



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA EMÍLIA ARAUJO DE MELO

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL À AMPLA DEFESA NO
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: UM
QUESTIONAMENTO ACERCA DA SÚMULA VINCULANTE
DE N°5 DO STF.**

Salvador
2016

MARIA EMÍLIA ARAUJO DE MELO

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL À AMPLA DEFESA NO
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: UM
QUESTIONAMENTO ACERCA DA SÚMULA VINCULANTE
DE N°5 DO STF.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Geovane de Mori Peixoto

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA EMÍLIA ARAUJO DE MELO

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL À AMPLA DEFESA NO
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: UM
QUESTIONAMENTO ACERCA DA SÚMULA VINCULANTE
DE N°5 DO STF.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

A meus pais, que me concederem não só o dom da vida, mas também a oportunidade de seguir em frente nesta caminhada.

AGRADECIMENTOS

A meus pais, Alice e Cacau, por desde sempre me ensinarem sólidos valores que hoje se arraigam e se refletem na pessoa que sou e busco ser.

A minha irmã Isabela, pela energia espiritual que tanto me foi útil.

A minha irmã Rafaela pelo apoio e paciência nos (muitos) momentos em que foi preciso.

Aos meus avós, sempre presentes e carinhosos, pelas palavras de afeto e gestos de carinho nos momentos mais difíceis.

A Paulo, pela paciência e carinho.

Ao meu orientador, Professor Geovane Peixoto, pelas sempre valiosas anotações e pela atenção dispensada.

Aos colegas da Melo & Novaes pelos valiosos ensinamentos, que transcendem o campo jurídico.

Aos meus amigos – da academia e não – pelo companheirismo e palavras de conforto nas horas difíceis.

“A defesa não quer o panegírico da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais”.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho busca promover uma análise crítica acerca da súmula vinculante de nº5 editada pelo Supremo Tribunal Federal que determina que “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Sob esta perspectiva, não consubstanciará ofensa ao texto constitucional a falta de defesa promovida por advogado, desde que seja garantido ao acusado o direito de informação, à manifestação e à consideração dos argumentos pelo órgão julgador, ocasião em que restaria resguardada a defesa em sentido amplo aludida na Magna Carta, a qual deverá ser garantida a todo e qualquer litigante, seja na seara judicial ou na seara administrativa. Logo, em decorrência de tal garantia constitucional, far-se-á necessário exame mais aprofundado acerca do regime jurídico do processo administrativo de natureza disciplinar, a existência de uma teoria geral do processo que determina um núcleo comum de garantias processuais que necessariamente deverão ser resguardadas em processos de qualquer natureza, bem como a similitude partilhada entre o processo administrativo disciplinar e o processo penal, ambos de natureza punitiva. Além disso, é imperioso seja analisado o papel do advogado como figura indispensável à administração da justiça, sobretudo diante da importância do conhecimento técnico e da racionalidade da defesa, peculiares ao mister do causídico, os quais se afiguram efetivamente como o meio apto a garantir ao acusado que lhe sejam assegurados todos os meios possíveis de oposição à pretensão punitiva do Estado, garantindo, pois, a promoção da defesa em seu real sentido amplo.

Palavras-chave: processo administrativo disciplinar; ampla defesa; advogado; defesa técnica.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
des.	Desembargador
desa.	Desembargadora
DF	Distrito Federal
Exmo(a)	Excelentíssimo(a)
Ilmo(a)	Ilustríssimo(a)
HC	<i>Habeas Corpus</i>
min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
p.	Página
PAD	Processo administrativo disciplinar
RE	Recurso extraordinário
rel.	Relator
RMA	Recurso em matéria administrativa
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
2.1 NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL-PROCESSUAL	15
2.2 PROCESSO ADMINISTRATIVO E A TEORIA GERAL DO PROCESSO	16
2.3 GARANTIAS PROCESSUAIS COMUNS A TODOS OS RAMOS PROCESSUAIS	19
2.3.1 Garantia ao contraditório	19
2.3.2 Garantia à ampla defesa	22
2.3.3 Garantia ao devido processo legal	23
2.3.4 Direito de representação	24
2.4 PROCESSO ADMINISTRATIVO	26
2.5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	29
2.6 RECONHECIMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL	32
2.7 PROCESSO X PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	33
2.7.1 Ausência de lei geral em matéria de processo administrativo	36
2.8 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD)	38
2.8.1 Objetivos do PAD	39
2.8.2 Sanções aplicáveis	40
2.8.3 Possibilidade de revisão judicial	42
3 O PAPEL DO ADVOGADO	44
3.1 O ADVOGADO COMO FIGURA INDISPENSÁVEL À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA	45
3.2 IMPORTÂNCIA DA DEFESA TÉCNICA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS RESTRITIVOS DE DIREITO	46
3.3 A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO TÉCNICO E A RACIONALIDADE DA DEFESA	48
3.4 PONTOS SIMILARES ENTRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO E O PROCESSO PENAL E GARANTIAS COMUNS	50
3.4.1 Defesa no processo judicial penal	52
3.4.2 Defesa no processo administrativo disciplinar	56

4 UMA ANÁLISE COMPARATIVA DAS POSIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL x SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A SÚMULA VINCULANTE N°5	60
4.1 ENTENDIMENTO DO STJ	61
4.2 ENTENDIMENTO DO STF	64
4.2.1 Princípio da isonomia e a paridade de armas	68
4.2.2 Meios e recursos inerentes à ampla defesa e o contraditório	70
4.2.3 A constitucionalização do direito (administrativo e processual) e o dever de ponderação proporcional	73
5 CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, no inciso LV do art. 5º, determina que a todos os 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. Daí se dizer que a ampla defesa será garantia de índole constitucional da qual não se poderá prescindir, sobretudo em processos de natureza punitivo-restritiva, onde o indivíduo ocupará a posição de acusado, devendo-lhe ser resguardado todos os meios e recursos inerentes à defesa em sentido amplo ali referida.

Contextualizando a garantia à ampla defesa de salvaguarda fundamental ao âmbito do processo administrativo de natureza disciplinar, é de se notar que tal processo possui, essencialmente, natureza punitiva, decorrente do poder disciplinar conferido à Administração Pública. Logo, em processos de tal natureza, o servidor eventualmente acusado irá ocupar a posição de acusado, devendo, por certo, ser assegurado a este indivíduo as prerrogativas inerentes à defesa ampla, com todos os meios e recursos a ela inerentes. E, conforme expressamente ressaltado no inciso LV do art.5º da Constituição Federal, tal garantia se estende também a processos administrativos.

Somado a isto, há de se assumir, em relação ao estudo da ciência processual a existência de uma teoria geral única, essencialmente voltada à articulação de conceitos lógico-jurídicos que se pretendem universais, decorrendo daí a conclusão de que esta teoria geral única, assim denominada Teoria Geral do Processo, irradiará efeitos sobre todos os ramos processuais, inclusive do processo administrativo e, por conseguinte, do processo administrativo disciplinar, reconhecendo-se, por fim, um núcleo comum e pertinente a todo fenômeno natureza processual.

E, dentro deste núcleo essencialmente comum a todos os ramos processuais é possível seja extraído um rol de garantias globais, as quais deverão ser observadas em qualquer ramo processual que seja, pois se afiguram inerentes à própria noção de processo. Logo, deverão ser assegurados, em todo e qualquer processo, a garantia ao devido processo legal, a ampla defesa e ao contraditório.

Neste sentido, só se poderá cogitar a existência de processo legítimo nos casos em que restem assegurados o devido processo legal, o efetivo contraditório e a defesa –

que não será qualquer defesa – mas sim em seu sentido amplo, pois é esta a previsão do legislador constitucional.

As considerações aqui tecidas são o objeto do estudo do primeiro capítulo desta monografia, que investiga esta teoria comum processual e quais são as garantias comuns a todos os ramos processuais, a despeito das peculiaridades relativas a cada um destes. Debruça-se também sobre o fenômeno da constitucionalização da ciência processual, inclusive do processo administrativo, salientando ainda inexistência de norma processual geral nesta matéria.

E, no que atine à defesa em sentido amplo, é evidente que a mesma somente poderá ser efetivada, no caso concreto, por profissional tecnicamente habilitado para garantir que a defesa seja ampla e eficiente, o que é o escopo de estudo do segundo capítulo deste ensaio, o qual analisa o papel do advogado enquanto figura indispensável à administração da Justiça, bem como a importância do conhecimento técnico e do distanciamento da causa para promoção da defesa eficiente. Examina também as similitudes partilhadas entre o processo administrativo disciplinar e o processo judicial penal, e a obrigatoriedade da defesa técnica neste segundo ramo.

No terceiro e último capítulo, por sua vez, são analisadas as posições divergentes do tribunais superiores brasileiros sobre a matéria, investigando qual seria o entendimento mais adequado à luz dos preceitos constitucionais, bem como diante do núcleo processual comum a todo processo que se pretenda legítimo.

Na conclusão são apresentadas as reflexões induzidas pela pesquisa.

Por fim, destaca-se que a opção de recurso metodológico deste trabalho monográfico recai sobre a espécie exploratória, que tem como objetivo a conceituação do problema e, posteriormente, a promoção da análise crítica sobre o mesmo. Esta opção possibilita explicitar mais o tema pesquisado e ao final levantar novas hipóteses, com a finalidade de um aprofundamento futuro, sem necessariamente, em um primeiro momento, estabelecer uma resposta definitiva às hipóteses iniciais. Permite, assim, um planejamento mais flexível, possibilitando a consideração dos mais variados aspectos relativos ao problema estudado.

2 PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O nascimento do direito administrativo remonta à consagração dos ideais da Revolução Francesa, no ano de 1789, que culminou no surgimento do Estado de Direito. Antes disso, toda atividade estatal era advinda dos comandos do monarca, inexistindo assim um Direito que subjugasse as condutas do soberano em suas relações com o administrado, restando tão somente a submissão destes aos ditames do governante (MELLO, 2015 p.39).

Restava ao administrado a mera opção de se subordinar aos comandos do monarca, sem que se pudesse questionar acerca da justiça, conveniência ou oportunidade destas determinações. Não havia, assim, o que se falar em qualquer direito que regulasse as ações do Estado, que não encontrava nas leis vigentes qualquer fator que limitasse sua atuação.

Com o estabelecimento dos ideais revolucionários e, por conseguinte, dos chamados “direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”, há a efetiva consolidação da separação de poderes e do princípio da legalidade através da aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo artigo 17º fez constar expressamente que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

De igual maneira, não estará legitimado ao exercício do poder aquele indivíduo que não esteja genuinamente apto a tal função, que deverá emanar, necessariamente, da nação.

Importantes conquistas, também asseveradas no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão são as faculdades conferidas ao administrado de exigir a devida prestação de contas a todo agente público por sua administração, e o direito de verificação da necessidade de contribuições políticas eventualmente aventadas pelo Estado, sendo lícito ao cidadão que observe o efetivo emprego destas.

Como consequência da cristalização dos ideais revolucionários, há uma limitação da atuação do Estado, que estará agora submisso à lei, essência do Estado de Direito inaugurado na revolução de 1789, restando superada por fim a liberdade absoluta e arbitrária do regime monarquista. Neste cenário, a democracia é a alma do sistema

formado, e tudo que venha a lhe obstar de alguma forma, ou ainda lhe embaraçar será ilegítima por contrariar todo um sistema assim formado.

De igual modo, qualquer função, órgão ou entidade que componha a estrutura estatal não poderá se afastar dos princípios que formam o estado democrático, por ser esta a opção da sociedade, segundo um sistema jurídico formalizado (ROCHA, 1997, p.194).

Em um panorama geral, o processo se materializa no plano físico como o meio hábil a viabilizar esta organização social civilizada, devendo ainda ser orientado por regras e princípios previamente fixados, sempre em observância ao ideal democrático.

Isso porque, somente através de um devido processo será possível a obtenção de um substrato final que promova a pacificação social através de critérios legais, e não de maneira arbitrária, tal qual ocorria outrora. Daí falar que somente o processo tem o condão de efetivar decisão justa através da promoção da unidade do direito (MARI-
NONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p.151).

A desvinculação do justo acaba por legitimar o arbítrio, o que descaracteriza a essência e razão de ser do processo, e torna ainda mais evidente a necessidade de parâmetros que o norteiem.

A alegoria retratada por Franz Kafka no romance “O Processo” (KAFKA, 2009) representa, de maneira lírica, o desenrolar de um processo desvinculado de qualquer aporte principiológico que conduz, invariavelmente, ao injusto.

Conta-se na obra retromencionada a história de Josef K., personagem até então funcionário de um respeitável banco que, em determinado dia, é acusado de um crime que sequer sabe-se expressar qual foi. O Sr. K prossegue durante toda a narrativa tentando compreender do que fora acusado, e com que embasamento legal.

Não obstante a isso, se vê imerso dentro de um longo e burocrático processo que não lhe confere sequer o mínimo, como a possibilidade de ser ouvido ou de ter seus argumentos considerados.

Interessante e inquietante é o trecho em que Josef K. questiona a razão de ser do referido processo, e conclui pelo resultado injusto, como não poderia ser diferente, consideradas as circunstâncias. Descreve então:

Espantava-se por vezes que uma vida fosse suficiente para admitir que alguma vez pudesse ter êxito. Por certo, há horas sombrias, como todos já

experimentaram, em que se julga nada ter realizado, em que se tem a impressão de que só os processos destinados desde o princípio a um desenlace favorável, terminam bem, mesmo sem ajuda exterior, ao passo que os outros perderam apesar de todas as diligências, de todas as fadigas, de todos os pequenos êxitos aparentes com que tanto se regozijavam. Então, nesses momentos, nada mais parece certo de que os processos, por si mesmos bem encaminhados, não foram desviados do seu curso senão por uma intervenção exterior. Isto também é uma forma de confiança em si, mas é tudo o que então resta. Os advogados são particularmente expostos a este gênero de crises – porque são simples crises, claro, nada mais – quando de súbito lhes retiram um processo que eles conduziram tão longe e de maneira satisfatória. É sem dúvida o pior que pode suceder a um advogado. Não que seja o acusado que lhe retira o processo, isso nunca acontece, creio eu; um acusado, uma vez que tomou um advogado, deve conservá-lo sempre, seja o que for que suceda. Como poderia, com efeito, ele aguentar-se sozinho, depois de haver recorrido à sua assistência? Isto nunca sucede; mas acontece por vezes que o processo toma uma direcção em que o advogado já não tem o direito de acompanhá-lo. O advogado limita-se a ver ser-lhe retirado o processo, o acusado e tudo o resto; então, mesmo as melhores relações com os funcionários já não podem servir para nada, porque eles próprios não estão informados. O processo acaba por entrar numa fase onde é doravante impossível trazer qualquer ajuda, entre as mãos de tribunais inacessíveis e onde o advogado nem sequer pode contactar com o acusado (2009, p.69).

No enredo fica evidente também o medo que a acusação injusta sem processo correspondente infringe no Sr. K, que, muitas vezes, deixa-se tomar por um sentimento de total angústia e desespero, o que acaba levando a um resultado trágico, já que a trajetória da a entender que, em um último ato de aflição, o personagem acaba perdendo a dois senhores que o matem. “O processo fora uma farsa. A justiça uma falsa. A segurança uma morte.” (ROCHA, 1997, p.191).

Nesse particular reside o traço distintivo da importância da ciência processual no estado democrático de direito, o qual remonta à ideia de um governo do povo para o povo (MEDAUAR, 2003, p.26), o que reflete na impossibilidade de condução arbitrária tal qual retratado no dilema kafkaniano.

Não à toa a Constituição Federal de 1988 consagra no seu artigo 1º o Estado brasileiro como um Estado democrático, que, cotejadas às demais disposições constitucionais, não deixam dúvidas quanto a impossibilidade de legitimação da arbitrariedade no aspecto processual, sob pena de se atentar contra a própria democracia, em última instância.¹

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

2.1 NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL PROCESSUAL

Considerado ainda o paradigma constitucional inaugurado pela Constituição Federal de 1988, sobretudo do Estado Democrático de Direito, pode-se dizer seguramente que o processo é de fato o instrumento apto a permitir a organização social sob a ótica das garantias asseguradas no texto constitucional.

Não obstante, há de se observar a natureza instrumental do processo, ou seja, não se trata de um fim em si mesmo. Neste sentido, não há um processo pelo processo, mas sim como meio de se alcançar um determinado resultado no plano real - é, pois, o meio apto a realizar o alcance à justiça, que representa não só a superação do arbítrio institucionalizado, concentrado outrora nas mãos do monarca absoluto, mas também o instrumento que garante ao cidadão que a justiça não será feita com as próprias mãos. Tais premissas só se demonstram verdadeiras, entretanto, acaso os paradigmas norteadores do instrumento processual demonstrem-se bem definidos, através de paradigmas jurídicos bem delineados, e previamente estabelecidos.

Admitir entendimento diverso é afirmar o retorno à barbárie, quando não permitir que o processo seja utilizado com fins escusos, legitimando e instrumentalizando a anti-democracia através de um suposto procedimento que possa até parecer genuíno aos olhos dos menos críticos, por se valer de institutos presumivelmente justos, mas que, em verdade, viole frontalmente as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito.

É neste ponto que o aporte principiológico sólido e previamente estabelecido ganha enorme relevância, pois será este o instrumento apto a efetivar a realização da Justiça no caso concreto, e não a anti-Justiça, guiando-se assim para o alcance de um fim legítimo.

Sob este entendimento, portanto, legítimo será o que não contrariar, violar ou obstar o conjunto principiológico constitucionalmente assegurado pela Carta Magna.

E, não há aqui se confundir aporte principiológico com meros comandos normativos eventuais, supostamente constantes em diplomas legislativos esparsos. Não se pode correr o risco do extremo apego à legislação posta - à norma em si - visto que o intérprete que se apega excessivamente aos ditames estritamente normativos corre o risco de subverter toda a lógica do sistema. Sobre este particular em específico, valioso é

o ensinamento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar de maneira sucinta, porém não menos engrandecedora que “É muito mais grave, na interpretação, transgredir um princípio do que uma norma” (1972, p.144).

