

DO CONCEITO DE AMPLA DEFESA CONSTITUCIONAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Daniela Figueira Aben-Athar
Corregedora-Auxiliar da Advocacia-Geral
da União e Mestra em Direito Público

Ementa: Nulidade do Processo Administrativo Disciplinar. Cerceamento de Defesa. Falhas na Indiciação. Ausência de designação de Defensor *ad hoc* para acusados que se ausentaram no decorrer da instrução probatória. Manifestação dissonante de Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União e do Supremo Tribunal Federal em matéria de nulidades em sede de processo administrativo disciplinar.

O artigo em questão aborda a polêmica deflagrada a partir da interpretação do conceito de ampla defesa, em sede de processo administrativo disciplinar, por parte da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.

À luz do julgado no Mandado de Segurança nº 6911, publicado no DJ de 16/02/2002, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça passou a entender que a presença de advogado constituído ou de defensor dativo seria obrigatória nas audiências em que os acusados não se fizeram presentes.

Significa dizer, sob essa ótica, que os acusados do processo, ainda que devidamente intimados da prática de atos de instrução por parte da respectiva comissão de processo administrativo disciplinar, ao deixarem de comparecer às audiências designadas, por sua espontânea vontade, geram o dever da Administração de designar advogados para assegurar a ampla defesa daquele que, repise-se, optou por não ser fazer presente.

Essa interpretação, além de destoar de entendimento consolidado no âmbito da Advocacia-Geral da União e do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, principalmente por destoar da legislação específica da matéria disciplinar, constitui um perigoso precedente, principalmente por amparar a repercussão da tese de declaração de nulidade, sem demonstração de prejuízo para a defesa do acusado, do processo administrativo disciplinar.

Importante consignar, nesse particular, a orientação da Administração Pública Federal, respaldada em entendimento da Advocacia-Geral da União, diante da circunstância de acusados, devidamente intimados da prática de atos de instrução por parte da respectiva comissão de processo administrativo disciplinar, deixarem de comparecer às audiências designadas, por sua espontânea vontade.

Com efeito, a providência administrativa diante da circunstância acima descrita sempre foi no sentido de concluir a produção da prova sem a designação de defensor *ex officio*, por falta de previsão legal para tanto, mesmo porque, o acusado optou por não comparecer ao ato de instrução de que foi cientificado.

Isso decorre do dever da Administração de dar ciência aos acusados da prática de atos de seu interesse, à luz do art. 28 da Lei nº 9.784/99, que se aplica ao processo administrativo disciplinar previsto na Lei nº 8.112/90. Não existe, todavia, norma legal que exija a designação de defensor para representar o acusado que deixa de comparecer *sua sponte* a uma audiência designada para o esclarecimento dos fatos.

Note-se que o julgado do Superior Tribunal de Justiça referenciado ainda está passível de revisão por parte do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 434059/DF, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Além disso, discrepa de todo o posicionamento até então reinante no âmbito do Supremo Tribunal Federal e da própria Advocacia-Geral da União sobre a matéria.

Para demonstrar essa premissa, valho-me de anteriores manifestações da Advocacia-Geral da União e do Supremo Tribunal Federal, acerca do disposto no art. 5º, LV, e art. 133, ambos da Constituição Federal, assim redigidos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são **assegurados** o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (destacou-se)

Art. 133. O advogado é indispensável à **administração da justiça**, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão. (grifou-se)

O vocábulo "**assegurados**" foi utilizado, no transcrito inciso LV, com acepção de "Tornar possível, permitir, com segurança" (v. o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa). O mesmo ocorre com o art. 41 da Constituição, cujo § 1º prescreve que o "servidor público estável só perderá o cargo: [...] II – mediante processo administrativo disciplinar em que lhe seja **assegurada ampla defesa**";". Este termo, também utilizado no art. 143 da Lei nº 8.112/90, possui a mesma significação.

Não se afigura jurídico, por óbvio, entendê-lo com o sentido de a Administração **efetuar** a defesa do acusado, substituindo-o ou ao seu advogado em todo o processo de apuração da irregularidade contra ela praticada, salvo se a lei o prescrevesse. Caso contrário, estaríamos estendendo o alcance da norma com o fito de restringir o poder institucional da União, das Autarquias e Fundações Públicas Federais de apurar regularmente as infrações disciplinares em que incorrem seus servidores.

Nesse sentido é o pensamento de Celso Ribeiro Bastos, ultimado com o sentido de que "por ampla defesa deve-se entender o **asseguramento** que é feito ao réu de condições que **lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade** [...] Não forçoso se faz que ao acusado **se possibilite a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente à evidenciação da sua versão** [...] A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de **contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra-agir processualmente**". (grifos não contantes do original) (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 266)

Os "meios e recursos" inerentes à ampla defesa a que alude o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal são explicitados e disciplinados pela teoria geral do processo, incluindo-se a matéria **legal**.

