário

O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar 14

Alessandra Lopes de Pinho

A formação do Estado patrimonialista português e a gênese da corrupção no Brasil 27

Alan Lacerda de Souza

Uma (re)leitura do poder correicional no Estado Democrático de Direito: prevenção versus repressão 37

Ana Cláudia de Moraes

Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei nº 8112/92.... 50

André Luís Schulz

Publicação dos vencimentos dos servidores públicos na rede mundial de computadores: violação à privacidade ou um instrumento de controle social?..... 62

Darcy de Souza Branco Neto

Possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade prevista seja a demissão..... 72

Débora Queiroz Afonso

Responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista à luz do sistema de correição do Poder Executivo Federal

Eduardo Athayde de Souza Moreira..... 88

Prescrição no processo administrativo disciplinar.....	107
<i>Emília Cássia de Sousa</i>	
O uso do sistema de videoconferência no processo administrativo disciplinar.....	129
<i>Érika Lemância Santos Lôbo</i>	
Processo administrativo disciplinar europeu: procedimento e formação de comissões.....	140
<i>Fernando Toledo Carneiro</i>	
O controle social e a transparência pública na democracia brasileira.....	150
<i>Ivo de Souza Borges</i>	
Demissão de servidor pela Administração Pública por prática de ato de improbidade sem a necessidade de atuação antecipada do judiciário.....	160
<i>José Olímpio Barbacena Filho</i>	
Improbidade administrativa: aplicação da lei, tendências e controvérsias.....	171
<i>Laurent Nancym Carvalho Pimentel</i>	
A inserção das empresas estatais no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.....	185
<i>Marcelo Pontes Vianna</i>	
O Devido Processo Legal como direito fundamental em processos administrativos disciplinares implica necessariamente na obrigatoriedade de defesa técnica proferida por advogado?.....	199
<i>Maria do Rosário Ferreira</i>	
O monitoramento das reintegrações judiciais de servidores públicos como forma de verificar a efetividade do exercício da função disciplinar da Administração Pública Federal.....	212
<i>Marta Maria Vilela de Carvalho Gomes</i>	
A natureza jurídica da sindicância e seu papel no direito administrativo disciplinar.....	224
<i>Maxwell Novais Oliveira</i>	

Controle social nos procedimentos administrativos disciplinares instaurados no âmbito do poder executivo federal.....	236
<i>Mileni Fonseca Krubniki Teodoro</i>	
Aplicação da teleaudiência em procedimentos disciplinares.....	248
<i>Oswaldo Fernandes de Araújo</i>	
O exame de constitucionalidade da norma de vedação definitiva de retorno do servidor ao serviço público federal por infringência do artigo 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.....	269
<i>Patrícia Ramos e Silva Santos</i>	
Responsabilidade disciplinar de empregado público celetista quando do exercício de cargo em comissão na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.....	282
<i>Rafael Oliveira Prado</i>	
Recuperação de recursos públicos malversados – uma alternativa para a ineficácia das tomadas de contas especiais.....	292
<i>Ricardo Cravo Midlej Silva</i>	
A Sindicância Patrimonial como instrumento de apuração no Direito Administrativo Disciplinar brasileiro.....	305
<i>Roberto Vieira Medeiros</i>	
Enriquecimento ilícito como modalidade de crime.....	315
<i>Rodrigo Vieira Medeiros</i>	
A aplicação da teoria do domínio do fato nos procedimentos administrativos disciplinares.....	323
<i>Sabrina Pitacci Simões</i>	
Estudo de caso: a perspectiva preventiva no controle das infrações administrativas.....	341
<i>Tatiana Spinelli</i>	
Enriquecimento ilícito: presunção absoluta, relativa ou necessidade de fato antecedente para a responsabilização administrativa.....	354
<i>Waldir João Ferreira da Silva Júnior</i>	

O Devido Processo Legal como direito fundamental em processos administrativos disciplinares implica necessariamente na obrigatoriedade de defesa técnica proferida por advogado?

Maria do Rosário Ferreira, Analista de Finanças e Controle da CGU.

Introdução

A temática a ser desenvolvida neste estudo tem relação direta com o trabalho desenvolvido pelos Analistas de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União (CGU) na análise e na aplicação do instituto do contraditório e da ampla defesa nos Processos Administrativos Disciplinares (PAD) instaurados no âmbito do Poder Executivo Federal.