Desta maneira, o alcance do justo far-se-á somente através do seguro processo, fundamento basilar do estado democrático de direito, o qual será sempre norteado pelas garantias principiológicas anteriormente fixadas. Neste sentido leciona Carmen Lucia Rocha:

Assim, a democracia política e mesmo a democracia social tem no processo uma forma de manifestação e realização dos seus princípios. Mas a anti-democracia também pode valer-se dele para cumprir os seus objetivos. Daí a necessidade de se estabelecer uma principiologia jurídica democrática informadora do processo sem o que tanto poderá ele ser uma arma jurídica favorável como poderá ser contrária ao indivíduo. Somente o processo democrático é a superação do arbítrio (1997, p.192).

Por isso, tem-se que o instituto processual é de fundamental importância à organização social civilizada, sendo ainda o instrumento apto a efetivar o acesso à Justiça quando norteado pelo conjunto de princípios jurídicos-democráticos.

2.2 PROCESSO ADMINISTRATIVO E A TEORIA GERAL DO PROCESSO

Como consequência, ocupa-se a ciência jurídica do estudo do processo através de disciplina própria, qual seja a Teoria Geral do Processo, que é essencialmente “dedicada à elaboração, à organização, e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais” (DIDIER JR, 2012, p.25).

Ademais, assumindo-se a existência de uma teoria única, cujo objeto é o estudo dos conceitos jurídicos fundamentais processuais, há de se assumir também como verdadeira a hipótese de que a Teoria Geral do Processo irradia efeitos sobre todos os ramos processuais, inclusive do processo administrativo e, por conseguinte, do processo administrativo disciplinar.

A assunção destas asserções implica em dizer, portanto, que existe um núcleo-comum compartilhado por todos os ramos processuais, o que, contudo, não implica na desconsideração das peculiaridades de cada um destes. É neste sentido o raciocínio de Fredie Didier Jr. (2013, p.69) ao pontuar que “o fenômeno processual possui um

mínimo fático comum a qualquer das suas espécies; por isso mesmo, o processo é gênero”.

Daí também definir como teoria “geral”, pois os conceitos lógicos-jurídicos que compõem seu conteúdo se pretendem universais, distinguindo-se, pois, das teorias individuais do processo, que tem, por sua vez, a finalidade de tornar compreensíveis determinadas realidades normativas (DIDIER JR, 2012, p.26).

Pode-se dizer então que há uma relação de coerência que interliga os diferentes ramos processuais a despeito de seus objetos específicos próprios. Logo, ao âmbito processual administrativo são aplicáveis as premissas gerais da ciência do processo, comuns, portanto, ao processo civil, processo penal, processo do trabalho, etc.

Há que se admitir, pois, uma teoria geral do processo que o aborde como o efetivo instrumento de qualquer atuação estatal que seja, reconhecendo-se um núcleo comum e pertinente a todo fenômeno processual, cabendo a cada campo específico efetuar o respectivo aprofundamento científico necessário ao estudo de cada tipo de processo na disciplina correlata (BRAGA, 2015, p.134).

Não será objeto da teoria geral do processo o estudo do direito positivo. A abordagem é epistemológica, e o objetivo é o de fornecer às diversas ciências do processo o repertório conceitual, este sim indispensável ao exame do direito positivo no caso concreto (DIDIER JR, 2013, p.70). Sob este prisma, é fundamental para a compreensão deste trabalho monográfico a definição epistemológica do que se configura defesa em sentido amplo, e em que medida essa garantia será comum a todos os ramos processuais.

Ademais, é certo que existência deste núcleo comum processual evidencia ainda mais a importância do direito constitucional já que a Magna Carta consubstancia o centro desta unidade processual, sendo, portanto, o núcleo comum da ciência processual como um todo (ZANETTI, 2012, p.92).

Logo, qualquer manifestação seja ela emanada do Poder Legislativo, Judiciário ou Executivo que se relacione a matéria processual deverá, necessariamente, respeitar as garantias processuais comuns a todos os ramos de processo que, em última instância, lastreiam-se nas prerrogativas constitucionais, considerando-se aqui a Constituição Federal como núcleo-comum desta ciência.

2.3 GARANTIAS PROCESSUAIS COMUNS A TODOS OS RAMOS PROCESSUAIS

A existência de princípios estritamente processuais na Magna Carta tem o condão de viabilizar e reafirmar uma estrutura comum a todos os tipos de processo, ou seja, a observância de um mínimo comum entre estes ramos autônomos, como já fora referido anteriormente.

Dentro deste rol comum, pode-se destacar a aplicação do princípio-geral do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, institutos tão relevantes à ciência processual que afiguram-se praticamente inerentes à própria noção de processo.

2.3.1 Garantia ao Contraditório

Entende-se por contraditório a obrigação que tem o órgão julgador de dar às partes conhecimento da existência do processo e de todos os atos praticados nele, bem como a possibilidade das partes de reagirem ao que lhes seja desfavorável.

Impende ainda atentar à natureza dialética do processo em contraditório, que não é, pois, um monólogo conduzido meramente por uma autoridade julgadora, do contrário: há de ser dialogicamente construído pelas partes litigantes, através de respostas, réplicas e contra-ataques, que lhe confere, por fim, tal característica.

Neste sentido, salutar anotação de Paula Sarno Braga (2015, p.149) ao indicar que o “o contraditório não pressupõe litigiosidade ou interesses contrapostos. Pressupõe, isso sim, participação e diálogo, equilibrado e isonômico, de todos aqueles que serão atingidos pela decisão final”, o que adquire ainda maior relevância quando contextualizada no âmbito da Administração Pública, ente ao qual incumbirá o dever de resguardar o interesse público por essência, função que transcende a mera relação jurídica individual, com efeitos que poderão atingir uma coletividade.

Não à toa a garantia ao contraditório passou a constar explicitamente no art.5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, figurando não só como um princípio norteador do sistema jurídico, mas como verdadeira garantia de eficácia de direito fundamental, aplicável não só ao processo judicial, mas também ao processo administrativo.

Pode-se dizer, inclusive, que adquiriu dimensão nunca antes alcançada como verdadeiro princípio político da participação democrática, consagrando, pois, a efetiva participação do cidadão na construção da decisão final, em processo dialógico. Somente através desta ferramenta é que o Estado põe à disposição da coletividade todos os meios para alcançar este direito de participação, o qual, como visto, é de natureza fundamental.

Como bem aponta Leonardo Greco, “esse é o grande salto de nosso tempo: de princípio a garantia fundamental” (2005, p.73), e de fato o é. Sob esta nova ótica, a garantia ao contraditório não se limitará tão somente à manutenção do equilíbrio entre as partes, que deve ser assegurado pelo julgador no processo, mas em uma verdadeira ponte de comunicação entre as partes e o órgão julgador, que passa a integrar também o contraditório, já que todos os integrantes da relação processual deverão ter a possibilidade de influenciar eficazmente o convencimento deste ente a quem incumbirá o poder de decidir.

O direito ao exercício do contraditório, entendida assim sob a possibilidade conferida às partes de influírem de maneira eficaz, desde que idônea, sobre o convencimento da autoridade julgadora não depende, pois, de legislação infraconstitucional, eis que decorre diretamente da Constituição, neste sentido, “O processo deve formar-se e desenvolver-se em permanente contraditório” (GRECO, 2005, p.74).

Em decorrência de tais garantias, o contraditório somente será garantido quando cumpridas as obrigações de noticiar (*Mitteilungspflicht*) e de informar (*Informationspflicht*), possibilitando assim que o litigante possa se manifestar, replicar, contra atacar de maneira eficaz. É defeso ao órgão julgador diminuir ou encurtar o direito da parte de exteriorizar sua manifestação nos autos do processo, não se podendo de maneira alguma minimizar a participação deste indivíduo nos atos processuais – do contrário: deve ser oportunizada da maneira mais ampla a possibilidade de manifestação desta parte (NERY JUNIOR, 2010, p.210-211).

A referida previsão constitucional reforça, ainda, a ideia da existência de um núcleo comum processual, já que o contraditório terá aplicabilidade a todos os ramos processuais, seja ele judicial ou administrativo, salientando-se, ainda, por conclusão lógica que não se há falar em processo justo, seja ele qual for, que não se oportunize o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Especificamente no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar (PAD), o acusado tem direito de ser intimado da deflagração do processo e dos atos que passarão a compô-lo², sendo que esta intimação deverá observar os requisitos legais constantes na Lei 9.784/99, que serão melhores examinados em momento próprio, cabendo destacar aqui tão somente a obrigação conferida à Administração Pública de cientificar o acusado da instauração de processo punitivo contra si de maneira discriminada em lei, o que reforça a incidência desta garantia nos processos administrativos.

Por este mesmo motivo, também é direito do acusado em processo administrativo sancionador ter acesso aos autos, além da obtenção de informações de todos os atos e decisões tomadas no curso do processo, não se admitindo seja conduzido em caráter sigiloso, senão para terceiros. A vedação ao sigilo decorre por força do Princípio da Publicidade preconizado na Constituição.

Nota-se que a formação do material a ser apreciado pelo julgador, que lhe possibilitará chegar na decisão final, exige seja oportunizada à parte efetivo acesso aos teor dos autos, garantida assim a possibilidade de manifestação sobre todos os elementos que foram trazidos. Somente desta maneira há de se chegar à decisão mais acertada para o caso concreto, o que denota a importância de se assegurar o exercício do contraditório.

A garantia ao contraditório vem, ainda, por vezes definida na doutrina em alusão ao instituto da paridade de armas, definida, por sua vez, como a simetria e simultaneidade de oportunidades no processo. O processo haveria de ser simétrico já que as oportunidades conferidas às partes processuais devem ser proporcionadas na mesma dimensão e intensidade.

De igual modo, a simultaneidade determina que estas oportunidades não podem ser conferidas em momentos distintos, já que a manifestação tardia ou antecipada por um dos integrantes da relação processual pode ter seu sentido de todo alterado somente por ter sido produzida em momento que se considere inadequado (BRAGHITTONI, 2011, p.10).

² Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

É cediço, portanto, que em decorrência da previsão constitucional constante ao inciso LV do art.5º da Magna Carta, a paridade de armas, desdobramento do contraditório, também será incidente no processo administrativo, inclusive disciplinar.

2.3.1 Garantia à Ampla Defesa

A essência do termo “defesa” alude a contestar uma afirmação, condutas, fatos, argumentos ou interpretações que possam causar prejuízos de índole física, moral e/ou material. Neste sentido, a defesa é o que irá possibilitar ao indivíduo a prerrogativa de se preservar daquilo que poderá lhe afetar, eventualmente, seja através de atos, medidas, condutas, decisões ou declarações emanadas por outrem (MEDAUAR, p.111, 1993).

O Princípio da Ampla Defesa consubstancia o efetivo direito desta defesa, oportunizando a adequada resistência às pretensões adversárias, a fim de preservar a esfera jurídica do indivíduo no caso concreto.

Considerando a existência de previsão constitucional que torna compulsória a observância do princípio da Ampla Defesa no âmbito do processo administrativo, não se poderá conceber um processo que se defina como justo sem que seja oportunizado ao acusado o direito de defesa. É certo ainda que os princípios da Ampla Defesa e Contraditório mantem, entre si, profunda interação, incorporando-se em alguns pontos.

Odete Medauar (2003, p.186-187) elenca alguns elementos indispensáveis ao exercício da ampla defesa, sobretudo no PAD. São estes:

a) Caráter prévio da defesa – Consistente na anterioridade da defesa em relação ao ato decisório. Ou seja, o acusado deve se defender antes da imposição da sanção, e não depois dela. Ademais, há de se ressaltar a vedação à imposição de penas sem o devido processo correspondente no âmbito administrativo. Logo, por mais simples que possa parecer a punição, esta deverá ser precedida do processo correspondente, onde será oportunizado o direito de defesa e contraditório.

b) Direito de interpor recurso administrativo – Essa faculdade conferida ao administrado independe de previsão legal pois decorre do direito de petição resguardado no art.5º XXXIV, a, da Constituição Federal.³

c) Defesa técnica – Defesa realizada pelo representante legal o interesse do acusado, ou seja, o advogado. Logo, por decorrência lógica, acaso não seja oportunizado ao administrado a faculdade de constituir advogado ou, não podendo fazê-lo, seja nomeado defensor público ou dativo *ad hoc*, restará maculada a ampla defesa e, por conseguinte o processo. Este ponto específico será melhor estudado ao longo deste trabalho monográfico.

d) Informação geral – Decorrente dos desdobramentos do contraditório, envolve o direito de ser notificado do início do processo, devendo constar nesta intimação a indicação dos fatos e bases que justificaram a sua instauração. Além disso, abrange também o “direito de ser cientificado, com antecedência, das medidas ou atos referentes à produção de provas” (MEDAUAR, 2003, p.187).

e) Direito de solicitar a produção de provas e de vê-las realizadas e consideradas.

A ampla defesa só pode ser viabilizada no caso concreto, portanto, quando observados todos os requisitos acima, sendo que a mera relativização de qualquer um destes institutos pode macular por completo a defesa do acusado.

2.3.3 Garantia ao Devido Processo Legal

É certo que o direito processual se subordina aos princípios constitucionais de abrangência geral, sobretudo ao Princípio da Dignidade Humana que representa verdadeiro pilar da República Federativa do Brasil, tal a sua importância e relevância no ordenamento brasileiro (NERY JUNIOR, 2010, p.78).

Por essa razão é que a incidência do instituto da Dignidade Humana no âmbito processual é indireta, afigurando-se ainda como imponderável. O controle de constitucionalidade ou não de eventuais dispositivos que atentem contra isto será feito de maneira difusa ou concentrada.

³ XXXIV – são a todos assegurados, independente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Além dos princípios constitucionais que incidem indiretamente, há os de incidência direta, típicos da ciência processual, sendo o princípio fundamental da ciência processual o Devido Processo Legal, que encontra guarida no art.5º, LIV da Magna Carta⁴.

O Devido Processo Legal garante que, nenhuma penalidade será aplicada sem a devida apuração correspondente, e, somente assim estar-se-á autorizada a imposição de medida sancionatória, logicamente acaso seja verificado que realmente houve ilícito.

Logo, é correta a asserção que determina que o devido processo legal tem no contraditório um de seus elementos formadores essenciais, a ser viabilizado através do procedimento adequado (BRAGHITTONI, 2002, p.41-42). E, o que o define como adequado, por sua vez, é justamente o fato de se ter sido permitida uma adequada manifestação das partes, em iguais dimensões e intensidades no momento oportuno, fato que revela a intrínseca relação entre o exercício do contraditório nos termos constitucionais, e a garantia do devido processo legal.

Neste sentido, não há como se falar em processo devido sem a correta apuração do eventual ilícito a ser aferido, o que por certo só pode ser viabilizado através de contraditório efetivo, onde as partes detenham a efetiva faculdade de influenciar o convencimento do julgador, em paridade de armas à parte adversária, de maneira simétrica e simultânea.

De igual maneira, também só será devido o processo em que sejam viabilizadas as chances de defesa do acusado, através de defesa previamente constituída por profissional habilitado, onde seja conferida ainda a oportunidade ampla de produção probatória e acesso aos demais elementos probatórios constantes aos autos, e que as provas produzidas à oportunidade sejam, por sua vez, devidamente consideradas e apuradas pelo órgão julgador.

O processo indevido, invariavelmente conduzirá ao injusto, remontando ao dilema processual kafkaniano, o que não se admite sob a égide do Estado Democrático de Direito por ferir de morte o aporte principiológico consagrado na Constituição Federal.

2.3.4 Direito à representação

⁴ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

É certo que um processo justo somente poderá se perfazer no caso concreto caso sejam observadas as salvaguardas constitucionais que tutelam os direitos das partes, conferindo-lhes um processo devido, em contraditório, com ampla possibilidade de defesa.

Isso só se demonstrará possível, todavia, através da devida representação por advogado, indivíduo detentor dos conhecimentos jurídicos adequados, que, numa posição estranha ao conflito objeto da relação processual, poderá promover uma defesa que abranja todos os elementos possivelmente alegáveis, considerando ainda que “a serenidade e os conhecimentos técnicos são as razões que legitimam a participação do advogado na defesa das partes” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p. 330).

Tem-se aqui, portanto, dois elementos essenciais que tornam o causídico indispensável à administração da Justiça no caso concreto: o distanciamento da causa, que lhe permite atuar de maneira serena, sem interferências emocionais possivelmente relacionadas ao objeto do processo; e o conhecimento técnico necessário para promoção da defesa da parte em sua plenitude, já que, em sendo conhecedor dos meandros da legislação, afigura-se como o profissional adequado para assegurar seus interesses na esfera processual.

Na esfera processual, o advogado será o responsável por resguardar os interesses do seu cliente, empregando esforços reais para defender estes interesses diante do órgão julgador.

Isso porque, “sem dúvida, onde os protagonistas do Direito veem elefantes, o Advogado quase sempre só vê formigas” (SARAIVA, 2015, p.2).

Essa visão diferenciada que o advogado tem para/com a causa do seu cliente é advinda da própria estrutura social, que se lastreia em quatro fundamentos brasileiros, quais sejam: a facticidade, a diversidade, a complexidade e a solidariedade.

A facticidade é o resultado da convivência em sociedade, considerando que a vida humana é feita de atos naturais que, eventualmente, são interessantes ao Direito, transformando-se em atos jurídicos.

Muitas vezes esses fatos são alterados dolosa ou culposamente, comprometendo substancialmente a forma como se apresentam ao órgão julgador, o que pode resultar

em grave prejuízo ao acusado. Cabe ao advogado expor a verdade dos fatos, na medida em que eles ocorreram, sem distorções.

A diversidade, por sua vez, é fruto da própria condição humana que é díspar por natureza. Cada indivíduo é único, e cabe ao causídico demonstrar isso ao órgão julgador, expondo a adversidade de seu cliente, que muitas vezes detém importante papel no deslinde do feito em que atua. A complexidade, consequência da diversidade, dizer que se a natureza humana é díspar, ela é também complexa.