Assim o entendimento do Ministro Sydney Sanches, pois, na oportunidade em que votou o Mandado de Segurança nº 21.360-4/DF, afirmou que a "A *Constituição não diz em que consiste a ampla defesa. Por isso mesmo refere-se aos meios e recursos a ela inerentes. Quais serão esses meios e quais serão esses recursos? Os que a lei ou o Regimento Interno fixarem, conforme o caso*".

Por seu turno, a expressão "*administração da justiça*", inserida no art. 133, acima reproduzido, limita-se à atividade judicial intitulada de jurisdição, à função institucional do Poder Judiciário, à aplicação da norma pelo magistrado.

Em vista dessa abrangência jurisdicional contida no art. 133 da Constituição, Celso Bastos evidenciou que a "*postulação de que o advogado é indispensável à administração da justiça não nos parece que tenha por si só a condição de revogar as exceções hoje existentes nos processos trabalhistas e no habeas corpus*".

Justifica a sua tese, adequada ao sentido e ao alcance desse preceito, com a seguinte assertiva: "A razão é que a proclamação referida é de caráter **eminente**

principiológico, e, portanto, destinada a valer no critério de **elaboração da lei**. No entanto, pelo seu alto grau de abstração, que é próprio das normas principiológicas, não se pode ver aí algo a ser cumprido **absolutamente sem exceções**. É lógico que a lei pode reconhecer que em alguns casos valores mais altos se alevantam, quais sejam, razões de ordem social para casos de processos trabalhistas e a relevância e transcendência do valor liberdade na sua expressão física no caso do habeas corpus".(destacou-se)

No arremate de suas reflexões, o doutrinador assevera, em sintonia com José Afonso da Silva, o seguinte: "O aí exposto não impede contudo que novas avaliações sejam feitas pelo **legislador** à luz de emergentes realidades sociais. O que não nos parece é ter havido a inconstitucionalização dessas exceções pela sobrevinda do art. 133. Também no sentido da constitucionalidade do preceito alinha-se a sempre douta opinião de José Afonso da Silva: 'O advogado é indispensável à administração da justiça', diz a Constituição (art. 133), que apenas consagra aqui um **princípio basilar do funcionamento do Poder Judiciário**, cuja inércia requer um elemento técnico propulsor. (Op. cit., 2ª ed., 2000, pp. 249 e 250)

Não é diferente a interpretação por parte do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, tanto que, na ementa relativa ao acórdão do Mandado de Segurança nº 21.360-4/DF, in DJ de 23/04/93, ficou assentado o seguinte:

A expressão 'ampla defesa' contida no § 2º do artigo 55 da Constituição Federal **não encerra, necessariamente, a representação** do parlamentar **por profissional da advocacia**, a ponto de impor, a qualquer das Casas do Legislativo, a admissão deste na tribuna. O processo de perda de mandato não é administrativo, nem judicial, mas político, sendo regido por normas interna corporis. **Mesmo no campo jurisdicional, em que se tem o art. 133**, Capítulo III – 'DO PODER JUDICIÁRIO' – da Constituição Federal, é possível encontrar recursos que não ensejam a sustentação da tribuna, sem que, com isso, a norma restritiva possa ser tida como merecedora da pena de inconstitucional.

Elucidativas as seguintes opiniões externadas por Ministros do Supremo Tribunal Federal, no aludido Mandado de Segurança, e da delimitação, **em lei**, do direito de defesa com a assistência de advogado:

Na verdade, sempre se entendeu que a amplitude da defesa é aquela traduzida **na lei**, na lei razoável, diante da relatividade do tempo e das coisas [...] Na verdade é **a lei** – ou o regimento interno, como no caso – **que estabelece a forma do exercício da ampla defesa**. Inclusive, quando diz que a defesa oral será feita pelo próprio Parlamentar **e não por um Advogado**.(Voto do Ministro Sydney Sanches)

Sr. Presidente, mesmo no processo penal o princípio da ampla defesa não exige sempre a presença de advogado. Qualquer do povo pode impetrar habeas corpus; a revisão criminal pode ser requerida pelo próprio condenado; o Estatuto da Ordem dos Advogados admite, em certos casos, que, ainda em matéria criminal, qualquer cidadão apto poderá ser nomeado defensor do réu [...] não há que se falar em imprescindibilidade da defesa técnico-jurídica, quando a norma competente não a estabelece como necessária, até porque a ampla defesa a que alude a Constituição não é aquela que poderemos ter como ideal, mas aquela que a lei determina, estabelecendo os meios e os recursos a ela inerentes (Voto do Ministro Moreira Alves)

No processo disciplinar, privativamente desenvolvido no âmbito do Congresso Nacional, para valorização política e discricionária de um fato atípico, como é a falta de decoro, não entendo, e com maior razão ainda, que se possa ou se deva reputar indispensável o pretendido exame da faculdade de defesa técnica (Voto do Ministro Octavio Gallotti)

Com isso estou tentando demonstrar ao eminente Relator que por fundadíssimas e doutíssimas razões tem outro ponto de vista, **não se essencial à ampla defesa** do parlamentar, **que ela seja exercida por um profissional do Direito**, porque ela não é técnica, ela absolutamente não é técnica (Voto do Ministro Célio Borja).