Neste sucinto artigo, pretende-se apresentar, de forma clara e concisa, o exercício do contraditório e da ampla defesa na Lei 8.112/90 e em outras le-

gislações. Como se tem dado esse exercício? Tem sido exercido plenamente? A defesa técnica tão discutida atualmente é essencial no processo administrativo disciplinar?

Sabe-se que o princípio da presunção de inocência está contido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Esse princípio funciona como garantia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de eventual processo a que responda.

No processo administrativo disciplinar, incide o mesmo princípio, ou seja, é necessária a existência de um mínimo

de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com garantia da ampla defesa, uma vez que a verdade sabida foi descartada do cenário administrativo e, em seu lugar, surgiu a verdade real, em que os fatos e as provas devem desconstituir a presunção de inocência do servidor.

Nesse contexto, será possível ao servidor exercer amplamente sua defesa, sem muitas vezes conhecer os termos e as definições pertencentes à área jurídica. Termos esses usados durante a condução dos processos administrativos disciplinares, os quais os servidores desconhecem, por não pertencerem ao seu dia a dia, diferentemente do que acontece com as Comissões Processantes, que, mesmo que seus integrantes não tenham formação jurídica, exercem suas atividades diretamente ligadas a Corregedorias ou áreas afins.

Será que existe mesmo a paridade de armas entre a administração e o acusado, sendo a autoridade julgadora – na maioria das vezes – a responsável pela instauração e pelo julgamento do processo?

Soma-se a essas e outras questões a recente polêmica levantada pelas edições das Súmulas 343 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula Vinculante nº 5 do Superior Tribunal Federal, que, ao invés de pacificar entendimento, reacendeu ainda mais a questão da obrigatoriedade ou não da defesa técnica nos processos administrativos disciplinares.

Ante as indagações propostas, pretende-se com este trabalho, aventar a possibilidade de implementação de melhorias na defesa dos acusados nos pro-

cessos disciplinares, com o fito de coibir abusos ainda existentes na Administração Pública. Para tanto, leve-se em consideração o que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que a falta de defesa técnica por advogado não ofende a Constituição.

1. Estado Democrático de Direito e o Devido Processo Legal

O artigo 1º da Constituição Federal caracteriza o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, sendo, pois, um Estado de justiça, em que as decisões se fundam na vontade do povo, parametrada por uma legitimidade legal. Assim, o Estado Democrático de Direito torna-se instrumento imprescindível para se alcançar o bem comum, impondo a observância de direitos e garantias individuais.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio do Devido Processo Legal no seu artigo 5º, inciso LIV, afirmando que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o Devido Processo Legal. Optou assim por adotar um modelo de Estado Democrático, cujas diretrizes estão assentadas na vinculação do Estado aos valores e princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico e pelos direitos e garantias fundamentais.

A despeito de o inciso LIV ser amplo, sem indicação da área de atuação, reconhece-se sua acolhida no âmbito administrativo. Esse princípio, originado da cláusula do *due process of law*, do Direito anglo-americano, juntamente com o dispositivo do inciso LV, que dis-

põe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e os acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes”, desmistifica a ideia de que o processo é função precípua do judiciário. Hoje é imanente tanto ao Poder Legislativo como ao Poder Executivo.

Segundo Odete Medauar¹, com relação ao exposto no inciso LV, trata-se de uma garantia, pois se destina a tutelar direitos, representando meios para que sejam preservados, reconhecidos ou cumpridos direitos dos indivíduos na atuação administrativa, na medida em que a Constituição instituiu um Estado Democrático de Direito e estendeu esse princípio aos processos administrativos. É, portanto, garantia do cidadão, do administrado e do servidor nas suas relações com a Administração Pública. Ainda nesse mesmo sentido, Odete afirma que, da fórmula Estado de Direito, decorrem vários postulados, cada qual representando uma das suas faces, cada face obtendo ressonância no processo administrativo, submetendo à atuação administrativa as normas da lei e conferindo aos administrados posições jurídicas que devem ser respeitadas na relação processual.

Portanto, conforme dito alhures, não há dúvida quanto à importância do Devido Processo Legal como um dos aspectos do Estado Democrático de Direito, o qual encontra campo propício de realização também nos procedimentos disciplinares.

1 MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2008, p. 81-82.

É indiscutível, no ordenamento brasileiro, que, em qualquer tipo de processo, o acusado tem o direito de se defender com todos os meios admissíveis.