A solidariedade, por fim, seria o alcance da pacificação social através do Direito, o que, por óbvio, só é possível através da atuação do advogado no caso concreto.

2.4 PROCESSO ADMINISTRATIVO

Partindo da premissa da existência de uma Teoria Geral do Processo, que abrange todos os ramos processuais e faz incidir sobre estes feixes as previsões gerais, aptas a garantir um mínimo comum, a despeito das peculiaridades de cada um destes ramos processuais, há de se assumir, por consequência que o processo administrativo estará incluso nesse rol, e que existirá um mínimo a ser comungado juntamente com o processo civil, penal, trabalhista, etc. Este “mínimo” serão as garantias processuais comuns a todos os ramos processuais.

Serão garantidos aos litigantes em processo administrativo, portanto, a partir desta lógica, o instituto do devido processo legal, a ser viabilizado pelo exercício do contraditório e da ampla defesa no caso concreto.

Embora essa configuração nos dias atuais possa até parecer intuitiva, nem sempre fora assim. O período de formação e estruturação do Direito Administrativo remete a uma fase inicial de total irrelevância do processo que culminaria na formação do consequente ato administrativo.

Como destacado neste trabalho monográfico, o Direito Administrativo tem sua origem depois das revoluções burguesas do século XVII, com expoente na França, desemborcando na consequente edição da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, em 1789.

Tratavam-se de normas jurídicas destinadas precipuamente a reger a atividade do Estado, o qual atuaria mediante edição de atos a serem providos unilateralmente pela Administração Pública, no intuito de dar execução às leis.

Sob esta perspectiva, pouco importava a participação dos eventuais interessados na condução deste ato administrativo, desde que o resultado final respeitasse a lei posta, nos estritos limites da legalidade. Era este, por fim, o critério de validação do ato administrativo.

Nesta fase inicial, referir-se a processo ou procedimento, no âmbito da Administração Pública, era aludir ao controle efetuado pelo Poder Judiciário dos atos administrativos, tão somente (MEDAUAR, 1993, p.55).

Contextualizando ao cenário político da época, não era de se esperar menos. Neste momento, a preocupação primeira era que o gestor se submetesse às leis emanadas da sociedade civil, e não do monarca. Era importante assegurar que qualquer ato advindo da Administração Pública perpassasse por critérios estabelecidos à nível legal, e não de acordo com a vontade do soberano, como ocorria outrora.

Todavia, seria por demais ingênuo, senão equivocado, pretender compreender o processo administrativo nos moldes atuais dos dias de hoje, valendo-se apenas desta perspectiva (MOREIRA, 2014, p.40).

Superado este paradigma, a doutrina se volta finalmente para a noção do procedimento em separado do ato para o qual se tende, o qual deverá ocorrer em processo dialético, formado através de um contraditório entre a Administração Pública e os interessados. Sob esta perspectiva, o ato administrativo a ser produzido resultará não mais da vontade pessoal e discricionária do gestor, mas sim de um processo efetivamente produzido em diálogo com o(s) eventuais interessado(s).

Destaca-se, pois, a finalidade primordial do processo administrativo, qual seja a proteção dos interesses do administrado, para uma atuação administrativa conjugada aos fins da Administração Pública, através do interesse público, que deverá, por fim, nortear a produção do ato final e conclusivo.

Angelica Petian (2011, p.90) anota ainda que o processo administrativo irá se materializar como cumprimento do dever-poder do Estado, obstando o arbítrio do administrador, já que, sob esta perspectiva será exigido que o ato administrativo se forme, necessariamente, no bojo de uma relação jurídica procedimentalizada, em que seja

conferida a todos os interessados a oportunidade de se manifestar e acompanhar passo-a-passo o iter de formação da vontade funcional.

Ademais, é imprescindível ainda a noção de que a Administração Pública irá se vincular às pessoas privadas por meio de relações essencialmente jurídicas, que poderão ostentar natureza processual ou natureza material. É certo ainda que não foi apenas o direito material que evoluiu e passou a abranger novas dimensões de direitos fundamentais. Isso também ocorre com o direito processual, inclusive o direito processual administrativo, que também se adaptou aos desafios e instalou as correspondentes dimensões ampliativas de direitos fundamentais processuais.

Efeito contínuo, tal como as gerações – ou dimensões – dos direitos fundamentais materiais, também os direitos fundamentais processuais (devido processo legal, ampla defesa e contraditório) e a conseqüente relação jurídica daí decorrente experimentaram evolução ao longo do tempo.

Como destacado, no momento inicial em que se sedimentam as bases do Direito Administrativo, por volta do século XVIII, o indivíduo não era tido como sujeito de direito frente à Administração Pública. Em não sendo sujeito, não era, por derradeiro, dotado de direitos de natureza subjetiva, sobretudo da ordem processual. Subsistia, pois, a aplicação da lei de maneira unilateral pelo Estado, desde que em observância ao princípio da Legalidade, não cabendo ao administrado – terminologia consagrada à época destinada àquele que efetivamente subordinava-se ao ato posto, desde que legal – a legitimidade para questionar a formação da vontade estatal, já que o “administrado”, assim concebido, não era dotado de legitimidade processual perante à Administração Pública por não ser sujeito de direito.

Como aponta Egon Bockmann Moreira (2014, p.42-43) as características inaugurais do Direito Administrativo, e seus efeitos à nível processual, remontam a duas conclusões inevitáveis. A primeira delas é o quão excludente e restritiva se afigurava a relação jurídica entre o chamado administrado e a Administração Pública, tanto no que concerne aos direitos de natureza material, quanto aos de natureza processual. Esperava-se muito pouco do Estado – seus deveres eram de pequena dimensão, modulados unicamente pelo vetor da legalidade, ou seja, da aplicação unilateral e formal da lei, sem qualquer participação das pessoas a serem afetadas por esta decisão final.

De outro lado, é o fato de que “não se pode examinar a relação posta entre pessoas privadas e Administração Pública tal como se o Direito Administrativo oitocentista estivesse a reger o mundo (dos fatos e do Direito)”. A realidade contemporânea é outra. E, por isso mesmo, faz-se mister, à égide de um Estado que se pretenda democrático, resguardar os direitos constitucionalmente assegurados, reconhecendo e garantindo a dignidade tanto material quanto processual das pessoas privadas.

2.5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

No passado, a Constituição não era considerada uma autêntica norma jurídica, assim dotada de força cogente e imperatividade. Tratava-se de mera retórica de valores e diretrizes políticas que por certo deveriam inspirar o legislador, mas que não poderiam ser diretamente aplicadas pelos juízes quando da solução de controvérsias, incumbindo aos magistrados, à época, fundamentar suas decisões exclusivamente nas leis em vigor, as quais eram consideradas de fato a autêntica expressão da soberania popular.

Com a superação deste paradigma, notadamente após a traumática experiência ocasionada pelo nazi-fascismo, houve uma ampliação da jurisdição constitucional, que foi, aos poucos, se consolidando e fortalecendo.

A expansão da jurisdição constitucional permitiu a consolidação da ideia que hoje parece óbvia: o fato de que a Constituição Federal é, a despeito de suas características singulares, – que, com efeito, têm o condão de promover a consolidação dos valores sociais –, uma norma jurídica dotada de eficácia e aplicabilidade direta.

Neste novo cenário, há uma extrema valorização dos princípios de índole constitucional, em contraposição ao paradigma agora superado, onde o elevado grau de abstração e generalidade dos princípios constitucionais constituía o argumento para a negação da sua eficácia normativa. Contemporaneamente, tem-se afirmado, à nível doutrinário e jurisprudencial, de maneira uníssona a força vinculante da principiologia constitucional, que independerá da mediação do legislador infraconstitucional para a produção de efeitos.

É a partir desta nova perspectiva que se há falar em uma supremacia não apenas formal, mas efetivamente material da Constituição Federal, consagrando-se a premissa de que, justamente os valores mais caros à comunidade política são, exatamente aqueles consagrados pela Carta Magna. Estes valores densificados através de princípios e regras, devem, diante de sua notória relevância jurídica e moral, de modo a incidir diretamente em todos os ramos de estudo do Direito, processo o qual se convencionou denominar de constitucionalização do direito (BINENBOJM, 2008, p.62-65).

Diante do processo de constitucionalização do direito, que determina a incidência direta da Constituição Federal em todos os ramos jurídicos, inclusive no direito processual, torna possível a identificação de uma nova disciplina, a qual se convencionou chamar, por sua vez, Direito Processual Constitucional. Não se trata aqui de ramo autônomo de processo, tal qual o é o processo civil ou penal, mas sim de um conceito científico, que determina uma análise sistemática ciência processual, sempre em relação com a Constituição (CAMBI, CAMBI, 2006, p.62).

De igual maneira, o reconhecimento do administrado enquanto sujeito detentor de direitos subjetivos, inclusive de natureza processual, e a consequente garantia da dignidade deste sujeito revela o fenômeno da constitucionalização do processo e, por consequência, também do processo administrativo, decorrência direta da constitucionalização do Direito em geral. Por isso mesmo e não à toa, o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal determina 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”.

Pode-se dizer ainda que a Lei Maior traçará ideias gerais que deverão ser pormenorizadas caso-a-caso pelo aplicador do direito processual, seja de que ramo for. Este aplicador estará diretamente interligado às peculiaridades do caso concreto, competindo-lhe, pois, efetivar a resguarda dos direitos constitucionais processuais (devido processo legal, contraditório e ampla defesa).

Essas garantias deverão ser asseguradas a despeito do ramo processual que seja, o que reforça, mais uma vez, a existência de um núcleo comum a ser partilhado por todos os ramos processuais, inclusive de processo administrativo.

Inegável, pois, o paralelo existente entre a disciplina processual e o regime constitucional em que o processo em si irá se desenvolver, já que, em sendo o Direito Processual ramo do direito público, haverá de ter suas bases definidas, por consequência, pelo próprio direito constitucional (CAMBI, CAMBI, 2006, p.63).

Logo, por conclusão lógica, também será inegável o fato de que o Direito Processual Administrativo, como parte integrante do ramo do Direito Processual Constitucional, terá suas linhas fundamentais traçadas pela própria Constituição Federal, que incidirá diretamente sobre este campo, notadamente diante da reconhecida força vinculante dos princípios e o status de norma jurídica que goza a Carta Magna, conforme ressaltado por Gustavo Binenbojm (2008, p.63-64).

Nesta acepção, Odete Medauar (1993, p.74) destaca que a Constituição de 1988 filia-se, pois, à tendência contemporânea do que denomina processualização da atividade administrativa. Destaca ainda que o processo administrativo se associa à Constituição à medida que será a ferramenta pela qual, no exercício da atividade administrativa, permitir-se-á a concretização das normas e princípios ali assegurados.

Sob esta perspectiva, o administrado passa a integrar a formação da vontade institucional, afastando-se da condição de mero expectador para partícipe do dever-poder do Estado. É efetiva consagração enquanto sujeito detentor de direitos subjetivos frente à Administração Pública.

Também é em igual sentido a lição de Egon Bockmann Moreira (2014, p.48), ao frisar que a efetiva participação dos sujeitos de direito na formação dos atos estatais é o que há de essencial no chamado processo administrativo contemporâneo. Pouco importará quem sejam estes sujeitos, ou quais direitos ou interesses articulem, já que o que a legislação põe em relevo é “o dever público de bem informar e respeitar a dignidade da participação privada diretamente na formação da vontade estatal”.

Outrossim, a sedimentação do ideal que resguarda a participação do cidadão nos atos do Estado, através do processo, é essencial, inclusive, à própria democracia, podendo-se concluir a partir daí que o processo administrativo é imprescindível, em última instância, ao reconhecimento do próprio Estado Democrático de Direito, com quem guarda íntima relação de dependência (PETIAN, p.96, 2011).

2.6 RECONHECIMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

O processo tem natureza jurídica instrumental, o que implica dizer que não se trata de um fim em si mesmo - não há um processo pelo processo, mas sim o processo como meio de se alcançar um determinado resultado no plano real. Afigura-se, então, como o meio apto para que se alcance a Justiça.

Por ser este o raciocínio, o processo, e aqui especificamente o processo administrativo, tem a finalidade precípua de tutelar direitos, reconhecendo-os e preservando-os. A inserção de tal garantia no art. 5º da Constituição Federal lhe confere, por fim, o status de garantia fundamental, ressaltando-se ainda que no rol de direitos fundamentais prepondera a índole declaratória, bem como o caráter de reconhecimento pelo próprio diploma de prerrogativas e faculdades que são de todo essenciais para a pessoa humana, como é o processo administrativo.

A professora Odete Medauar (p.77, 1993) é enfática ao definir que “trata-se de garantia, porque se destina a tutelar direitos, porque representa meio para que sejam preservados, reconhecidos ou cumpridos os direitos dos indivíduos na atuação administrativa”. Cuida-se, pois, de instrumento a serviço de um direito, ou seja, uma garantia de natureza fundamental.

Completando este raciocínio, impende reconhecer que desde a promulgação da Constituição Cidadã o sistema jurídico brasileiro passou a fundamentar-se essencialmente a partir dos direitos fundamentais e da democracia, direitos estes que incluem a efetiva participação da sociedade civil no processo de formação da vontade do Estado, sobretudo àqueles dos quais possa resultar eventual cerceamento das liberdades declaradas na CF.

Por esta razão é que o processo administrativo figurará como instrumento de garantia dos direitos fundamentais frente à Administração Pública, e também como instaladores de direitos subjetivos públicos processuais (MOREIRA, 2014, p.48).

Outrossim, para que o processo seja o meio a efetivar os princípios democráticos, e que sirva por sua vez de escudo aos administrados, deve ser instaurado e conduzido com tal ânimo (PETIAN, 2011, p.63).

2.7 PROCESSO x PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

A controvérsia em torno do processo e procedimento não é nova para os estudiosos do Direito Processual, e os efeitos práticos desta diferenciação dizem respeito não somente a questões estritamente terminológicas, atingindo aspectos substanciais.

O procedimento muitas vezes aparecia em uma posição desprestigiada em relação ao processo, quando confrontados, tornando-se habitual o uso do jargão “mero procedimento”, especialmente para fazer referência à sucessão de atos do processo, a jurisdição voluntária e ao processo administrativo.

Paula Sarno Braga (2015, p.130) anota que muitos teóricos administrativistas tinham a grande preocupação em salientar a autonomia dos procedimentos administrativos em detrimento do processo jurisdicional, para que não se pudesse estender ao âmbito administrativo o regime jurídico próprio do processo judicial, o que não demonstra pertinência.

Isto porque, o processo é concebido enquanto método voltado para exercício de qualquer função estatal que seja, inclusive a de natureza administrativa, podendo se extrair daí que, em verdade, tratar-se-á apenas da exigência de uma sucessão de atos concatenados, tendentes à formação de um ato normativo final, o que não teria o condão de atrair o regime jurídico próprio aos processos judiciais na seara administrativa.

Aliás, comum ao regime processual em esfera administrativa e judicial seriam, conforme pontua a autora supracitada, somente a necessidade de respeito ao contraditório e ao devido processo legal, garantia que emana diretamente da Constituição Federal, e não de determinada codificação processual que seja. Anota ainda (2014, p.130) que “No mais, cada processo, em sua respectiva esfera estatal, terá regimento próprio, com disciplina peculiar das formalidades e exigências necessárias para que seja legítimo e devido o desempenho da função em questão”.

Logo, ficariam afastadas eventuais regras relativas a outros ramos processuais que não sejam indispensáveis para o exercício democrático e devido daquele poder, no caso em questão, para o exercício da função administrativa. Daí dizer que o princípio da adequação – que impõe que as regras processuais sejam adequadas – justifica a existência de uma teoria geral do processo.

Poder-se-ia invocar também, enquanto critério de distinção entre a forma processual e procedimental, a necessidade de se justificar que deste segundo não haveria de decorrer, necessariamente, um ato final, pressuposto indispensável para a configuração de um processo.

Não se trata, mais uma vez, de critério válido à medida em que no processo jurisdicional, como aliás é em qualquer outro processo estatal, o processo existirá ainda que não se tenha sido proferida decisão final. Desta sorte, conforme prenota Paula Sarno Braga (2015, p.131), “A decisão é o fim teleologicamente falando, sendo que antes e independentemente do seu alcance, há processo no mundo do Direito processual”.

Nesta mesma linha argumentativa, os defensores da autonomia dos procedimentos administrativos em detrimento do processo jurisdicional ficavam adstritos ao termo procedimento administrativo em ordem de afirmar a flexibilidade procedimental. Novamente, não se trata de critério válido porquanto se há falar também na esfera judicial em flexibilidade processual, sobretudo diante da possibilidade do estabelecimento de negócios jurídicos processuais entre as partes litigantes, hipótese prevista no art.190 do CPC.⁵ Evidente, neste sentido, que não há nenhuma justificativa plausível para se negar a processualidade no exercício da função administrativa.

Em um esforço científico mais recente, que se debruçou sobre o estudo do procedimento de maneira mais cautelosa e aprofundada, observou-se uma reversão do menosprezo pelo conceito, resultando em uma verdadeira “reaquisição” do prestígio científico gozado pelo procedimento (MEDAUAR, p.36, 1993).

Isso ocorre pela sedimentação do raciocínio que os atos advindos do poder estatal consistem na concretização, no plano real, do signo abstrato que é o poder, o qual fica concentrado nas mãos do Estado. Para melhor compreensão desta lógica, é preciso imaginar, à princípio, a entidade estatal como detentora do poder outorgado pelos cidadãos que assim o fizeram para que pudessem viver organizadamente em paz.

Como definiu Thomas Hobbes (1651, p.61), trata-se de “uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por

⁵ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente para assegurar a paz e a defesa comum”.

Certamente com a resignificação do Estado não se há admitir mais que o uso desse poder ocorrerá da maneira mais conveniente, tópico que já fora, inclusive, análise deste trabalho monográfico.

Todavia, a noção da existência de um pacto de uma grande multidão, recíprocos uns aos outros, é extremamente conveniente para a compreensão da existência de um poder concentrado nas mãos de entidade fictícia, a qual denomina-se Estado, e que a origem deste poder é a submissão dos próprios cidadãos ao pacto social, que efetivamente abrem mão do direito de se autogovernar em prol de um bem comum. Logo, o poder outorgado ao Estado emana do próprio cidadão.