Assim, claro está que o Devido Processo Legal está inserido em todos os casos controversos, não se restringindo apenas às situações de possibilidade de privação de liberdade e de bens, mas abrangendo também as hipóteses de controvérsia ou conflito de interesses e da presença de acusados.

E é no campo administrativo disciplinar que se quer discutir a aplicação do Devido Processo Legal, com seus consectários ampla defesa e contraditório, centralizando-o na polêmica produzida pela edição das Súmulas 343 e 05, editadas, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, as quais discutem a obrigatoriedade da assistência técnica feita por advogados em processos administrativos disciplinares.

É indiscutível, no ordenamento brasileiro, que, em qualquer tipo de processo, o acusado tem o direito de se defender com todos os meios admissíveis. Outrossim, não poderia ser diferente a letra da Lei 8.112/90, que apresenta as normas a serem seguidas na instauração dos procedimentos disciplinares na Administração Pública. Nela está previsto expressamente o Devido Processo Legal, que deve ser seguido para o julgamento de servidores públicos fede-

rais. Contudo, resta saber se esse “Devido Processo Legal” previsto na Lei 8.112/90 se coaduna com o princípio insculpido na Carta Magna brasileira e se realmente possibilita aos servidores exercer plenamente sua defesa.

2. O processo administrativo disciplinar na Lei 8.112/90 e na Lei 4.878/65

A Lei Federal nº 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público Federal), publicada originalmente no DOU de 12/12/90, e republicada, com redação consolidada, no DOU de 18/03/98, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. O referido Estatuto apresenta, no Título V, as normas utilizadas no processo administrativo disciplinar, disponibilizando três modalidades de processos, a saber, Sindicância Apuratória Disciplinar, Processo Administrativo Disciplinar com Rito Sumário, Processo Administrativo Disciplinar Ordinário (PAD).

Apesar da previsão legal da sindicância, a lei a institui, contudo sem determinar um rito a ser seguido. Tão somente delimitou algumas diferenças em relação ao processo administrativo disciplinar ordinário, dentre elas, o prazo de conclusão diferente – na sindicância o prazo é de 30 (trinta) dias, a partir da instauração, prorrogáveis por igual período, para aplicação das penalidades consideradas menos graves, enquanto no processo administrativo disciplinar ordinário, tem-se até 60 (sessenta) dias, também a partir da instauração, prorrogáveis por igual período, para aplicação de qualquer penalidade.

Tendo em vista a ausência de previsão legal e diante da necessidade de se estabelecer um rito para Sindicância Apuratória Disciplinar, a administração pacificou entendimento de que o mais coerente seria estender para a sindicância o mesmo rito previsto para o processo administrativo disciplinar ordinário. Esse é o entendimento adotado pela Controladoria-Geral da União (CGU), o qual está esposado no Manual de Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar utilizado pela instituição.

Disciplinado pelo artigo 133 da Lei 8.112/90, o processo administrativo disciplinar com rito sumário visa apurar a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, detectada a qualquer tempo pela administração, assim como o abandono de cargo e a inassiduidade habitual.

Para o Rito Sumário, o prazo de conclusão do processo não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por mais 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação do ato que constitui a comissão.

Tecidas as considerações acima, acerca da sindicância e do processo administrativo disciplinar em rito sumário, chega-se, finalmente, ao processo administrativo disciplinar ordinário, conhecido na Administração Pública como PAD.

O processo administrativo disciplinar ordinário é o instrumento mais usado pela Administração Pública para apurar as responsabilidades funcionais dos servidores públicos, uma vez que não existe restrição quanto ao seu uso, podendo ser instaurado para apurar

irregularidades que comportam penalidades desde as mais brandas – advertência ou suspensão – até as mais graves – como a demissão ou cassação de aposentadoria.

O processo é conduzido por uma comissão processante formada por 3 (três) servidores estáveis – que não necessitam de formação na área jurídica –, designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do artigo 143, que indicará o presidente, o qual deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao indiciado.

A comissão tem um prazo de 60 (sessenta) dias, contados da publicação do ato que a constituir, para conclusão do processo, admitida sua prorrogação por igual período. Se, após esse prazo (incluindo a prorrogação), o processo ainda não estiver concluído para julgamento, a autoridade instauradora publicará uma nova portaria, reinstaurando o processo e designando uma nova comissão para ultimar os trabalhos. Essa nova comissão pode ser formada pelos mesmos membros da comissão anterior, porém nada impede que a autoridade instauradora altere, parcial ou totalmente, os membros da comissão, desde que motivadamente.