A concretização deste poder, ou seja, os efeitos práticos e reais que serão observados e sentidos pelos administrados assumirão feição prática através da edição atos emanados do Estado, os quais representarão, logicamente, a aplicação deste poder à realidade.

A concretização do poder em ato, entretanto, nem sempre é instantânea. Neste ínterim, surge, pois, uma figura híbrida que não é mais o poder abstrato outorgado a esta entidade fictícia, mas ainda não é um ato. Este fazer-se ato denomina-se função. Desta feita, a manifestação da função, o modo de se fazer o ato, é através do procedimento.

Pode se dizer, pois, que o procedimento é a “história da transformação do poder em ato” (MEDAUAR, 1993, p.36). O procedimento, por sua vez, é um fenômeno observado durante todo o exercício de uma função, constituindo verdadeiro elemento basilar do sistema da lógica jurídica e do Direito em si.

Fundado nesta ideia, passou-se a se conceber a noção de procedimento como gênero e processo como espécie. Logo, do ponto de vista subjetivo, distingue-se o procedimento em dois tipos: o procedimento em sentido estrito, e o processo.

Procedimento em sentido estrito seria, sob esta ótica, a sucessão coordenada de atos, realizados por um mesmo sujeito, do início ao fim, a quem compete a consequente edição de um ato final. O processo, por sua vez, tem como elemento característico a atuação de diferentes sujeitos, que serão ainda diversos àquele a quem compete a edição do ato. Daí dizer que no processo os destinatários do resultado final têm a

possibilidade de participar diretamente na sua construção. Traduz-se, pois, na efetiva colaboração do interessado.

Desta maneira, em que pese o uso largamente difundido da terminologia “procedimento administrativo” para definir o caminho da formação do ato administrativo, demonstra-se mais adequado o uso da expressão “processo administrativo”, já que não há se conceber a formação da vontade estatal desvinculada da participação dos interessados, não se podendo negar ainda a evidente processualidade ao exercício da função administrativa (BRAGA, 2015, p.133).

2.7.1 Ausência de lei geral em matéria de processo administrativo

No que se refere a competência para legislar em matéria de processo e procedimento, há de se observar a distribuição vigente insculpida na Constituição Federal de 1988, que determina de maneira expressa no art.22, I⁶, que competirá, de maneira privativa, à União legislar sobre matéria de processo e de maneira concorrente à União, estados, Distrito Federal e municípios a competência legislativa acerca de procedimentos em matéria processual.⁷

Neste sentido, poder-se-ia dizer que competirá privativamente à União legislar sobre matéria de processo, e, concorrentemente aos entes federados, a competência sobre procedimento em sentido estrito, nos termos já definidos neste ensaio.

Admitindo-se ainda como verdadeira a hipótese de que o caminho para a formação da vontade estatal deverá ser construído com a participação direta do administrado, destinatário final do ato a ser produzido, não se tratará de mero procedimento administrativo, e sim de verdadeiro processo.

Em sendo processo, caberia, portanto, à União a competência legislativa sobre normas de processo administrativo, e aos demais entes federados, concorrentemente

⁶ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

⁷ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI - procedimentos em matéria processual;

com a própria União, a competência legislativa sobre as normas de procedimento escrito. O que se observa, todavia, é a ausência de norma geral em matéria de processo administrativo, inexistindo diploma geral que regule a matéria à nível nacional.

Em 29 de janeiro de 1999 fora editada a lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e assim sucessivamente os demais entes federados. No Estado da Bahia, a lei que dispõe acerca do rito processual administrativo é a Lei 12.209, de 20 de abril de 2011.

Inexiste, pois, uma lei geral, de vigência nacional que regule o processo administrativo. Traçando um paralelo com a ciência processual civil, analogicamente, poder-se-ia dizer que não existe, à nível de matéria processual administrativa, um Código de Processo Civil, norma geral que regula o processo cível, somente disposições de normas procedimentais, em legislação editada pelos entes federados, conforme competência constitucionalmente atribuída a estes.

É salutar trazer aqui as ponderações de Paula Sarno Braga (2015, p.151-152) sobre a matéria. Em apertada síntese, a autora conclui que não é possível distinguir procedimento de processo já que, em essência, tratam-se de noções indissociáveis entre si. Isto porque a existência ou não de contraditório não seria um requisito de existência do processo, e sim de validade do mesmo. Logo, não poderia o critério da existência ou não de contraditório ser invocado enquanto núcleo conceitual apto a justificar a distinção entre processo e procedimento. Desta sorte, legislar sobre procedimento significaria legislar sobre processo, e vice-versa.

Afirma, em igual perspectiva (2015, p.235) que “Não há nada de processual (art.22, I, CF) que não seja procedimental; e não há nada de procedimento “em matéria processual” (art.24, XI, CF) que não seja igualmente processual”. Diante deste contexto, não haveria como se distinguir o que seria de competência legislativa estadual e federal, por sua vez, já que não existe diferença entre processo e procedimento, por essência. Neste sentido, ou bem se admitiria a inconstitucionalidade das leis estaduais ditas procedimentais – já que, inevitavelmente, também estar-se-ia legislando acerca de matéria processual de competência privativa da União – ou bem se admite que as leis estaduais, supostamente procedimentais sob a forma suplementar e local, reconhecendo-se ainda que em um devido processo legal legislativo, é o legislador estadual quem detém a competência adequada para promover o ajuste das leis federais processuais às especificidades do local em questão.

Por certo não se constitui o escopo deste trabalho monográfico aprofundar-se acerca da existência ou não de diferença entre processo e procedimento, e seus eventuais reflexos legislativos.

Todavia, a reflexão alvitrada pela professora Paula Sarno Braga é extremamente edificante no sentido de melhor compreender o contexto legislativo brasileiro, sobretudo no que atine à competência legislativa em matéria de processo/procedimento para que se constate que não há aqui uma zona de competências bem definida, ao mesmo tempo em que não há na doutrina e jurisprudência um consenso acerca do que é processo e o que é procedimento, e, continuamente, o que é competência acerca de processo e o que é competência acerca de procedimento, se é que esta distinção da fato existe.

Não se tem delimitado por certo o que será de atribuição da União e o que será de atribuição dos estados, e isso, por certo, se reflete no caso em estudo, não existindo, pois, um diploma legislativo de abrangência nacional que se preste a regular a matéria processual ou procedimental administrativa. A inexistência de diploma processual na esfera administrativa, em pleno século XXI é um dos claros reflexos, pois, da inexistência de critérios bem definidos acerca da competência legislativa processual/procedimental.

2.8 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD)

O Direito Administrativo Disciplinar é uma feição do Direito Administrativo, decorrente do poder disciplinar outorgado ao Estado. Consubstancia, por sua vez, a faculdade de punir internamente a infrações de natureza funcional cometidas por servidores públicos e demais indivíduos sujeitos à disciplina dos órgãos e serviços da Administração.

A aplicação da pena disciplinar terá, pois, caráter de poder-dever, uma vez que a condescendência na punição é considerada, inclusive, crime contra a Administração Pública, com tipificação penal correspondente⁸ no Código Penal.

⁸ Condescendência criminosa Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Por essa razão, verificada a existência de uma possível infração de natureza disciplinar, competirá ao superior hierárquico instaurar o procedimento para averiguar a ocorrência do fato supostamente delituoso, que poderá culminar, quando se demonstrarem presentes os indícios de efetivo ilícito administrativo, em um processo administrativo de natureza disciplinar.

Hely Lopes Meirelles (p.133, 2013) destaca ainda que não se há confundir o poder disciplinar conferido à Administração Pública com o poder punitivo que detém o Estado, o qual será exercido pela Justiça Penal. O poder disciplinar é, pois, faculdade interna da administração pública, e que só abrange infrações diretamente relacionadas com o serviço público, sendo que o processo administrativo disciplinar (PAD) se destinará essencialmente a processar e julgar infrações desta natureza.

2.8.1 Objetivos do PAD

O objetivo do processo administrativo disciplinar (PAD) será, essencialmente, o processamento e julgamento de infrações relacionadas ao serviço público. Por uma questão de ordenamento lógico, é importante destacar de antemão que não é objetivo precípuo da Administração punir seu servidor, mas ocorrerá no momento que este assumer causa (SOUZA, p.13, 2013).

Pode-se dizer ainda, que a instauração do Processo Administrativo Disciplinar possui duas funções que são interligadas entre si. A primeira é a de resguardar o interesse público em face de condutas possivelmente ilícitas, o que deverá ser apurado através do processo competente. E, verificado o ato atentatório contra a administração pública, subsistirá a necessidade da aplicação de penalização correspondente.

Existe uma preocupação expressa de que ao gestor público caberá a faculdade de administrar interesses coletivos, que transcendem à sua esfera individual, e por esta razão este indivíduo estará obrigado, a guiar suas decisões por este objetivo comum, o que certamente só poderá ser feito através do processo administrativo. Este é, essencialmente o objetivo primordial do processo administrativo, e aqui compreendido o disciplinar.

Por outro lado, mas ainda vinculada à necessidade de que seja resguardado o interesse público, o PAD afigura-se como a garantia apta a permitir que o suposto delito seja de fato apurado nos moldes legais, garantindo-se o direito individual do acusado de ter suas garantias fundamentais devidamente contempladas, bem como o interesse público existente em que eventual ilícito seja de fato apurado nos moldes legais.

O que há de fundamental ainda na ideia do processo, e aqui, mais uma vez contida a figura do processo administrativo disciplinar, é a impessoalidade que deverá reger todo o procedimento. Quer-se, efetivamente, despersonalizar-se quem decide, de maneira a transformá-lo no instrumento apto, caso-a-caso, de se efetivar um interesse maior, impedindo que decisão final seja corrompida por interesses políticos-pessoais (SUNDFELD, 2011, p.3).

Logo, a decisão desprovida de interesses de tal natureza somente poderá se fazer através do processo correspondente, o qual terá como guia também a noção da impessoalidade.

Ainda neste mesmo sentido, cumpre observar que o processo terá importante papel no sentido de realizar concretamente as decisões previamente estabelecidas pela lei, estando intimamente correlacionado ao princípio da legalidade. Isso porque a norma abstrata e geral não possui, de per si, o condão de produzir efeitos diretos na esfera jurídica dos administrados a quem ela se destina, o que somente poderá ser efetivado por meio do processo. Guarda, desta maneira, íntima relação com o Princípio da Legalidade, reduzindo a esfera discricionária do gestor, com fins de evitar a contaminação através de fatores externos político-pessoais.

2.8.2 Sanções Aplicáveis

A sanção administrativa é o ato administrativo final através do qual há privação de um bem jurídico do administrado sancionado, ou a sua restrição, decorrente do descumprimento de dever jurídico-administrativo (FRANÇA, 2011, p.265).

Ao término do processo administrativo disciplinar, constatado o descumprimento de um dever jurídico-administrativo, ou seja, cometimento de um ilícito administrativo, serão cabíveis as seguintes punições: advertência, suspensão, demissão, cassação

de aposentadoria e disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada (MEIRELLES, p.134, 2013). Além disso, se da infração sobrevier eventual enriquecimento ilícito às custas do Estado, também poderá ser determinada a restituição ao erário, nos termos do art. 46 da Lei 8.112/90.⁹

Conforme for a gravidade do fato a ser punido, deverá o gestor, através de juízo discricionário – e não arbitrário – determinar a punição que melhor se amolde ao caso concreto. Este juízo, que deverá observar a conveniência e oportunidade, para que não se configure excessivo, devendo ainda ser pautado nos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de se perfazer ilegítimo e passível de invalidação pelo Judiciário.

Ressalta-se ainda que a motivação da aplicação de pena disciplinar é de todo imprescindível para que o ato seja válido, não se podendo admitir como legal a punição sem a justificativa correspondente da autoridade que a impôs.

Hely Lopes Meirelles (2013, p.135) destaca ainda que a discricionariedade no âmbito disciplinar circunscreve tão somente a escolha da penalidade dentre as existentes e acima elencadas, conforme seja a falta apurada, sendo indispensável a motivação que justifica a sua escolha, que é obrigatória ao gestor.

Ademais, impende observar também, que embora o processo administrativo disciplinar destine-se somente ao processamento e julgamento de ilícitos de natureza administrativa, já que a aplicação da lei penal caberá à Justiça respectiva, as sanções que poderão ser imputadas ao servidor podem produzir consequências gravíssimas à esfera individual deste apenado.

É certo que ao ingressar nos quadros da administração pública o servidor será investido das prerrogativas como estabilidade, vencimento/remuneração e demais vantagens pecuniárias férias, licenças, assistência, disponibilidade e aposentadoria, as quais podem ser cassadas mediante aplicação de penalidade em processo administrativo disciplinar.

⁹ Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.

A aplicação destas punições poderá ter consequências muitas vezes nefastas, já que o servidor punido poderá ser privado de verbas que possuem, em muitos casos, natureza essencialmente alimentar, destinadas, pois, ao seu próprio custeio mínimo e de sua família. De igual maneira, poderá se ver obrigado a restituir o erário em valores muito superiores aos vencimentos percebidos - a depender do caso - o que seguramente tem o condão de ensejar diversos transtornos ao indivíduo contemplado com tal penalidade.

Frise-se, por oportuno, que objetivo dos questionamentos aqui suscitados não é o de se admitir a convivência com o ilícito, ou defender a inexistência de punição destes casos, pelo contrário. O que se busca, substancialmente, é demonstrar que existe gravidade e importância nas sanções passíveis de serem aplicadas ao término do PAD, que muito embora sejam alocadas como “meramente administrativas”, podem influir de maneira extremamente negativa na esfera do administrado apenado.

O objetivo é, pois, chamar atenção às consequências extremamente nocivas que podem advir de tal processo, o que conduz ao raciocínio esboçado por este trabalho monográfico, que, diante da seriedade das sanções que podem resultar do PAD, faz-se extremamente necessário o acompanhamento por profissional regularmente habilitado para defesa dos interesses do acusado, sob pena de ofensa ao direito de defesa, o qual é resguardo pela Constituição Federal de 1988.

2.8.3 Possibilidade de Revisão Judicial

Por força do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, que traduz, por sua vez, a noção do monopólio Estatal do poder jurisdicional, há de se destacar que as decisões prolatadas pela Administração Pública não são dotadas de definitividade, podendo ser revisadas à posteriori pelo Poder Judiciário (SOUZA, 2013, p.11).

Deve-se observar, todavia, que a jurisdição estatal não é absoluta, e deve levar em consideração fatores limitantes, decorrentes da própria organização do Estado e da separação dos poderes. Não obstante a isso, a Administração Pública estará sujeita ao controle final a ser efetuado pelo Judiciário, que, inerte, somente agirá mediante provocação.

Neste sentido, averbera Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.124) que “é ao Poder Judiciário, e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito”. Desta maneira, competirá o Judiciário, mediante provocação, a anulação de atos inválidos, inclusive de natureza disciplinar, que não forem praticados dentro da legalidade.

Destaca ainda o precitado autor (2015, p.124) que caberá ao Judiciário realizar o juízo de adequação dos atos administrativos eventualmente produzidos à lei, detendo, pois “a universalidade da jurisdição no que respeita à legalidade ou a consonância das condutas públicas com os atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas”.

Nota-se, então, que a prerrogativa outorgada ao Poder Judiciário de efetuar o controle dos atos administrativos se limita tão somente no que diz respeito a legalidade e constitucionalidade deste, sendo vedada a interferência em aspectos de mérito do ato administrativo revisado, como por exemplo a punição discricionariamente escolhida pela autoridade a ser aplicada ao servidor.

Logo, muito embora subsista a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário, por força do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, esta revisão estará adstrita a aspectos de legalidade e constitucionalidade, o que reforça, mais uma vez, a tese esboçada por este trabalho monográfico, no sentido de que a defesa técnica, devidamente promovida por advogado habilitado, é imprescindível para a validade do processo punitivo administrativo, à medida que dele podem resultar sanções de diversas naturezas, as quais não poderão ser revistas em esfera judicial, senão no tocante aos aspectos de legalidade e constitucionalidade.

3. O PAPEL DO ADVOGADO

Missão impossível se faria a de definir a importância do papel do advogado sem trazer à tona os ensinamentos de Rui Barbosa (O dever do advogado, 2002). Fervoroso defensor do sistema republicano, foi, em conjunto com Prudente de Moraes, o autor da primeira Constituição da República. Notável não só pelo profundo saber jurídico, Rui Barbosa se posicionava firmemente quanto à sua opinião política, que era de amplo conhecimento à época, tendo figurado inclusive, como candidato à presidente da República contra o militar Hermes da Fonseca.

Certa feita, fora consultado por Evaristo de Moraes, advogado, que era seu co-partidário e amigo pessoal, acerca de um caso que se revestia de estranhas peculiaridades. Evaristo encontrava-se em um profundo dilema moral, pois tinha sido pessoalmente requisitado para promover a defesa do Dr. José Mendes Tavares, acusado de assassinar capitão-de-fragata Luís Lopes da Cruz, crime que à época foi motivo de grande repercussão, estampando as primeiras páginas dos jornais com reportagens que invadiam a intimidade das famílias dos seus dois principais protagonistas.

Não obstante o crime tenha ocorrido em 14 de outubro de 1911, tal qual como acontece nos dias atuais, houvera ampla divulgação dos detalhes do crime de maneira completamente imparcial. Os principais jornais dedicaram longos rodapés e editoriais ao episódio em questão, quase sempre contrários ao acusado, o que foi decisivo na formação da opinião pública que levada pelo noticiário da imprensa, ficara do lado da vítima, abandonado o Dr. José Mendes Tavares à própria sorte.

O acusado, por sua vez, era também notório adversário político de Evaristo de Moraes, partidário das causas políticas do militar Hermes da Fonseca, e por consequência lógica também o era de Rui Barbosa. Acometido, pois, de profundo transtorno de consciência, sem saber se mantinha-se fiel aos seus ideais políticos ou se aceitava o desafio de promover a defesa de seu adversário, que, destaque-se já havia sido condenado pela opinião pública, buscou, em ordem de acalmar a consciência quanto ao conflito interno que se delineava, consultar-se com o saudoso mestre.