Sinteticamente é esse o rito usado pela Administração Pública Federal para apurar irregularidades funcionais praticadas por seus servidores. Entretanto, para fins deste trabalho, será apresentado a seguir o processo administrativo disciplinar utilizado pelo Departamento de Polícia Federal (DPF), disciplinado pela Lei 4.878/65, pelo Decreto nº

59.310/66 e pela Instrução Normativa 04-DG/91.

Antes da edição da Lei 8.112/90, os policiais civis da União e do Distrito Federal já possuíam legislação específica para regulação do seu regime jurídico. Trata-se da Lei 4.878/65, que, em seu Capítulo XI, apresenta as normas utilizáveis na instauração de processo administrativo disciplinar.

O artigo 52 da referida lei afirma que a autoridade que tiver ciência de qualquer irregularidade ou transgressão a preceitos disciplinares é obrigada a providenciar a imediata apuração em processo administrativo disciplinar, no qual será assegurada ampla defesa. Importante destacar que, para promover essa apuração, o artigo 53, em seu § 1º, afirma o seguinte:

“§ 1º promoverá o processo disciplinar uma comissão permanente de Disciplinar, composta de três membros de preferência bacharéis em Direito (...)” (grifo nosso).

Nesse sentido, a Instrução Normativa 04-DG/91 – que atualiza as normas internas sobre a feitura de processo administrativo disciplinar e sindicância, estabelece a dosimetria para aplicação da pena de suspensão e dá outras providências –, além de destacar, em seu inciso II, que a comissão será presidida por servidor estável, hierarquicamente igual ou superior ao acusado e bacharel em Ciências Jurídicas, ainda determina que, após a instalação e o início dos trabalhos, a comissão só prosseguirá nas diligências após notificar o acusado ou quando se esgotarem os meios para fazê-lo, inclusive por edital, quando, en-

tão, a autoridade que determinou a instauração do processo lhe designará defensor dativo bacharel em Direito.

Outro fato que chama atenção na Instrução Normativa diz respeito à oitiva de testemunha. O inciso 13 destaca que as testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, como ciente do acusado, ser anexada aos autos. Porém, na ausência do acusado ou de seu defensor constituído, será nomeado defensor dativo para o ato, ou seja, para acompanhar a oitiva das testemunhas.

Comparando-se as duas legislações, é fácil tecer algumas considerações interessantes:

a) A Lei 8.112/90 não exige a nomeação de defensor dativo, nem há previsão de defensor ad hoc durante o processo, mesmo que ausente a defesa própria ou por procurador. A lei só exige a nomeação de defensor dativo quando o acusado, ao final do processo, indiciado e citado para apresentar a defesa escrita, não o faz. Portanto, não existe revelia enquanto não se chega à fase final do processo. A Instrução Normativa 04-DG/91 determina a nomeação de defensor dativo – bacharel em Direito – pela autoridade instauradora, quando a comissão tiver tentado notificar o acusado, inclusive por edital, mas sem sucesso. Ou seja, o defensor dativo é nomeado ainda na fase de instrução, quando do início das diligências, não apenas no final do processo, quando da apresentação da defesa escrita;

b) Na Instrução Normativa ainda se destaca a presença do defensor ad

hoc, nomeado para oitiva de testemunhas, quando da ausência do acusado e do seu procurador constituído, sendo que a previsão de defensor ad hoc, sequer é mencionada na lei 8.112/90.

Comparando-se as legislações, percebe-se que a lei 4.878/65 – em conjunto com a Instrução Normativa 04-DG/91 – não desassocia a ampla defesa da necessidade da presença de advogado, ao passo que a Lei 8.112/90 descarta prontamente essa necessidade. Será que a tentativa de fazer uma legislação mais célere e eficaz para apuração de ilícitos disciplinares na Administração Pública terminou por podar direitos fundamentais dos acusados, como o exercício da ampla defesa? Ou a Lei 8.112/90 apenas flexibilizou esse instituto, não exigindo formação jurídica, nem mesmo preferencialmente, tanto para os membros da comissão processante como para os defensores constituídos?

3. O instituto da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos disciplinares

Historicamente a ampla defesa e o contraditório estão associados à incidência no processo penal, pelo caráter do bem a ser afetado por uma condenação. Todavia, firmou-se, na doutrina e na jurisprudência, entendimento favorável à extensão da ampla defesa ao âmbito do processo civil, com fundamento, em especial, na proteção judiciária dos direitos e no caráter não exaustivo dos direitos e garantias expressos na Constituição².