A resposta por este replicada, como aliás não poderia ser diferente, fora de tamanha magnitude e inteligência que até hoje, passados mais de cem anos de sua edição, se configura como verdadeiro marco apto orientar o agir do advogado, destacando a sua

fundamental importância. Não à toa fora convertida, anos depois, em livro prefaciado por Evaristo de Moraes Filho, do qual destaca-se importante trecho que resume – mas absolutamente não esgota – a essência do Dever do Advogado (expressão convertida para intitular a obra destacada). Neste sentido:

Ora, quando quer e como quer que se cometa um atentado, a ordem legal se manifesta necessariamente por duas exigências, a acusação e a defesa, das quais a segunda, por mais execrando que seja o delito, não é menos especial à satisfação da moralidade pública do que a primeira. A defesa não quer o panegírico da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais (2002, p.30).

Será este, pois, o papel primordial do advogado, a quem competirá a - muitas vezes árdua - tarefa de representar a voz dos direitos legais do acusado, defendendo-lhe os interesses e fazendo-se observar os estritos cumprimentos da lei, sobretudo em processos dos quais possam resultar restrição de direitos fundamentais.

É certo ainda que se a gravidade da infração cometida se reveste de tamanho impacto social, que o sentimento geral seja de completa reprovação, a ponto de contra ela se levantar em violenta revolta, caberá ao advogado permitir que a Voz do Direito não emudeça em momento algum, notadamente nestes momentos em que isso seja tão susceptível de ocorrer.

Não à toa, o legislador constituinte de 1988 reconheceu, setenta e sete anos depois, o que Rui Barbosa já preconizava em 1911, consolidando no art. 133 da Carta Magna que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

3.1 O ADVOGADO COMO FIGURA INDISPENSÁVEL À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Restando superado o Estado Absolutista, onde todas as leis emanavam do monarca, e inaugurado o Estado Democrático de Direito já não há mais se falar na primazia do Estado em detrimento dos cidadãos, e sim na convivência harmônica entre estas duas esferas.

Neste passo, a garantia às liberdades de natureza individual, ou seja, estritamente ligadas ao indivíduo, à exemplo do *habeas data* e do mandado de injunção reforçam a tese da convivência equilibrada, ao tempo em que se busca o implemento de direitos

sociais, instituindo-se, pois, mecanismos aptos a efetivar tais direitos, inclusive na esfera judiciária, a exemplo da ação popular e da ação civil pública, as quais serão essencialmente promovidas pelo causídico.

Nota-se, pois, que o exercício da advocacia se reveste de múnus público, instituindo-se a ideia de que a função do advogado não visa tão somente a satisfação de interesses privados, mas da efetiva realização da Justiça no caso concreto, sobretudo em razão do monopólio do *jus postulandi*. Valendo-se ainda das lições do professor Fábio Konder Comparato, ressalta-se que: “Nesse contexto, torna-se impertinente indagar se a advocacia é apenas o exercício de uma função privada ou tão-só o desempenho de um serviço público. Ela é ambas as coisas, sem confusões ou contradições” (1993, p.45)

Logo, o advogado atua a fim de promover o interesse público da realização da justiça em qualquer foro ou instância, em juízo ou fora dele, sendo indispensável à administração da mesma, como preconizou o legislador constitucional.

O conceito de Justiça referido no comando constitucional assume, portanto, um significado mais amplo, que não se relaciona apenas ao processo judicial, ou sequer ao poder judiciário, em específico. Desta premissa, não se pode olvidar ao fato de que o advogado será indispensável para que se alcance o justo no caso concreto, e que esta hipótese não está adstrita ao processo judicial, se estendendo, também, para fora dele, como será no caso do processo administrativo sancionador.

3.2 IMPORTÂNCIA DA DEFESA TÉCNICA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS RESTRITIVOS DE DIREITO SANCIONADORES

Entende-se por processo administrativo restritivo de direito aqueles que diminuem a esfera jurídica do administrado, causando-lhe gravame seja pela imposição de um dever e/ou restrição, pela ampliação do objeto de um dever já existente ou ainda pela supressão de um direito já consolidado.

Para que um processo administrativo seja enquadrado na categoria de restritivo, não é necessário que efetivamente produza tais efeitos no mundo fenomênico, bastando

que tenha a possibilidade de fazê-lo. Desta maneira, para que se configure como restritivo, bastará que seu ato final seja apto a restringir o rol de direitos do qual o administrado é titular (PETIAN, 2011, p.108).

Vladmir da Rocha França (2011, p.269), também em igual sentido, classifica o processo administrativo sancionador como “a sucessão encadeada e necessária de atos e fatos jurídicos que deve preceder a sanção administrativa”.

Nesta esteira de pensamento, os processos restritivos se subdividem ainda em duas espécies: os processos administrativos meramente restritivos, cujo ato final causa um gravame ao interessado, promovendo a diminuição de sua esfera jurídica, sem haver, contudo, a imposição de uma sanção. É o caso, por exemplo, da revogação de ato que tenha promovido anteriormente a ampliação de um direito. De outro lado figura o processo administrativo sancionador, que objetiva a imposição de uma consequência administrativa, como é o caso do processo administrativo disciplinar (PETIAN, 2011, p.109).

Constatada pois, a aptidão do processo em produzir efeitos negativos à vida do administrado, sobretudo aqueles efeitos que se revestem de especial gravidade, como poderá ser no processo administrativo disciplinar, subsistirá a necessidade de defesa técnica promovida pelo advogado, que terá fundamento justamente na possibilidade de imposição de sanção negativa restritiva.

Em igual perspectiva é também o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo (1997, p.11), ao pontuar que “se é verdade que, no processo administrativo, pode a parte dirigir-se à Administração sem advogado, todavia, cremos que nos processos sancionatórios e nos disciplinares, deve haver defesa técnica”.

Outrossim, sempre que houver a possibilidade de prejuízo à parte, subsistirá a imprescindibilidade da defesa técnica.

Em via oposta ao posicionamento adotado pela precitada autora, que pondera que a necessidade da defesa promovida por advogado não se relaciona à norma constitucional que determina que o causídico é essencial à administração da Justiça (1997, p.11), mas sim ao fato de que sem a presença deste, não será observada a ampla defesa realmente eficiente, sem amplo contraditório e exaustão das provas, com a devida vênia, entende-se que, de fato, a inexistência de defesa técnica promovida por

advogado no processo sancionar macula o feito à medida em que não haverá a garantia constitucional da ampla defesa.

Todavia, essa mácula efetivamente se relaciona também ao fato do causídico ser indispensável à administração da justiça, já que se concebe a expressão justiça referida no comando constitucional em um sentido mais amplo, não necessariamente correlacionado ao aspecto judicial-processual, daí a conclusão de que o advogado é indispensável à administração da justiça, o que também deverá ser observado no processo administrativo disciplinar.

3.3 A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO TÉCNICO E A RACIONALIDADE DA DEFESA

Ao prefaciar o livro de Peter Andreas Ferenczy (1998, prefácio *apud* JACOBINA, 2007, p.44) o professor René Ariel Dotti evidencia a situação do acusado diante de uma denúncia promovida contra si, demonstrando, pois, a condição deste indivíduo. Conta que:

Durante a inquirição, o candidato distribuiu aos Membros da Banca Examinadora um texto escrito em húngaro. Após o silêncio do auditório, acompanhado pela sensação de curiosidade que a todos envolvia, os mestres perguntaram ao advogado Peter Andreas Ferenczy o significado do conteúdo daquele papel, cuja leitura torna-se impossível para eles. “Trata-se de uma aparente citação para interrogatório, indicando a natureza do crime imputado, o dia, a hora e o local do comparecimento, o nome da autoridade que expediu a ordem e alguns detalhes burocráticos”, respondeu o autor da dissertação de mestrado. E traduziu os termos do suposto mandado, para completar: É assim mesmo que o réu analfabeto reage quando recebe uma citação para ser interrogado e acompanhar o processo.

Impossível não fazer a correlação com o processo de Kafka. Lá, o acusado, Sr. K, acorda um dia surpreendido com a notícia que estava detido, sem saber por quê, nem para quê. Aqui, de igual forma. Ainda que de maneira alegórica, salta aos olhos a condição do acusado quando este se encontra desamparado de alguém que lhe patrocine a causa, nem que seja, em momento inicial, para traduzir os termos da acusação que contra ele se volta.

Daí se falar na verdadeira importância da defesa técnica em qualquer processo que se pretenda sancionador, conforme já fora definido anteriormente. Igualmente, será a racionalidade da defesa.

É certo que as sanções que podem advir da condenação no processo administrativo disciplinar podem ensejar graves transtornos na vida do servidor acusado, que poderá, inclusive, se ver privado do vínculo com a administração, de onde retira o subsídio de natureza alimentar. Logo, é praticamente impossível exigir deste indivíduo a serenidade e distanciamento da causa que lhe permita promover a própria defesa da maneira mais ampla possível, como apregoa a Constituição Federal. Isso, por certo, somente poderá se perfazer através de profissional devidamente qualificado, conhecedor da norma técnica e meandros legislativos, estando apto, por fim, a promover a efetiva ampla defesa.

Ademais, não se pode conceber que todos os servidores da Administração Pública possuam grau de instrução necessário, que lhes torne aptos a promover a defesa em sede de processo administrativo de maneira ampla, sobretudo por faltar, além do distanciamento necessário da causa, o elemento da técnica.

Em determinados casos, sequer é exigida formação superior para o ingresso nos quadros da Administração Pública, a depender do cargo que se busca ocupar. E, ressalte-se, em casos ainda mais escusos, muitas vezes em pequenos municípios, sequer se há falar na exigência de nível médio para ingresso no serviço público.

Outrossim, ainda que se exija a formação em nível superior, não se poderá demandar deste servidor o profundo conhecimento das leis e princípios que regem a administração pública. Neste sentido, a defesa pessoalmente promovida por este indivíduo carecerá do elemento da técnica, imprescindível ao alcance da ampla defesa, princípio de resguarda constitucional, e garantia fundamental.

Requisitar do servidor público que não possua formação adequada, ou ainda pior, que não possua sequer formação, que promova de maneira ampla sua própria defesa, diante da acusação perpetrada pela Administração Pública, é ferir de morte a garantia à ampla defesa, a qual possui resguarda constitucional no inciso LV do art.5º CF, sendo garantida, inclusive, aos litigantes em processo administrativo, hipótese expressamente prevista no comando constitucional.

Em todos os casos, ainda que se admita ser o servidor público bacharel em direito, ao que se supõe conhecedor das leis e princípios que regem a administração pública, carecerá a defesa do segundo elemento que lhe confira o status de ampla, qual seja o distanciamento da causa, que permita a promoção dos termos da contestação à

nível racional, e não emocional, sendo certo que as sanções que advém do PAD se revestem de extrema gravidade, podendo impactar diretamente à esfera jurídica do bem acusado, inclusive mediante a cessação de verba de natureza alimentar, o que comprometerá o caráter racional da defesa. De igual maneira, não se poderá falar na defesa amplamente promovida, como determina a Constituição.

3.4 PONTOS SIMILARES ENTRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O PROCESSO PENAL E GARANTIAS COMUNS

Reconhecida, portanto, a natureza restritiva do processo administrativo sancionador, há de se admitir a semelhança compartilhada com o processo judicial penal, ramo processual com quem comunga alguns princípios básicos, configurando assim o regime jurídico dessa espécie de processo restritivo de direito.

Conforme ressaltado, as sanções que podem resultar do processo administrativo disciplinar se revestem de especial gravidade à esfera jurídica do servidor apenado, podendo ocasionar-lhe transtornos de toda ordem.

Nesta linha de raciocínio, a conjugação do regime jurídico restritivo de direito característico do processo administrativo disciplinar, e a gravidade da restritividade que poderá resultar deste processo em razão das sanções que podem dele decorrer, evidencia ainda mais as semelhanças compartilhadas com o processo judicial penal. Logo, faz-se necessário sejam reconhecidos princípios basilares comuns entre estes ramos processuais, sobretudo em face do núcleo processual universal comungado por todos estes ramos processuais donde se extraem as garantias comuns a todos as ciências processuais.

Em ordem de salientar ainda as semelhanças procedimentais existentes entre estes ramos do processo, há de se constatar o objetivo primordial do PAD, que é a apuração da responsabilidade do servidor em razão de infração funcional, ou ainda relacionada às atribuições de seu cargo. De igual maneira, é o objeto do processo judicial penal a apuração das infrações penais e de sua consequente autoria.

Desta maneira, desenvolve-se o processo administrativo disciplinar em três fases distintas, quais sejam a instauração, com publicação da Portaria respectiva, citação, defesa, instrução, defesa final e relatório, e, por fim, o julgamento. O processo judicial penal, noutra via, também se desenvolverá em três fases, sendo a primeira delas a denúncia, queixa, ou auto de prisão em flagrante (ou portaria nos casos de contravenção penal), em seguida, tal qual no PAD será a fase da citação, defesa, instrução, defesa final e, por fim, também de igual maneira, o julgamento (RODRIGUES, 1996, p.223).

Logo, por força da garantia à ampla defesa, a qual é comum a todos os ramos processuais, e considerada ainda a natureza restritiva do processo administrativo disciplinar, o que lhe faz, em certos aspectos, ser similar ao processo judicial penal, bem como a ritualística símile partilhada entre estes, há de se reconhecer, como consequência, a compulsoriedade da defesa técnica promovida por advogado, tal qual o é no processo judicial penal. Reforçando a tese aqui esposada, e reconhecendo ainda a natureza sancionadora do processo administrativo disciplinar, é a anotação de Carlos Ari Sundfeld (1987, p.100) no sentido de que “o ato cuja finalidade é produzir diretamente uma consequência desfavorável ao destinatário exige um procedimento em que se lhe assegure ampla defesa”.

Frise-se por oportuno que embora existam nítidas semelhanças entre o processo judicial penal e o processo administrativo disciplinar, o que reforça a ideia de uma teoria geral do processo e a existência de um núcleo de garantias comuns a serem partilhadas por estes ramos processuais, é importante destacar que tratam-se, a despeito de suas similitudes, de esferas processuais diversas, com pressupostos próprios, sobretudo pelo fato de que o processo judicial penal é de iniciativa privada do Poder Judiciário, ao passo que o processo administrativo disciplinar é poder-dever da Administração Pública, voltado para a apuração de responsabilidade infracional dos servidores públicos.

As similitudes comungadas entre o processo judicial penal e o processo administrativo disciplinar, ambos de natureza punitiva, é, inclusive, hipótese reconhecida pelos tribunais brasileiros. Neste sentido, inclusive, é o posicionamento do Tribunal Superior do

Trabalho, em acórdão relatado pelo ministro Luis Philippe Vieira de Mello Filho¹⁰, onde restou assentado que as normas administrativas, descritivas de condutas infracionais e fixadoras de penalidades - ou seja, de natureza disciplinar - têm indiscutível caráter repressivo e punitivo, razão pela qual guardam estreita semelhança com as normas de Direito Penal, devendo ser aplicadas como se normas de natureza penal fossem.

Cuidam-se, pois, de institutos diferentes, com regimes jurídicos próprios, mas que comungam entre si garantias comuns, pelo fato de essencialmente se voltarem à pretensão punitiva conferida ao Estado. Uma na esfera administrativa, outra no âmbito judicial.

3.4.1 Defesa no processo judicial penal

Entende-se por defesa toda atividade das partes no âmbito processual com o intuito de fazer valer os seus respectivos direitos e interesses. Especificamente no direito processual penal, a defesa será a oposição à atuação da pretensão punitiva, que será efetivada pela acusação.

Historicamente, a defesa no processo judicial penal é subdividida em autodefesa, ou defesa genérica, aquela “levada a cabo pela própria parte, mediante atos constitutivos de ações ou omissões, no sentido de fazer prosperar ou impedir que prospere a atuação da pretensão punitiva”, e defesa técnica ou específica, “promovida por pessoa especializada que tem como profissão o exercício dessa função técnico-jurídica de

¹⁰ A Constituição da República estabelece que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" (art. 5º, inciso XL), de sorte que, em matéria penal, é perfeitamente possível a retroatividade da lei, desde que seja esta favorável ao indivíduo-infrator. Trata-se de regra resultante da adoção do princípio da estrita legalidade em matéria penal, portanto, garantidor do direito de liberdade individual que, com suas regras ou subprincípios, precisa ser respeitado pelo Estado e seus agentes, na aplicação das normas penais. No âmbito do Direito Administrativo inexistente norma expressa na Constituição, nem em lei ordinária, acerca da eficácia retroativa de suas normas jurídicas mais benéficas, no entanto, o processo hermenêutico pode e deve ser conduzido para além dos limites desse simples procedimento interpretativo, vez que a Constituição consagra, expressamente, apenas a retroatividade da *lex mitior* penal, a contrário senso fica robustecido o entendimento hermenêutico de que nossa Carta Política, tacitamente, acabou sinalizando em direção à retroatividade das demais normas de natureza repressiva, incluídas aí as de Direito Administrativo, desde que benéficas ao cidadão. Trata-se de processo interpretativo lastreado no princípio da isonomia, pois as normas administrativas, descritivas de condutas infracionais e fixadoras de penalidades, têm indiscutível caráter repressivo e punitivo, pelo que guardam estreita semelhança, quanto à sua natureza, com as normas do Direito Penal. Assim, devem ser interpretadas e aplicadas como se normas de natureza penal fossem (Tribunal Superior do Trabalho. RMA: 62000-42.2004.5.12.0000, Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 07/11/2011, Órgão Especial, data de publicação: 18/11/2011. Grifado).

defesa das partes, atuando no processo penal para realçar seus direitos” (TOURINHO FILHO, 2013, p.574).

Convém ressaltar ainda que a expressão autodefesa possui, materialmente, um outro sentido, estando associada à defesa técnica. Sob esta expressão, a autodefesa será a faculdade imposta ao acusado de se abster de responder eventuais perguntas que lhe forem formuladas se assim entender conveniente. Trata-se de direito fundamental, consubstanciado no inciso LXIII do art.5º da CF¹¹, não se confundindo, pois, com o conceito precitado.

O ordenamento brasileiro consagra a obrigatoriedade da defesa técnica e imprescindibilidade do defensor para o processamento e julgamento na seara penal, de sorte que o art.261 do Código de Processo Penal preconiza que “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Nada importará sequer se o acusado estiver ausente, ou foragido – em todos os casos, subsistirá a obrigatoriedade da defesa promovida por defensor, sendo expressamente vedado ao réu prescindir da defesa técnica, ainda que assim seja a sua vontade. Resta consolidada, pois, a indisponibilidade do direito de defesa, que independará de qualquer deliberação volitiva do acusado em processo judicial penal.

A obrigatoriedade da defesa técnica, e por consequência a indisponibilidade do direito de defesa, tem fundamento no princípio da ampla defesa e contraditório, que são, por sua vez, lastro do devido processo legal e pilar do Estado Democrático de Direito. Sob esta perspectiva, pontua ainda Fernando da Costa Tourinho Filho:

O devido processo legal exige um regular contraditório com o antagonismo de partes homogêneas. Deve haver uma luta leal entre acusador e acusado. Ambos devem ficar no mesmo plano, embora em polos opostos, como os mesmos direitos, as mesmas faculdades, os mesmos encargos, os mesmos ônus. Não se deve esperar justiça de uma sentença se uma das partes gozar de mais vantagens que a outra (2013, p.583).

De igual maneira o professor Eugênio Pacelli que, inclusive, ressalta a existência da modalidade da defesa efetiva, à saber:

Por isso, fizemos questão de incluir entre as modalidades e/ou manifestações da defesa a defesa efetiva, que não se limita apenas à possibilidade de participação no processo, já assegurada pelo contraditório. Por defesa efetiva deve-se entender e exigir a efetiva atuação do defensor em prol dos interes-

¹¹ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

ses do acusado, o que poderá ser aferido sempre diante de caso concreto, sopesando-se as provas carreadas aos autos pela acusação e a possibilidade real de sua confrontação pela defesa (2015, p.480).

A lei penal homenageia a figura do defensor e salvaguarda o direito do acusado de ter promovida sua defesa da maneira mais ampla, o que certamente só poderá se efetivar mediante atuação do causídico, a quem incumbirá o ônus de promover os interesses do acusado contra as pretensões acusatórias, o que caracteriza, por sua vez, a essência da defesa ampla de resguarda constitucional.

Como bem ressalta Elmir Duclerc (2008, p.447), “a defesa técnica, sob qualquer modalidade, é um múnus público que deve ser desempenhado com senso de dever”. Trata-se, por isto mesmo, de importante função a ser desempenhada pelo advogado, a quem incumbirá, na seara penal, o múnus de promover a ampla defesa do acusado, assegurando que lhe sejam disponibilizados todos os meios possíveis de oposição à pretensão punitiva do Estado (DUCLERC, 2008, p.46).

Aury Lopes Jr. (2013, p.234-235) assenta ainda que a defesa técnica é considerada indisponível não só em detrimento da garantia individual do acusado, mas também por existir um interesse público na correta apuração do fato supostamente delituoso, e também pela premissa de que a tutela da inocência do imputado não é só um interesse individual, mas sim social. Logo, como bem asseverou também Elmir Duclerc (2008, p.46), cuida-se, efetivamente de múnus público, cuja relevância transcende à esfera individual do sujeito acusado.

Desta feita, poder-se-ia arguir que o direito de defesa na seara penal é indisponível tão somente a fim de se resguardar bem jurídico de maior envergadura, qual seja a liberdade do indivíduo acusado, o que não se estenderia ao processo administrativo disciplinar, do qual não poderá resultar pena privativa de liberdade, eis que somente seriam cabíveis as sanções elencadas anteriormente.

Ocorre, todavia, que, conforme já fora aqui exposto em momento anterior, as restrições que poderão resultar do processo administrativo disciplinar, ainda que não afetem o *jus libertatis* do indivíduo, se revestem de especial gravidade, podendo ocasionar, inclusive, a destituição das funções do servidor condenado, que deixará de auferir verbas de natureza alimentar que promovem, em muitos casos, o sustento do indivíduo e sua própria família, ou ainda seja determinada a restituição de verbas que superem o valor percebido à título de proventos por este servidor.

Evidente então que o bem jurídico aqui afetado é também de alta magnitude, subsistindo a necessidade de atenção especial quanto a defesa deste servidor em processo sancionador, ainda que não penal.

De outro lado, o art. 72 da Lei 9.099/95¹², que institui os juizados especiais cíveis, federais e criminais, exige de maneira expressa a presença de defensor na audiência preliminar, onde haverá a propositura obrigatória da transação penal pelo representante do Ministério Público, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade.

Vê-se, pois, que o referido diploma legal exige a presença do causídico, ainda que em audiência que não haja efetivo risco à liberdade do acusado, reforçando assim a tese de que a ampla defesa promovida por advogado na seara penal não se dará somente em função da imposição de penas restritivas de liberdade.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em igual sentido, determinando que a presença de defesa técnica em audiência preliminar é indispensável à transação penal, sob pena de nulidade, assim decidindo:

A presença de defesa técnica na audiência preliminar é indispensável à transação penal, a teor do disposto nos artigos 68, 72, e 76, §3º, da Lei 9.099/95. Com base nesse entendimento, a Turma deferiu *habeas corpus* a paciente que não fora amparada por defesa técnica na audiência preliminar em que é proposta e aceita a transação penal pela suposta prática do delito de desacato (CP, art. 331). Entendeu-se que os princípios norteadores dos juizados especiais, tais como oralidade, informalidade e celeridade não podem afastar o devido processo legal, do qual o direito à ampla defesa é corolário. HC 88797/RJ, rel Min. Eros Grau, 22.8.2006. (HC-88797). STF.

Fica evidente, portanto, que a exigência da presença do causídico não se relaciona estritamente à possibilidade ou não da aplicação de pena restritiva de liberdade – não é aí que reside a importância da presença do indivíduo detentor do conhecimento que promova a defesa técnica e essencialmente apta. Tanto é que a lei dos Juizados Especiais exige de maneira expressa que a audiência preliminar, onde será obrigatoriamente ofertada a proposta de transação penal pelo membro do Ministério Público, a qual não implica em restrição de liberdade, seja acompanhada por advogado, sob pena de nulidade do acordo, como foi no caso acima.

¹² Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

3.4.2 Defesa no processo administrativo disciplinar

Antes que se pormenorize os aspectos próprios à fase de defesa no processo administrativo disciplinar, cumpre tecer algumas breves considerações acerca das etapas em que o processo se desenvolve. Frise-se o fato de que, não existe uma norma nacional que discipline a matéria processual administrativa, conforme estudado em tópico anterior, não havendo, por consequência, como se falar em norma geral de processo administrativo.

Todavia, muitas das legislações processuais esparsas que regulam a matéria observam a configuração processual administrativa inaugurada pela Lei 9.784/99, promovendo o rito processual em moldes similares ao definido no diploma federal, às vezes com alterações somente na ordem das fases. Neste sentido, são as fases do PAD: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento.

A instauração ocorrerá quando a autoridade competente tome conhecimento da irregularidade, incumbindo-lhe o dever funcional de promover a apuração do fato supostamente delituoso. Os trabalhos de instauração do processo administrativo envolverão, principalmente, matéria relacionada à competência, formalização dos atos instauratórios, designação de comissão processante, e fixação de prazos (ARAÚJO, 1994, p.140).

Obviamente, o acusado deverá ter ciência destes aspectos antes do início do processo contra si, o que ocorrerá através da Portaria que inaugura o PAD, promovendo assim, a instauração, que objetiva, além dos pontos destacados, cientificar o acusado do ilícito a ser apurado, e dos termos processuais a serem observados.

A fase de instrução, por sua vez, é a etapa onde ocorrerá a coleta de provas acerca do fato a ser apurado. O objetivo aqui, tal qual como o será na seara judicial, é permitir a prolação de decisão fundamentada pela autoridade competente, com base no que restar demonstrado pelo conjunto probatório final. Já nesta fase, que antecede a defesa, salta aos olhos a necessidade do patrocínio por advogado assim investido.

É certo que o direito a prova é de resguarda fundamental, sendo desdobramento prático do princípio do contraditório, o qual é assegurado a todo litigante processual, seja na esfera administrativa ou judicial. Neste sentido lecionam Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira ao afirmarem que “o direito à prova é

conteúdo fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante. Nesse sentido, o direito à prova também é um direito fundamental” (2015, p.41).

Cuida-se, pois, de direito de natureza fundamental e conteúdo complexo que compreende o direito à adequada oportunidade de requerer provas, de produzi-las, participar de sua produção, de manifestar-se acerca das eventuais provas produzidas, e do direito à exame pelo órgão julgador do conjunto probatório a ser produzido. Não se há admitir a observância do efetivo direito à prova, o qual é corolário do princípio do contraditório, quando a(s) parte(s) restar(em) privada(s) de algum destes aspectos substanciais que integram o conteúdo complexo do direito à prova. Logo, em última instância, não havendo assegurado tais oportunidades e faculdades acima elencadas, restará maculada, pois, a fase instrutória.

Além disso, a Ciência da Prova, disciplina que se volta ao estudo dos elementos probatórios processuais não é intuitiva, e existem aspectos técnicos os quais somente serão dominados por profissionais que se debruçam essencialmente sobre tais pormenores. Este profissional, por óbvio, será o bacharel em direito, não sendo à toa a inclusão da Teoria Geral da Prova, nas cadeiras das faculdades de direito.

Poder-se-ia concluir neste sentido, que o acesso ao conteúdo complexo do direito fundamental somente poderá se fazer alcançado através de quem detenha conhecimento técnico da ciência probatória, ou seja, o profissional advogado, que irá promover a adequada requisição de produção de provas, sobretudo através das que se demonstrem convenientes e oportunas para apurar o ilícito em questão.

De igual maneira, será o especialista técnico advogado quem irá garantir a participação na produção destes elementos probatórios, bem como eventuais manifestações às provas trazidas ao processo, inclusive alegando nulidades quando for o caso. Por fim, será o advogado quem irá garantir a devida apreciação do conjunto probatório pelo órgão julgador, podendo inclusive, interpor o recurso competente quando esta previsão não for observada, ou ainda quando a decisão não for concatenada às provas produzidas no processo disciplinar.

Frise-se aqui, que diferentemente do processo judicial, onde só caberá ao juiz conhecer o que conste aos autos, já que na seara judicial “*Quod non est in actis non est in mundo*”, ou seja, o que não está nos autos não está no mundo, poderá o julgador

administrativo conhecer de ofício o que não seja trazido necessariamente aos autos do PAD, o que não lhe exime, entretanto, de apreciar as provas ali produzidas, e de fundamentar sua decisão nelas, sobretudo por força da imposição legal consubstanciada no art.50 da Lei 9.784/99¹³ que determina que os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídico, sobretudo quando da imposição de sanção, ou restrição de direito, como é o caso do processo administrativo disciplinar.

Findada a fase de instrução, passar-se-á ao momento da defesa. Ressalte-se, inclusive, corrente doutrinária que aloca a fase de defesa no PAD como própria da fase instrutória “pois é o momento que antecede o relatório e prepara para julgamento, estabelecendo o indispensável contraditório” (ARAUJO, 1994, p.147).

Consiste na apresentação de defesa escrita à comissão processante, sendo assegurada a vista aos autos. O prazo para apresentação de defesa poderá variar de acordo com a infração a ser apurada, ou ainda conforme seja estabelecido pela comissão processante.

Com o fim da instrução e a conseqüente apresentação da defesa, incumbirá à comissão processante a elaboração de relatório, onde deverá constar a indicação de absolvição ou punição, e, se for o caso, indicação da pena cabível e sua respectiva fundamentação. Neste relatório também deverão ser apreciadas as provas produzidas, bem como as razões da defesa. Por fim, ocorrerá o julgamento, que é atribuído às mais altas autoridades do respectivo ente federativo. Aqui será efetivamente fixada a sanção a ser aplicada, se for o caso.

Há de se salientar a necessidade de duração razoável do processo que se pretenda devido, devendo ser garantida a celeridade em sua tramitação.

No âmbito do PAD, a razoável duração do processo afigura-se como direito fundamental do acusado, sendo certo que:

A administração deve zelar pelo cumprimento dos prazos fixados em lei para a realização e conclusão do procedimento, seja no que diz respeito ao seus agentes, seja no que concerne ao acusado. Especialmente, quando se cuida do dever de emitir decisão expressa no processo administrativo (FRANÇA, 2011, p.275).

¹³ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções

É nítido, por fim, que a extrapolação do prazo legal, ainda que por motivo de força maior, sujeita a pretensão punitiva da administração pública a prescrição, o que é uma decorrência lógica do instituto da razoável duração.

Entendimento contrário permitiria que a Administração Pública pudesse prorrogar *ad eternum* a pretensão punitiva, fazendo com que o acusado, tivesse que conviver a todo o tempo com esta preocupação, o que não se mostra razoável, sobretudo sob a égide do Princípio da Dignidade Humana.

No que atine especificamente à fase da defesa no âmbito do PAD, subsistirá, pois, o questionamento acerca da necessidade da subscrição por advogado regularmente habilitado constituído pela parte ou, na falta deste, de um defensor dativo a ser indicado pela própria Administração Pública, ou seja, se existe a necessidade de defesa técnica no âmbito administrativo ou se a mera autodefesa, ou defesa genérica nas palavras do professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p.574) já asseguraria a Ampla Defesa referida na Constituição, a ser garantia, inclusive, ao litigante em processo administrativo.

4. UMA ANÁLISE COMPARATIVA DAS POSIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL x SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A SÚMULA VINCULANTE Nº5

A necessidade ou não de patrocínio por advogado no âmbito do processo administrativo disciplinar que determina a promoção de defesa técnica no âmbito administrativo disciplinar já fora alvo de deliberação dos tribunais superiores brasileiros.

Tanto o entendimento consubstanciado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal foram posteriormente sumulados - este segundo em caráter vinculante - motivo pelo qual se faz necessário, à priori, tecer algumas breves considerações sobre o instituto da súmula vinculante no Brasil, sobretudo diante do novo contexto de precedentes e demandas repetitivas inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Certo é, que no desempenho da função jurisdicional relegada ao Poder Judiciário, poder-se-á promover atos que variarão desde a sentença de mérito clássica, quanto atos propriamente legislativos. Neste sentido, quanto à extensão crescente de efeitos, os atos emanados dos juízes podem ser classificados em sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos. Nesta esteira de entendimento, competirá também aos tribunais a função de criar normas gerais, com força de precedente. (MENDES, BRANCO, 2015, p.992).

Eventual entendimento sumulado por determinado tribunal não se fará obrigatória para outros tribunais e juízes. Todavia, com a introdução do instituto da súmula vinculante, por meio da emenda constitucional nº45/2004, uma vez editado precedente com força vinculante, terá este o condão de vincular diretamente os demais órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública. Inobservado o comando vinculante, caberá, inclusive, à parte supostamente lesada a possibilidade de apresentar reclamação por descumprimento de decisão judicial.

A súmula de caráter vinculante somente poderá ser editada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante aprovação de dois terços dos seus membros, e considerando ainda o reiterado posicionamento da corte naquele sentido. De igual modo, poderá também o STF proceder o cancelamento da súmula que tenha sido aprovada em momento anterior, o que poderá se perfazer mediante aprovação com mesmo quórum, tudo de

acordo com a previsão afixada no caput do art. 103-A da CF/88¹⁴, introduzido através da precitada emenda nº 45/2004.

4.1 ENTENDIMENTO DO STJ

Considerando a inexistência de dispositivo que determine obrigatória a atuação de advogado em processo administrativo disciplinar, não houve, pois, por parte da Administração Pública a exigência de que os acusados em processo disciplinar se fizessem acompanhados por advogado, sobretudo por que vigora na seara administrativa o Princípio da Legalidade. E, inexistindo comando legal que torne exigível a presença do causídico nestas hipóteses, se afiguraria perfeitamente possível o desenvolvimento do PAD sem a promoção da defesa técnica, sem que isso representasse, aos olhos da Administração Pública, qualquer ofensa à lei.

Logo, o processo administrativo disciplinar ocorria sem a atuação de advogado – caberia integralmente ao acusado a promoção da sua (ampla) defesa nesta esfera.

Esta situação culminou em uma série de recursos intentados contra o Estado, sobretudo quando determinada a punição funcional, sob o argumento de que o fato não ter sido oportunizada ou exigida a presença de advogado no processo punitivo funcional teria ocasionado grave mácula à defesa do acusado.

Apreciando a questão, em 12 de setembro de 2007 o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o mandado de segurança nº10.837 reconheceu a obrigatoriedade da atuação do causídico não só na promoção da defesa do acusado, que ocorre na instrução, mas nas demais fases do processo administrativo disciplinar. Nesta oportunidade, a ministra Laurita Vaz, em seu voto, ressaltou:

Desse modo, 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. Vale dizer, caso tivesse o Impetrante constituído advogado desde o

¹⁴ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

início do processo, não se poderia cogitar de ofensa ao contraditório, na hipótese de nem o defensor nem o acusado optarem por não comparecer às audiências de instrução. Isso porque, embora os bens jurídicos envolvidos em ambos os casos sejam de valor relevante ("emprego" e "liberdade"), somente este último constitui direito indisponível, daí a obrigatoriedade da presença efetiva do defensor desde o início do apuratório em todos os atos do processo, sob pena de nulidade. Entretanto, impende esclarecer que 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. O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a oportunidade 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. Dessa forma, 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 (MS 10837, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 13/11/2006).

Evidente a importância dos aspectos mencionados pela Ilma Ministra. Primeiramente no que se refere aos bens jurídicos em questão no Processo Penal e no processo administrativo sancionador, como já fora melhor analisado anteriormente. Isto porque, no Processo Penal, que notadamente versa acerca de bem jurídico indisponível, qual seja a liberdade, há a exigência absoluta da promoção de defesa técnica sob pena de nulidade absoluta em razão da indisponibilidade deste.