2 MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo, 2ª ed., 2008, p. 119.

No tocante aos processos administrativos disciplinares, Odete Medauar menciona que mais fácil que a acolhida da ampla defesa no processo civil foi a aceitação no âmbito disciplinar, pois nele se apreende, de modo claro, a situação de alguém acusado de uma determinada conduta e passível de sofrer uma sanção. Coadunando essa afirmação, a renomada autora destaca que é fácil encontrar, na jurisprudência anterior à Constituição Federal de 1988, importantes súmulas do Judiciário brasileiro em favor do contraditório e da ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar. E no caso específico de processo disciplinar que pudesse resultar em demissão, o Judiciário adotava firme orientação de que fossem respeitadas as garantias de contraditório e ampla defesa, aí incluída a presença de advogado.

STF Súmula nº 20 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 39.*

Processo Administrativo - Ampla Defesa - Demissão de Funcionário Admitido por Concurso.

É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.

STF Súmula nº 21 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 39.*

Funcionário em Estágio Probatório - Exoneração ou Demissão - Inquérito ou Formalidades Legais de Apuração de Capacidade.

Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

Ou seja, o Judiciário brasileiro deixou de acatar, antes mesmo da Constituição de 1988, demissões ou exonerações sumárias impostas a servidores, determinando a instauração de processo administrativo – na súmula 21, com o nome de inquérito –, ou o cumprimento das formalidades de apuração, conforme o caso³.

A publicação da Lei 8.112/90 seguiu essa mesma vertente, regulando o exercício da ampla defesa nos artigos (143, 153, 156, 161, §1º e 164, § 2º). Contudo, conforme dito antes, a referida lei deixou de incluir, no núcleo da ampla defesa, a necessidade de auxílio técnico-jurídico.

Vinicius de Carvalho Madeira, em seu livro “Lições de Processo Administrativo Disciplinar”, adotou o seguinte conceito para definir o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos disciplinares:

“O Contraditório e a Ampla defesa expressam a necessidade de que seja dada ao acusado/indiciado, durante todo processo, a efetiva participação na construção das conclusões finais do processo administrativo disciplinar, possibilitando a ele a utilização de todos os meios de defesa admitidos pelo ordenamento jurídico.”⁴

3 MEDAUAR, Odete. Op. cit. p. 212.

4 MADEIRA, Vinicius de Carvalho. Lições de Processo Administrativo Disciplinar. Brasília: Fortium 1ª ed., 2008, p. 55.

No entanto, é na fase do Inquérito Administrativo que se faz presente o exercício do contraditório e da ampla defesa nos processos disciplinares. Após instalação da comissão processante, por intermédio da notificação prévia, a comissão informará ao servidor que contra ele está correndo um processo disciplinar, especificará os fatos e o local onde se encontra instalada a comissão, informando ainda que ele tem direito de ter vista do processo na repartição no horário estipulado.

A partir de então, toda vez que a Comissão efetuar diligência, solicitar perícias ou determinar a oitiva de testemunhas, intimará o acusado para participar desses atos, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Assim, durante a oitiva das testemunhas, é permitido ao servidor acusado formular perguntas, por intermédio do

O Contraditório e a Ampla defesa expressam a necessidade de que seja dada ao acusado/indiciado, durante todo processo, a efetiva participação na construção das conclusões finais do processo administrativo disciplinar, possibilitando a ele a utilização de todos os meios de defesa admitidos pelo ordenamento jurídico.

presidente da comissão, ou ainda solicitar diligências que julgue necessárias para esclarecimentos dos fatos. Contudo, pode a Comissão Processante negar o pedido de diligência que considerar impertinente ou protelatório, desde que motivadamente.

Parece não restar dúvidas quanto ao exercício do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares. Porém, o que interessa é realmente saber se o acusado tem como exercitar amplamente esses direitos, sem o auxílio de um defensor técnico – Advogado inscrito na OAB –, ou se o seu exercício pelo próprio arguido ou por alguém que não tenha formação jurídica já é mais que suficiente para garantir um processo justo, com igualdade entre a administração e o servidor.