Todavia, a Exma magistrada ressalta se tratar de bens jurídicos igualmente relevantes, sendo que no PAD poderá haver restrição ao emprego do indivíduo, donde são extraídas verbas de natureza alimentar, voltadas, pois, ao sustento próprio e do núcleo familiar.

Ademais, como visto, o próprio Processo Penal exige a presença obrigatória do causídico em ocasiões onde não haverá sequer a possibilidade de restrição à liberdade, como é o caso da audiência preliminar onde será oferecida a proposta de transação penal pelo Ministério Público.

Logo, o reconhecimento de que há um bem jurídico de fundamental importância à esfera jurídica do servido processado, qual seja o emprego, é um dos elementos que evidencia a importância da promoção da defesa nos moldes técnicos, por advogado regularmente investido na profissão, como bem reconhecido pela Ministra Laurita Vaz.

Além disso, há o efetivo reconhecimento de que a falta de defesa técnica macula a garantia à ampla defesa, que possui resguarda constitucional. No âmbito disciplinar,

como restou resguardado no voto vencedor precitado, essa garantia há de ser observada durante todas as fases do processo administrativo, não se restringindo à mera oportunização ao acusado de que se faça representar por advogado.

Trata-se de salutar consagração pelo STJ, já que, como visto, o direito de se fazer representado por advogado no PAD não será adstrito tão somente à apresentação de defesa escrita subscrita por defensor regularmente constituído. A defesa, em seu sentido amplo, representará muito mais do que somente o documento escrito a ser apresentado à comissão processante.

Inicialmente porque o defensor conhecedor da norma técnica e dos meandros legislativos é efetivamente o indivíduo apto a assegurar que o acusado se defenderá da melhor forma possível, e que a defesa será tecnicamente adequada. Como visto, não se poderá exigir do servidor acusado amplo conhecimento dos meandros legais e princípios normativos que regem o ordenamento brasileiro e a Administração Pública, por consequência.

E, muito embora não seja deferido ao cidadão alegar o desconhecimento da Lei, não se poderá demandar do indivíduo leigo o pleno conhecimento do conteúdo jurídico das normas, pois, acaso assim fosse, não se faria sequer necessária a existência de advogado, em qualquer esfera que fosse.

Ademais, como reflexo do contraditório, caberá ao advogado garantir a resguarda ao direito de prova, que, como visto, possui conteúdo jurídico complexo. Caberá essencialmente ao causídico promover a produção das provas que forem importantes para assegurar a ampla defesa, garantindo que o acusado participe da produção probatória, que dela se manifeste, e, principalmente, garantindo que o órgão julgador aprecie a contento as provas produzidas.

E, por fim, a efetiva defesa a ser entregue à comissão processante, diga-se, a defesa escrita propriamente, com exposição de razões de fato e direito que justificam a contestação às acusações promovidas pela Administração Pública, a qual deverá ser objeto de análise.

Além disso, não se pode olvidar ao fato de que o causídico atuará sem a carga emocional imputada por um processo de natureza sancionadora, donde poderá resultar inclusive, a privação a bem jurídico de alta relevância, qual seja o emprego. Assim

sendo, poderá agir de maneira equidistante ao caso em questão, podendo assim, promover e sustentar os interesses do acusado por um viés racional e técnico, como é de se esperar.

O mencionado julgamento culminou na edição da súmula de nº343, a qual dispunha “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”, reconhecendo assim a obrigatoriedade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar, entendimento que, cotejado às garantias constitucionais, inclusive àquelas expressamente garantidas ao litigante em processo administrativo, se demonstra o mais acertado.

4.2 ENTENDIMENTO DO STF

O que parecia pacificado, contudo, voltou a ser objeto de deliberação e controvérsia quando o STF editou nova súmula vinculante sobre a matéria, em 16 de maio de 2008, ou seja, menos de um ano após a publicação da súmula nº343 do STJ. O novo entendimento, consubstanciado na súmula vinculante de nº5 foi assentado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 434.059/DF, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social e pela União, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça¹⁵, prevendo, de

¹⁵ A Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. As dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos. Assinale-se, por outro lado, que há muito a doutrina constitucional vem enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234). Observe-se que não se cuida aqui, sequer, de uma inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição de 1891, asseverava, com precisão: "Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquirilas, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas" (Constituição Federal Brasileira – Comentários, Rio de Janeiro, 1902, p. 323). Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht) que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã --BVerfGE 70, 288-293; ver também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in Das Staatsrecht, 3a. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à

maneira diametralmente oposta ao que fora decidido anteriormente pelo STJ, a dispensabilidade da defesa técnica no PAD, disciplinando no enunciado respectivo que “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Diante desta previsão, a atuação do advogado, notadamente a falta de defesa técnica, não constituiria ofensa à Constituição, não sendo obrigatória a sua presença no PAD em nenhuma das fases desde que garantido o direito à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos.

Vale ressaltar que o entendimento sumulado unifica o posicionamento adotado por um determinado tribunal diante de um conflito jurídico, como visto. Ademais, a dotação vinculante, como é na súmula nº5, torna a sua observância obrigatória à todas as instâncias judiciais do país, aquiescendo a um efetivo status de lei.

Ressalta-se, inclusive, eminente posicionamento doutrinário no sentido de que a súmula de natureza vinculante ostenta efetivo status de norma legal, possuindo, inclusive, natureza jurídica de norma legislativa. Nesta esteira é o entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade, grifando-se:

A súmula vinculante, por sua vez, tem alcance maior que o da própria lei, porquanto vincula os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF/1998). A súmula vinculante é instituto de natureza legislativa, tem eficácia *erga omnes*, seu enunciado é geral e abstrato formulado para solucionar casos futuros e, ainda, desvincula-se do(s) caso(s) que a originaram (NERY JUNIOR, ANDRADE, 2009, p.532).

E de igual maneira é Rodolfo de Camargo Mancuso, à saber:

garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: a) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; b) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; c) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte -Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, n.º 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção (Beachtungspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, n.º 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, n.º 97 (Supremo Tribunal Federal. RE: 434.059/DF, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 07/05/2008, Tribunal do Pleno, data de publicação: 12/09/2008. Grifado)

Tal súmula apresenta atributos análogos aos da norma legal (geral, abstrata, impessoal, obrigatória, projetando efeitos diretos e também reflexos), mas vai ainda além, porque, enquanto a norma vocaciona-se a ser interpretada, podendo levar a um entendimento, já a súmula vinculante beneficia de uma sorte de interpretação presumida, implícita, autopoietica, dado que ela representa o extrato de muitos julgamentos consonantes sobre o tema sumulado, antes exaustivamente debatido (MANCUSO, 2008, p.1192).

Fica evidente, portanto, que o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento de que a falta de defesa técnica em processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição, imputando ao entendimento em questão efeitos próprios aos atribuídos à norma legal, emanada do Poder Legislativo.

À ocasião julgamento do mandado de segurança supracitado, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, ficou assentado que a Constituição efetivamente ampliou o direito de defesa, assegurando a observância da ampla defesa e do contraditório em processos de natureza penal e administrativa. Assinalou-se ainda que há muito a doutrina enfatiza que o direito de defesa não se esgota ou se resume ao simples direito de manifestação no processo, já que o que se busca assegurar, efetivamente, é uma pretensão à tutela jurídica.

O min. relator ressaltou que não é outro o entendimento do tema no direito constitucional comparado, invocando, como paradigma, posicionamento adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão, que, apreciando o que denominou o *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica), reconheceu que esta pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o processo, mas também o direito de ter seus argumentos verdadeiramente contemplados pelo órgão incumbido do julgamento.

O direito de informação, no entendimento do STF, consiste na obrigação deferida ao órgão julgador de informar à parte contrária dos atos que forem praticados no processo, bem como dos elementos nele constates.

O direito de manifestação, por outro lado, consistirá na oportunização ao acusado de que se manifeste oralmente ou por escrito nos autos do processo administrativo de natureza disciplinar acerca dos elementos fáticos e jurídicos ali determinados.

O direito de ver seus argumentos considerados, por fim, exigirá do órgão julgador a capacidade de apreensão das razões aduzidas e da isenção de ânimo, necessárias à contemplação dos motivos expostos, impondo-lhe ainda o ônus de não só conhecer

dos argumentos aduzidos, mas de considera-los séria e detidamente. Trata-se de obrigação derivada do dever de fundamentar as decisões.

À ocasião, acompanhando o voto do relator, o min. Carlos Ayres Britto anotou ainda que o conteúdo do devido processo legal, imprimido no inciso LV do art. 5º da CF/88, não determina a obrigatoriedade da defesa técnica por advogado e que, eventual tese contrária implicaria “mais do que a ampla defesa, e sim uma amplíssima defesa, ou seja, uma defesa transbordante.” (Supremo Tribunal Federal. RE: 434.059/DF, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 07/05/2008, Tribunal do Pleno, data de publicação).

Por isso, conforme fora decidido, uma vez informada à parte contrária todos os atos praticados no processo (direito de informação), assegurada a manifestação oral ou por escrito do acusado (direito de manifestação), e possibilitado o julgamento por indivíduo imparcial à causa (direito de ter seus argumentos considerados), o direito à ampla defesa e contraditório estaria integralmente satisfeito.

Contudo, em que pese a fundamentação trazida pelo STF, não se pode resumir o instituto da ampla defesa simplesmente ao direito de informação, manifestação e direito de ter seus argumentos considerados, ao menos não nos moldes ali delineados. Vale dizer, de fato, tais garantias deverão ser observadas em qualquer processo que se pretenda justo, e isto é um fato.

Sucedo, todavia, que a ampla defesa no processo administrativo de natureza disciplinar só poderá ser materialmente assegurada quando procedida por advogado regularmente constituído, detentor de conhecimentos que possam assegurar a efetiva defesa do servidor acusado.

Se o direito constitucional à ampla defesa se resumisse tão somente ao dever de informação, não haveriam maiores problemas em se admitir que, de fato, a falta de defesa técnica não consubstanciaria ofensa ao texto constitucional. A problemática reside na garantia ao direito de manifestação, compreendido aqui em seu sentido amplo, e o direito a ter seus argumentos considerados.

Nesta perspectiva, o embaraço estará em como exigir do servidor-acusado, que não detenha conhecimento técnico-jurídico, ou ainda, por vezes, como exigir do servidor-acusado que não possua sequer formação superior que se manifeste a contento, seja por escrito ou oralmente, acerca das acusações que contra si se voltam.

Não se afigura crível, à égide da ampla defesa referida na Constituição Federal de 1988, que se repute garantida a defesa de forma ampla somente pela mera oportunidade ao acusado de se manifestar.

Fazendo alusão ao conceito trazido pelo professor Eugênio Pacelli (2015, p. 480), há de se distinguir a defesa da defesa efetiva, sendo que esta última não se limita somente à possibilidade de se manifestar no processo, fato já assegurado pela garantia ao contraditório. A defesa efetiva somente poderá se perfazer mediante atuação do defensor em prol dos reais interesses do acusado, o que poderá ser aferido sempre diante de cada caso concreto, cabendo ao causídico sopesar as provas trazidas aos autos pela acusação, mensurando a sua possibilidade real de confrontação pela defesa.

Efeito contínuo, apenas através deste cotejamento entre as provas trazidas pela acusação e a sua real confrontação pela defesa, o que somente poderá ser feito com eficiência pelo profissional legitimamente apto à realização desta atividade, qual seja o bacharel em direito, poder-se-á falar em real possibilidade de ter os argumentos considerados, terceiro requisito considerado pelo STF no julgamento precitado.

Ademais, mera garantia da informação, manifestação e consideração não oportunizará ao acusado que se defenda plenamente, primeiramente em razão do seu interesse direto na causa, e também diante das interferências emocionais causadas quando um indivíduo é submetido a um processo sancionatório. Ou seja, a todo tempo o acusado estará preocupado com a eventual penalidade que poderá lhe ser aplicada, o que, muitas vezes obstaculiza o alcance da serenidade necessária para a análise do caso sob o prisma racional.

4.2.1 Princípio da Isonomia e a Paridade de Armas

Odete Medauar (1993, p.118) ressalta a necessidade de que seja estabelecido um equilíbrio entre os sujeitos processuais. No caso do processo administrativo disciplinar, este equilíbrio deverá ser promovido entre a Administração Pública e o servidor acusado, por força do Princípio da Paridade de Armas. Esta suposta paridade somente poderia ser alcançada quando o acusado estivesse assistido por defensor apto

a promover a defesa técnica, e, por conseguinte garantir a defesa em sentido amplo, o que justificaria, pois, a obrigatoriedade da atuação do causídico no PAD.

Trata-se de edificante entendimento. A desigualdade de armas entre o cidadão comum e a Administração Pública é um fato, sendo certo que o Estado goza de prerrogativas que não são deferidas ao cidadão comum.

A despeito da superação do modelo absolutista de Estado, não se pode olvidar ao fato a entidade estatal é, por essência, o organismo detentor do poder outorgado pelos cidadãos que assim o fizeram para que pudessem viver organizadamente em paz, gozando de respectivas prerrogativas especiais para assegurar a convivência comum.

Logo, em qualquer caso que seja, a Administração Pública sempre estará em desigualdade ao cidadão que contra ela litigue, como também será no processo administrativo de natureza punitiva.

Especialmente no caso do PAD, poder-se-á inferir que esta desigualdade será ainda mais latente, já que o estado estará fazendo uso de poder disciplinar, o qual poderá ensejar restrições à esfera de direitos do administrado eventualmente condenado, podendo atingir, inclusive, bem jurídico de relevante valor como é o emprego.

Outrossim, há de se observar que no processo sancionador disciplinar de natureza administrativa será a Administração Pública parte interessada, ao tempo em que será também a responsável pela decisão da controvérsia e, se for o caso, a aplicação da penalidade.

Ademais, por força do Princípio da Isonomia, deverá ser assegurado que o processo se estruture de tal forma a permitir que a acusação e a defesa tenham exatamente as mesmas possibilidades de intervir.

Impende ainda trazer algumas considerações de lavra do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.21-22), ao apontar as diferenciações que, na prática, não podem ser feitas sem que culminem na quebra da isonomia. Elenca, para tanto, critérios para a identificação do desrespeito à isonomia.

Sob esta perspectiva, é imprescindível seja investigado, de um lado o critério adotado como fato discriminante, e de outro, verificar se há justificativa racional para tanto – ou seja, se subsiste fundamento lógico a justificar o traço desigualador acolhido. Impende analisar ainda se o fundamento racional porventura existente está em harmonia

com os valores prestigiados pelo sistema normativo constitucional. Exige-se, pois, que exista uma relação concreta, a ser aferida em função dos interesses albergados pelo direito constitucional, o que, por certo, se traduz na consonância ou dissonância das finalidades reconhecidas pela Lei Maior.

Neste sentido, ainda que a Administração Pública goze de prerrogativas que não são deferidas regularmente ao cidadão comum, é certo que em sede de processo administrativo, sobretudo de natureza disciplinar, estas prerrogativas não poderão ser invocadas como hipótese a justificar eventual inobservância às garantias que são outorgadas constitucionalmente ao cidadão. Do contrário, estar-se-ia admitindo a quebra da isonomia, como bem pontua o autor precitado, uma vez que não existe fundamento racional para tal diferenciação, que certamente não se afigura harmônico em relação aos preceitos constitucionais.

Além disto, a atuação do causídico, a fim de promover a defesa técnica possuirá o condão de minorar a desigualdade existente entre o servidor acusado e Administração Pública em sede de processo administrativo disciplinar, reestabelecendo, na medida do possível - já que a desproporção entre estas partes sempre irá existir - a paridade de armas. Logo, será ao patrocinador da causa que incumbirá o múnus de promover a defesa em seu sentido amplo, garantindo, pois, que o acusado tenha à sua disposição todos os meios possíveis de oposição à pretensão punitiva do Estado (DUCLERC, 2008, p.46).

Poder-se-ia concluir, inclusive, que a atuação técnica do advogado em sede de processo administrativo disciplinar é garantia apta a resguardar a isonomia, determinando a igualdade de oportunidade já comprometida naturalmente pela posição que ocupa a Administração Pública diante do cidadão administrado.

4.2.2 Meios e recursos inerentes à ampla defesa e o contraditório

Ainda à oportunidade do julgamento do RE 434059 que culminou na formação do enunciado sumulado em caráter vinculante de nº5, o min. Ricardo Lewandowski pontuou em seu voto¹⁶ – acompanhando o relator – que desde que o conceito de devido

¹⁶ Senhor Presidente, desde que veio à tona, pela primeira vez, o conceito de devido processo legal, o *due process of law* na Constituição norte-americana de 1787, a doutrina e a jurisprudência entendem

processo legal veio à tona, a doutrina e a jurisprudência entendem que a defesa técnica integram efetivamente este devido processo legal. Ressaltou, todavia, que se trata de uma faculdade a ser colocada à disposição do acusado que responda a processo judicial ou administrativo. Bastaria, para que restasse assegurado o devido processo legal, que o servidor fosse intimado para, querendo, oferecer a defesa. Feito isso, não haveria se alegar nenhuma nulidade. Com a devida vênia, não parece ser este o entendimento que melhor se coaduna princípios e regras regentes do ordenamento brasileiro.

A resguarda constitucional à ampla defesa, assim definida no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 já fora exaustivamente mencionada ao longo deste trabalho monográfico, sendo importante observar que o referido comando constitucional assegura que aos acusados em geral, serão deferidos todos os meios e recursos inerentes à ampla defesa.

O contraditório, por sua vez, não se esgota na simples obrigação legal de oportunizar a chamada bilateralidade na audiência, ou seja através da simples oitiva pelo órgão julgador, sendo que seu exercício não pode ser preterido ou deixado à mercê da escolha subjetiva deste. Trata-se de um dos pilares centrais do Processo, de necessária observância também nos procedimentos administrativos de natureza disciplinar.