4. A defesa técnica como elemento fundamental na ampla defesa

Apesar de assegurados o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos disciplinares, e exercitados conforme visto anteriormente, inúmeras justificativas surgem, no ordenamento jurídico brasileiro, quanto à necessidade de defesa técnica para auxiliar os acusados em processos administrativos disciplinares. E é esse elemento da ampla defesa que atualmente, na seara administrativa, vem causando muita controvérsia. Como deve ser encarada a defesa técnica nos processos administrativos disciplinares? Como parte integrante do núcleo da ampla defesa assegurada pela Constituição, sendo,

portanto uma exigência, ou apenas como mera possibilidade?

Ada Pellegrini Grinover afirma que a defesa técnica e a autodefesa figuram na doutrina processualista como duas vertentes da ampla defesa, quanto à pessoa que realiza as atuações dela oriundas, sendo que a autodefesa é a possibilidade conferida ao sujeito de, pessoalmente, realizar as condutas e providências para se preservar de prejuízos a seus interesses e direitos ou de sanções.

Nesse sentido, a autodefesa se desdobra em dois elementos: direito de presença e direito de audiência. O direito de presença traduz-se na faculdade conferida ao sujeito de assistir pessoalmente à realização das provas e de contraditá-las, também pessoalmente, sem intermediação de representante legal; abrange inclusive o direito de inquirir ou fazer inquirir testemunhas. O direito de audiência, em sentido literal ou estrito, consiste no direito de falar oralmente, para relatar fatos, de viva voz, ou dar explicações sobre dados que são expostos. Em acepção ampla inclui, também, o direito de apresentar argumentos e alegações a seu favor por si próprio⁵.

Por sua vez, a defesa técnica é a defesa realizada por advogado, o qual detém conhecimentos jurídicos necessários à defesa do interessado.

Corroborando essas afirmações, Romeu Bacellar Filho assim se posiciona acerca da necessidade da defesa técnica:

5 GRINOVER, Ada Pellegrini apud MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo, *ibidem* p.125-126.

“O princípio da ampla defesa, aplicado ao processo administrativo disciplinar, é compreendido de forma conjugada com o princípio do contraditório, desdobrando-se nas seguintes fases: a) no estabelecimento da oportunidade da defesa, que deve ser prévia a toda decisão capaz de influir no convencimento do julgador; b) na exigência de defesa técnica; c) no direito à instrução probatória que, se de um lado impõe à Administração a obrigatoriedade de provar suas alegações, de outro, assegura ao servidor a possibilidade de produção probatória compatível; d) na previsão de recursos administrativos, garantindo o duplo grau de exame no processo.”⁶

Para ele, a defesa técnica representaria o equilíbrio entre os sujeitos nos processos disciplinares, pois o conhecimento especializado do advogado auxiliaria a tomada de decisão calcada na legalidade e na justiça, evitando que os acusados se deixem dominar por emoções de momento. Interessante notar que essa discussão há muito permeia a seara administrativa. Em 1994, Aílton Garcia Stropa já defendia a obrigatoriedade de defesa técnica em processos administrativos disciplinares que resultassem em penalidades graves:

“(…) 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

6 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 347.

Pública a indicação de defensor dativo. A não nomeação do advogado dativo acarreta o cerceamento de defesa, devendo os atos praticados serem considerados nulos.”⁷

Não fugindo a essa discussão, ao contrário, inflamando-a ainda mais, as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, 343 e 05, respectivamente, discutiram a necessidade ou desnecessidade de advogados em processos disciplinares. Afinal, elas são excludentes ou complementares?

5. A súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça x súmula vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) há algum tempo vem delineando uma postura mais favorável quanto aos direitos do cidadão, não agindo de forma diferente com relação à extensão da defesa técnica aos processos administrativos disciplinares. Portanto, não foi nenhuma surpresa a edição da Súmula nº 343, publicada no Diário da Justiça em 14/09/2007, a qual afirmava ser obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo disciplinar, uma vez que tal entendimento já era pacífico na Terceira Seção do Tribunal.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em observância ao princípio da ampla defesa, é indispensável à presença de advogado ou de defensor

dativo realizando a defesa de acusado em processo administrativo disciplinar, inclusive na fase instrutória⁸. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Mandado de Segurança nº 10.837/DF, em 28/06/2006, relatora para o acórdão a Ministra Laurita Vaz, ratificou o entendimento de que, não obstante a falta de expressa determinação no texto da Lei nº 8.112/90, é indispensável à presença de advogado ou de defensor dativo na fase instrutória do processo administrativo disciplinar⁹.

O que de fato exaltou e acendeu a polêmica no meio jurídico foi a edição, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da Súmula Vinculante nº 5, a qual afirma que a falta de defesa técnica por advogado não ofende a Constituição – ou seja, menos de um ano após a publicação da Súmula 343, pelo Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal editou outra com entendimento totalmente oposto.

Para alguns, a edição da Súmula nº 5 não está em sentido totalmente oposto, apenas delimita a aplicação do entendimento da Súmula 343, não onerando a Administração Pública na constituição de defensor dativo ao servidor acusado que não constituir advogado; outros afirmam, categoricamente, que a edição da Súmula nº 5 aniquilou por completo a Súmula 343.

De acordo com a Emenda Constitucional 45, a criação de Súmula Vinculante tem intuito de pacificar entendimento sobre determinada ques-

7 GARCIA, Aílton Stropa. Princípio Constitucional da ampla defesa e meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inc. LV, da CF). In: Revista dos tribunais, vol. 701, maio 1994.

8 STJ, Terceira Seção, MS 12.262/DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 06/08/2007.

9 STJ, Terceira Seção, MS 10.160/DF, Relator Ministro de Paulo Galotti, DJ de 11/12/2006.

tão, embasado em reiteradas decisões no mesmo sentido, sendo que, para sua criação, necessário se faz a presença de alguns requisitos: a) tratar de matéria constitucional; b) haver reiteradas decisões sobre o tema; c) ser aprovada por dois terços do Pleno do STF (8 votos favoráveis). No caso da Súmula Vinculante nº 5, foram citados pela Corte os seguintes precedentes: AI nº. 207.197 (processo administrativo fiscal); RE nº. 244.027 (processo administrativo disciplinar); MS nº. 24.961 (processo administrativo não disciplinar ocorrido na prestação de contas junto ao Tribunal de Contas da União); além do RE nº. 434.059 (também referente a processo administrativo disciplinar, o qual deu origem a Súmula nº 5).

Nota-se que apenas um dos precedentes, antes do RE nº 434.059, se refere a processo administrativo disciplinar, fato suficiente para desencadear as mais variadas reclamações, por não haver reiteradas decisões para embasar a edição de súmula vinculante sobre a defesa técnica em processos administrativos disciplinares. Ou seja, a dessemelhança existente entre os Tribunais Superiores do país acirrou ainda mais as discussões acerca da obrigatoriedade de defesa técnica nos processos disciplinares, especialmente quando se observam os requisitos essenciais para publicação de uma súmula vinculante.

Muitos são os argumentos prós e contra a obrigatoriedade de defesa técnica em processos administrativos disciplinares. Alguns lamentam a derrocada da Súmula 343; outros comemoram a decisão “acertada” do Supremo Tribunal Federal, ao corrigir o que seria o caos na Administração Pública, com anulações

de processos e reintegrações ao cargo de servidores demitidos ao longo dos anos. Mas o que realmente quer se discutir neste trabalho é até que ponto a falta de defesa técnica prejudica o acusado no desenrolar dos processos administrativos disciplinares.

Antes, porém, é necessário situar o leitor sobre o atual sistema de correição adotado pelo Poder Executivo Federal a partir de maio de 2003.

6. O sistema de correição do Poder Executivo Federal

O ato embrionário que deu origem à Controladoria-Geral da União (CGU) foi a Medida Provisória nº 2.143, de 02 de abril de 2001, que criou a Corregedoria-Geral da União, com o objetivo de combater, no âmbito do Poder Executivo Federal, a fraude e a corrupção e promover a defesa do patrimônio público.

Em 28 de março de 2002, o Decreto 4.777 integrou a Secretaria Federal de Controle (SFC) e a Comissão de Coordenação de Controle Interno (CCCI) à estrutura da Corregedoria-Geral; e também transferiu as competências de Ouvidoria-Geral, que até então estava vinculada ao Ministério da Justiça.

A Medida Provisória nº 103, de 1º de janeiro de 2003, convertida na Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, alterou a denominação para **Controladoria-Geral da União (CGU)**, conferindo maior organicidade e eficácia ao trabalho realizado pela instituição.

A criação da Controladoria-Geral da União (CGU) como órgão central do

Sistema de Correição do Poder Executivo Federal veio completar uma lacuna que até então estava vazia; efetivou-se, dessa forma, o agrupamento das principais funções administrativas de controle, correição, prevenção e ouvidoria, consolidando-as em uma única esfera funcional.