Contudo, para a observância plena de tal pressuposto constitucional, cuja estruturação dentro do Estado Democrático constitui um dos pilares do Processo, é imprescindível a presença e o acompanhamento de um advogado

Com efeito, deve prevalecer aqui visão contemporânea do Estado, sobretudo no que atine ao estudo do processo e a sua conseqüente constitucionalização, como fora exposto largamente ao longo deste ensaio, afastando a visão da Administração Pública enquanto entidade superior, soberana.

Independentemente do fato de ser sido oportunizado o acusado a faculdade de apresentar sua própria defesa, acessar os autos, as provas, presenciar depoimentos,

que a defesa técnica integra efetivamente este devido processo legal. Trata-se, no entanto, de uma faculdade que deve ser colocada à disposição do acusado, daquele que responde a processo judicial ou administrativo, basta que seja intimado, para que possa, em querendo, oferecer a defesa, então não haverá nenhuma nulidade. Portanto, nestes termos, acompanho integralmente o voto de Vossa Excelência (Supremo Tribunal Federal. RE: 434.059/DF, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 07/05/2008, Tribunal do Pleno, data de publicação: 12/09/2008. Grifado).

acompanhar as diligências etc., a presença de um defensor, com conhecimento técnico apropriado, bem como o distanciamento necessário à solução da causa sob o prisma racional, não pode ser desconsiderado sob o fundamento de que o acusado 'fez a sua escolha' (KISTEUMACHER, 2011, p.308).

Ademais, salutar transportar para este contexto a ponderação assentada por Aury Lopes Jr. (2013, p.234-235) no sentido de que a defesa, em especial a defesa técnica é considerada indisponível não só em relação à esfera jurídica pessoal do indivíduo acusado, a qual poderá ser restringida diante de um processo de natureza sancionadora, mas sobretudo pelo fato de existir, na promoção da ampla defesa e garantia ao contraditório um relevante interesse social qual seja a correta apuração do fato, e tutela do estado de inocência.

Trata-se de instituto que se amolda perfeitamente ao regime jurídico da Administração Pública, a quem incumbirá, essencialmente, a tarefa de resguardar o interesse público. Neste sentido, legitimar, e mais, institucionalizar (em caráter vinculante) a dispensa da defesa técnica em processo de natureza punitiva, donde poderá resultar, inclusive, restrição a bem jurídico de extrema relevância como é o emprego, é, em última instância atentar contra a ampla defesa definida na Lei Maior. E, de igual maneira, repudiar questões que são de interesse público, já que somente através da promoção da defesa técnica é que se há falar na efetiva apuração do ilícito.

Não se trata de uma mera formalidade delegável à escolha subjetiva e aleatória do servidor acusado ou da Administração Pública, mas sim imposição constitucional, determinada no inciso LV do art.5º, que com certeza proporcionará a tecnicidade necessária para uma efetiva, e, somente assim, ampla defesa.

Inobstante a isso, é correta a afirmativa que o processo penal consagra a imprescindibilidade da defesa técnica, inclusive se o indivíduo estiver ausente ou foragido, por força do art. 261 do CPP que assim consigna de maneira expressa. Não se trata de mera faculdade do acusado não bastando, pois, somente seja colocada à sua disposição a possibilidade de patrocínio por advogado, porque a defesa é indisponível.

Não se admite, na seara penal, a defesa na modalidade da autodefesa (senão na acepção associada à defesa técnica, assim entendida a faculdade deferida ao acusado de se abster de responder a eventuais perguntas que lhe forem formuladas),

restando consagrada a obrigatoriedade da defesa técnica. Lá, a falta de defesa promovida por advogado é, inclusive, causa de nulidade absoluta.

Neste sentido, não se pode afirmar que se trata de faculdade deferida ao indivíduo, assim sendo intimado para oferecer defesa, poderá, à sua vontade, oferecê-la ou não.

Outrossim, como ressaltado ao longo deste trabalho monográfico, não haveria razão para não ser assim também no âmbito do processo administrativo disciplinar, o qual partilha, em relação ao processo penal, uma série de semelhanças, inclusive o fato de possibilidade de restrição de bem jurídico de alta relevância (não necessariamente a liberdade, tão somente), donde se extrai a obrigatoriedade de uma defesa efetiva, a qual somente poderá ser efetivada pelo profissional adequado.

Não se trata apenas de garantia formalmente determinada no texto constitucional, mas sim elemento integrante da própria ampla defesa, cuja presença não pode ser vinculada à escolha da parte, mas sim à imperatividade da norma Constitucional, pois é assim que determina o inciso LV do art. 5º.

4.2.3 A constitucionalização do direito (administrativo e processual) e o dever de ponderação proporcional

O constitucionalismo moderno, em apertada síntese, tem suas bases definidas com a superação dos regimes absolutistas, sendo a grande inovação das constituições modernas o posicionamento do homem no epicentro do ordenamento jurídico – verdadeiro fim em si mesmo –, do qual irradiarão um elenco de direitos fundamentais. Esses direitos têm por base, sobretudo, a ideia da dignidade humana e do Estado Democrático de Direito e, de maneira concomitante, a limitação do poder estatal, e somente assim, a sua consequente legitimação.

À luz destas ideias, os valores de resguarda constitucional assim tidos como paradigmas da ordem jurídica representarão, essencialmente, interesses públicos, que assim coexistirão com os interesses de natureza privada.

O reconhecimento da centralidade dos direitos fundamentais humanos, como referido, todavia, inviabiliza que em um primeiro momento seja determinada uma regra absoluta de supremacia do interesse coletivo em detrimento do individual. Impõe-se, por

esta razão, ao legislador, ao Poder Judiciário e à própria Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em conflito, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização (BINENBOJM, 2008, p.105).

Essas considerações se fazem importantes também para reforçar a matéria defendida ao longo deste ensaio. Remetendo mais uma vez ao julgamento do RE 434059, que culminou na edição da súmula vinculante de nº5, o min. Carlos Ayres Britto esboçou a seguinte preocupação:

“Eu me preocupo também com uma consequência prática da decisão em sentido contrário nossa. É que todas as vezes que em processo administrativo o servidor processado optasse pela nomeação de procurador, a administração pública seria obrigada a remeter o caso para a defensoria pública e esta se veria, sem dúvida, numa situação de assoberbamento, digamos assim, porque não só defenderia os necessitados, que é o seu dever precípua, a sua função específica, como também defender todos os servidores públicos processados que não optassem pela nomeação de procurador nos autos (Supremo Tribunal Federal. RE: 434.059/DF, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 07/05/2008, Tribunal do Pleno, data de publicação: 12/09/2008. Grifado)”.

Como ressaltado por Gustavo Binenbojm em trecho supracitado, caberá ao Poder Judiciário também a tarefa de ponderar os interesses coletivos quando em conflito com os individuais no caso concreto.

É o que acontece no julgamento aludido, notadamente na manifestação do min. Ayres Britto. Fez se necessário, pois, ponderar o direito de defesa do acusado em processo administrativo disciplinar e a capacidade do Estado em absorver essa demanda, concluindo ainda pela completa incapacidade do órgão público destinado a tal função – qual seja a Defensoria Pública – em atender o pleito.

Frise-se, por oportuno, a opção de recurso metodológico adotado neste ensaio que recai essencialmente sobre a espécie exploratória, não se constituindo o objetivo, à priori, identificar as soluções práticas para o problema eventualmente apontado, mas sim a promoção de uma análise crítica sobre o mesmo.

Neste sentido, com a devida vênia ao posicionamento esposado pelo min. Ayres Britto, o direito de defesa do servidor acusado em processo administrativo disciplinar não se afigura direito ponderável em detrimento da capacidade do Estado em absorver esta demanda.

Como visto, a ampla defesa é direito de índole fundamental, constante no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988. E, toda e qualquer atividade estatal que enseje restrição de algum direito de natureza fundamental só será legítima quando se

puder ser reconduzida ao sistema constitucional, no qual o Estado encontre fundamento para a proteção e promoção de outro direito fundamental. Nas palavras de Gustavo Binenbojm (2008, p. 120) “encontre fundamento para a proteção e promoção de outro direito fundamental ou de interesses da coletividade como um todo, que tenham dignidade constitucional, e desde que sejam ultrapassados os exames da ponderação proporcional”.

Não é também escopo desta monografia trazer as técnicas de ponderação e as teorias neste sentido, mas não parece ser esse o caso. Nota-se que o ilmo. Ministro, ao fundamentar o voto, destaca que compete à Defensoria Pública a promoção dos interesses dos necessitados – como se os acusados em processo administrativo disciplinar não o fossem – e que a resguarda à defesa no âmbito do PAD causaria embaraço a promoção da assistência a quem de fato precisa.

É importante ressaltar que o acusado em processo administrativo, tal qual o assistido pela defensoria pública também poderá se enquadrar no conceito de “necessitado”, sobretudo àqueles que não tem condições de arcar pessoalmente com o pagamento de honorários advocatícios à sua própria expensa sem comprometer o sustento próprio e de sua família. Neste raciocínio, o servidor acusado é também necessitado e carecedor da assistência do Estado.

De outro lado, não se afigura plausível, à luz dos valores e princípios consagrados no texto constitucional que o acusado em processo de natureza punitiva seja privado de sua ampla defesa – que aqui se concebe somente quando realizada por profissional habilitado – porque o Estado não teria condições estruturais de resguardar este direito.

No que atine à impossibilidade estrutural da Defensoria Pública em promover a assistência aos servidores acusados, ressalta-se a possibilidade da indicação de defensor dativo pelo próprio ente processante, como é o caso do Estado da Bahia, em previsão constante ao art. 223 da Lei 6.677/94¹⁷. Logo, os eventuais ônus estruturais recairão sob o ente processante, que poderá, inclusive, indicar servidor advogado constante do quadro funcional que tenha formação em direito para promover dativamente a defesa.

¹⁷ Art. 223 – A defesa do acusado será promovida por advogado por ele constituído ou por defensor público ou dativo.

Conforme ressaltado, não é objetivo deste trabalho trazer uma solução para o problema invocado, notadamente no que atine a incapacidade estrutural da Defensoria Pública. Todavia, não se poderia deixar de ressaltar o fato de que existem soluções alternativas ao problema estrutural invocado, que por certo não poderá ser invocado como óbice a concretização do direito de defesa em sentido amplo discriminado no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A despeito do entendimento ora sumulado em caráter vinculante que determina que a falta de defesa técnica em processo administrativo de natureza disciplinar não representa afronta à Constituição, fez-se necessário exame mais detido acerca da garantia constitucional à ampla defesa, e a sua conseqüente relação com o exercício do mister do profissional advogado, assim entendido como o indivíduo detentor de conhecimento técnico especializado, do qual se pôde concluir:

1. Resta superada posição autoritária que ocupava a Administração Pública, inclusive à nível processual, através do fenômeno da constitucionalização do Direito, e, conseqüentemente da constitucionalização do processo, que dera ensejo ao estudo constitucional do direito processual. Com a superação deste ideal paradigmático, há o reconhecimento da Constituição Federal enquanto norma jurídica cogente e de aplicabilidade imediata, independente de mediação do legislador infraconstitucional. Assim, as disposições constantes na Lei Maior incidem diretamente no ordenamento jurídico, que a ela deve se subordinar.
2. O estudo do direito processual, inclusive do processo administrativo, far-se-á guiado pela premissa da existência de um núcleo processual comum a ser partilhado entre todas as disciplinas independentes que compõem a ciência do processo, estudo que se fará essencialmente através da assunção de conceitos-lógico jurídicos universais. Dentro deste núcleo comum processual, destacam-se a garantia ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.
3. O processo administrativo disciplinar, em sendo processo de natureza essencialmente punitiva, como é também o direito processual penal determina sejam observadas as semelhanças entre estes ramos.
4. O advogado é de fato figura indispensável à administração da Justiça, que se concebe não só como a atividade jurisdicional propriamente emanada do Poder Judiciário, mas sim como um conceito geral-fundamental, razão pela qual a defesa técnica, promovida por este indivíduo detentor de conhecimento específico é imprescindível ao alcance do justo.

5. O conhecimento técnico dos meandros legais e o distanciamento da causa, que jamais poderá ser exigido do servidor pessoalmente acusado pela Administração Pública é elemento indispensável para que seja promovida a defesa em seu sentido amplo, como refere a Constituição Federal, logo, a ampla defesa em processo de natureza sancionatória, como é o PAD somente poderá ser efetivada quando promovida por advogado regularmente habilitado nesta função.

6. Comparando os posicionamentos perfilhados sucessivamente pelo STJ e pelo STF, conclui-se pela adequação deste primeiro, que em sentido diametralmente oposto ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, determina que a presença do advogado é obrigatória não só na defesa do PAD, mas em todas as fases do referido processo. Logo, à luz da garantia constitucionalmente assegurada, não se poderá inferir que o direito de defesa se esgota na mera informação ao acusado dos atos processuais, a garantia ao direito de manifestação nos autos (seja na forma oral ou escrita), bem como o julgamento imparcial. É necessário que o acusado seja patrocinado diretamente por profissional tecnicamente habilitado a tal função, o qual efetivamente poderá assisti-lo de forma eficiente. Logo, a falta de defesa técnica em sede de processo administrativo disciplinar, à luz das garantias fundamentais em tal sentido, con-substancia ofensa ao texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1994.

BAHIA. **Lei 6.677**, de 26 de setembro de 1994. Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado da Bahia, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais. Disponível em: <www.legislabahia.ba.gov.br>

BAHIA. **Lei 12.209**, de 20 de abril de 2011. Dispõe sobre o processo administrativo, no âmbito da administração direta e das entidades da administração indireta, regidas pelo regime de direito público, do Estado da Bahia, e dá outras providências. Disponível em: <www.legislabahia.ba.gov.br>

BARBOSA, Rui. **O dever do advogado. Carta a Evaristo de Moraes** / prefácio de Evaristo de Moraes Filho. 3. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro**. Tese. Programa de pós-graduação em direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2015.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. **O princípio do Contraditório no Processo; Doutrina e Prática**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2002.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em:

_____. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. **Lei 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. **Lei 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. **Lei 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 de junho de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC: 88797/RJ, Relator: Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 22/08/2006, Segunda Turma, data de publicação: 15/09/2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385928>>
Acesso em: 18 de maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE: 434.059/DF, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 07/05/2008, Tribunal do Pleno, data de publicação: 12/09/2008
Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547287>>
Acesso em: 28 de maio de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. MS: 10837/DF, Relator: Min. Paulo Galotti, Data de Julgamento: 28/06/2006, Terceira Seção, data de publicação: 13/11/2006.
Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2498753&num_registro=200501201586&data=20061113&tipo=64&formato=PDF> Acesso em: 28 de maio de 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RMA: 62000-42.2004.5.12.0000, Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 07/11/2011, Órgão Especial, data de publicação: 18/11/2011. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RMA%20-%2062000-42.2004.5.12.0000&base=acordao&numProclnt=501213&anoProclnt=2008&dataPublicacao=18/11/2011%2007:00:00&query=>> Acesso em: 28 de maio de 2016.

CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. **Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla Defesa na Constituição Federal de 1988**. Revista de Processo. São Paulo, v.131, p.59-82. 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A função do advogado na administração da Justiça**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.694, p.43-49. 1993.

Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. 1978. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 28 de maio 2016.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10 ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo essa desconhecida**. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2013.

DIDIER JR, Fredie. A reconstrução da Teoria Geral do Processo. *In*: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Reconstruindo a teoria geral do processo**. 1 ed. Salvador: Jus Podivm. 2012, p.15-45.

DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado de direito e devido processo legal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.209, p. 7-18. 1997.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Processo Administrativo Sancionador. *In* NOHARA, I. P; MORAES FILHO, M. A. P (Coord.). **Processo administrativo – temas polêmicos da Lei nº9.784/99**. 1 ed. São Paulo. Atlas. 2011.

GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, v. 24, p. 71-79. 2005

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1651. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>.

Acesso em: 18 maio 2016

JACOBINA, João Daniel Jacobina Brandão de Carvalho. **A defesa técnica no processo administrativo disciplinar**. Monografia. Especialização em Direito Público. Unyhanna/ Faculdade Baiana de Direito. Salvador: 2007.

KAFKA, Franz tradução de Guimarães Editores. **O processo**. Leya S/A, 2009.

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. **A (In)Constitucionalidade da súmula vinculante nº5**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v.9, p.292-311. 2011.

JUNIOR NERY, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 2009.

MACHADO, Rubens Approbato. **Constituição Federal de 1988 - Artigo 133**. OAB. Disponível em:<<http://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/22>>. Acesso em 23/11/2015.

MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. Questões controvertidas sobre a súmula vinculante. *In* MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luis Manoel (Coords.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: Editora RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **A Processualidade no direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Considerações em torno dos princípios hermenêuticos**. Revista de Direito Público. São Paulo, v. 5, p. 141-147. 1972.

MOREIRA, Egon Bockmann. **As várias dimensões do processos administrativo brasileiro (um direito-garantia fundamental do cidadão)**. Revista de Processo. São Paulo, v. 228, p.37-50. 2014.

MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes. Súmula Vinculante nº5 do Supremo Tribunal Federal e o Sistema Processual Administrativo Punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa. *In* NOHARA, I. P; MORAES FILHO, M. A. P (Coord.). **Processo Administrativo – Temas Polêmicos da Lei nº9.784/99**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PETIAN, Angelica. **Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

RODRIGUES, Maria Angélica dos Santos. **A correlação existente entre o processo administrativo disciplinar e o processo penal brasileiro**. Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Salvador, v. 22, p. 221-225. 1996.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222. 1997.

SARAIVA, Paulo Lopo. **A presença do advogado(a) no mundo hodierno**. OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/68>>.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. **O princípio da segurança jurídica em face do processo administrativo disciplinar federal**. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=45efa623f6111a5e>>.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A defesa nas sanções administrativas**. Revista Forense. São Paulo, v. 298, p.99-106. 1987.

_____. O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil. *In* NOHARA, I. P; MORAES FILHO, M. A. P (Coord.). **Processo Administrativo – Temas Polêmicos da Lei nº9.784/99**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume II**. 35. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

ZANETI, Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. *In*: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Reconstruindo a teoria geral do processo**. 1 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 89-130.