Dessa feita, percebe-se que, anteriormente à edição da Lei 10.683, de 28 de maio de 2003 – que modificou a organização da Presidência da República e dos Ministérios –, o Poder Executivo Federal não dispunha de um órgão central de correição que inspecionasse ou emanasse normas centrais para normatização de procedimentos disciplinares dentro da Administração Pública Federal.

Antes da criação da Controladoria-Geral, as instituições pertencentes ao Poder Executivo Federal, tais como universidades, autarquias, fundações, ministérios – salvo algumas exceções, como o Departamento de Polícia Federal e Receita Federal, que já dispunham de Corregedoria própria –, apuravam as eventuais irregularidades disciplinares cometidas por seus servidores, como aliás é feito até hoje, por uma comissão nomeada pela autoridade máxima do órgão.

A diferença é que, após a criação do Sistema Central de Correição, esses processos são submetidos a uma análise técnica realizada pela Corregedoria-Geral que observa a regularidade do feito quanto à condução, à colheita de provas, ao enquadramento legal, à observância do contraditório e da ampla defesa, dentre outros; e, caso fique constatado qualquer tipo de irregulari-

dade, determina-se o saneamento do processo, se possível; caso contrário, com o poder-dever que é conferido à Administração Pública para anular atos eivados de vícios insanáveis, solicita-se à autoridade responsável pelo julgamento a anulação do processo, quando este já estiver concluso, ou, se ainda em curso, o próprio Ministro da Controladoria pode determinar sua anulação.

Conclusão

De tudo que se tem visto e ouvido acerca da defesa técnica em processos administrativos disciplinares, tanto os argumentos prós quanto os contra, uma coisa restou decida até o momento: a inserção de súmulas vinculantes no ordenamento jurídico tornou obrigatória a observância dos entendimentos sumulares nos Tribunais Superiores e na Administração Pública, até porque do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou indevidamente a aplicar caberá reclamação ao STF, que, julgando procedente a reclamação, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial.

Diante disso e não tendo como prever se a Súmula Vinculante nº 5 será alterada ou até mesmo cancelada – hipóteses previstas no já citado artigo 103 § 2º –, resta aos aplicadores do direito começarem a rever o papel do processo administrativo disciplinar no ordenamento jurídico, não esquecendo seu aspecto mais importante, qual seja, o direito de defesa, em que a presença do advogado não só ajudaria o servidor acusado, mas também a própria administração, que estaria assim se preser-

vando de futuras ações judiciais e, claro, exerceria também o seu papel perante os administrados, sendo a mais imparcial e justa quanto possível.

Não se trata de agraciar os servidores públicos com mais um benefício, nem deixar de apurar atos de corrupção, que causam um imenso dano à sociedade, mas sim de dotar a Administração Pública de um processo justo e equitativo, uma vez que as penalidades aplicadas podem até impedir o servidor de retornar ao serviço público federal, uma pena considerada por alguns como inconstitucional, pois apresenta caráter perpétuo.

E como avançar nessa aplicação sem suprimir direitos nem extrapolar os limites da razoabilidade?

Ao se pensar, é importante focar a opinião do professor Romeu Bacellar, o qual sugere, dentre outras alternativas, a apresentação de argumentos finais pelo acusado ou por seu procurador constituído após a conclusão do relatório final pela comissão processante. Dessa forma, a autoridade julgadora teria também as alegações finais do indiciado para sopesar sua decisão final, permitindo assim uma defesa se não mais justa, pelo menos mais equilibrada, pois o processo administrativo disciplinar aberto, visível e participativo é instrumento seguro de prevenção à arbitrariedade¹⁰.

10 DALLARI, Adílson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

Referências Bibliográficas

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 347.

MADEIRA, Vinícius de Carvalho. *Lições de Processo Administrativo Disciplinar* – Brasília: Fortium 1ª ed., 2008, p.55.

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.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 10ª Ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DALLARI, Adílson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

MENDES, Gilmar Ferreira – *Curso de Direito Constitucional*/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – São Paulo: Saraiva 2007.

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

FIGUEIREDO, Fernanda. Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal versus Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça: contraditórias ou complementares? In: *Repertório IOB de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, n. 18, p. 745, 2, quinz. set., 2008.

FIGUEIREDO, Nelson Lopes de. A Eficácia da ampla defesa no processo administrativo disciplinar. In: *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 573-592.