De outra feita e em matéria correlata, o Supremo Tribunal Federal restringiu a atuação do advogado, quando acordou por não conhecer o Agravo Regimental em

Petição nº 762-0/BA, in DJ de 8/04/94, sob a argumentação de que o "exercício do direito de petição, junto aos Poderes Públicos, de que trata o art. 5º, inciso XXXIV, a, da Constituição, não se confunde com o de obter decisão judicial, a respeito de qualquer pretensão, pois, para esse fim, é imprescindível a representação do peticionário por advogado (art. 133 da Constituição e art. 36 do Código de Processo Civil)".

Destarte, fica dirimido, à saciedade, que a ampla defesa prevista nos arts. 5º, LV, e 133, ambos da Constituição Federal, possui limites delineados pela lei e que não necessariamente impõe uma defesa técnico-jurídica.

No que pertine ao Direito Administrativo Disciplinar, as normas adjetivas da Lei nº 8.112/90 imprimem à ampla defesa conotação técnica apenas na elaboração da peça de defesa, mas a desautoriza nas demais etapas processuais em que ao acusado é assegurado o exercício do direito subjetivo de se defender na verdadeira acepção de "Tornar possível; permitir, com segurança", bem assim baliza a garantia de o acusado demonstrar pessoalmente sua versão sobre a veracidade dos fatos, na conformidade do que se segue:

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Art. 161. [...]

§ 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.

"Art. 164. [...]

§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

Esses perceptivos admitem o entendimento de que, ao utilizar a alternativa "ou", no *caput* do art. 156, acima reproduzido, o legislador demonstrou, com clareza, que o servidor tem o direito de, pessoalmente, acompanhar o processo e exercer o contraditório. Se o preferir, pode constituir advogado.

Em havendo esse direito pessoal, seu exercício se insere no arbítrio exclusivo do servidor. No silêncio da Lei nº 8.112/90 em determinar a designação de defensor *ex officio*, emerge a impossibilidade de a autoridade instauradora do processo administrativo disciplinar assim o proceder, em consequência do princípio da legalidade, na forma do qual, se a lei não permite, é defeso fazer-se.

Tal assertiva harmoniza-se também com os referenciados doutrinadores e membros do Supremo Tribunal Federal, dado que, na exata inteligência do termo "ampla defesa", na "verdade é a **lei** – ou o regimento interno, como no caso – **que estabelece a forma do exercício da ampla defesa**". (Mandado de Segurança nº 21.360-4/DF)

Na oportunidade em que teceu comentários sobre o sentido e o alcance do art. 156, Ivan Barbosa Rigolin expôs seu ponto de vista de que tal preceito "*constitui algo como que um desmembramento do anterior, e aqui se garante, como não seria diferente, que todo servidor acusado tem o direito de nomear Advogado, querendo, para melhor defendê-lo, não lhe podendo ser, de resto, por óbvio, furtado o direito de acompanhar pessoalmente o processo*". (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 259)

Também em sintonia com a dispensabilidade do advogado, prescreve o art. 161, §§ 1º e 4º, que a citação para apresentar defesa escrita recai na figura do indiciado. Fosse imprescindível a defesa técnica, a citação se faria expressamente no advogado.

O § 2º do art. 164 acima citado afasta qualquer sombra de dúvida que poderia haver quanto à consagração legal da prescindibilidade do advogado para assistir o acusado durante todo o curso do processo disciplinar, tanto que prescreveu a designação de defensor dativo apenas ao tornar imperiosa a apresentação da defesa, no caso de revelia.

Não bastasse tal aspecto, o legislador exigiu que o servidor designado, *ex officio*, para apresentar a defesa, haverá de ser titular de cargo efetivo "*superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado*".

Assim, no caso do indiciado que possua escolaridade de nível **médio** e seja ocupante de cargo classificado no mesmo nível, a Lei nº 8.112/90 permite a designação de servidor de mesmo nível de classificação de cargo e de escolaridade para substituir o indiciado revel no mister de aduzir a sua defesa, o que exclui a figura do advogado.

Fica exaustivamente demonstrado, portanto, que a ampla defesa e o contraditório exigem que seja franqueada a participação do servidor em todos os atos do processo, desde o início, e que haja a faculdade de escolha, pelo acusado, de qual será sua estratégia de defesa e se utilizará ou não defesa técnica.

Outra não poderia ser a disciplina do tema, por isso que seria despropositado o servidor lesar os cofres públicos ou dilapidar o patrimônio nacional e o Estado ser compelido a tutelar o infrator em toda a apuração do ilícito a cargo da Administração, numa presunção de que o servidor faltoso seria vítima potencial dos agentes públicos incumbidos da apuração do ilícito. Haveria uma inversão de valores.

Os próprios membros da comissão de processo administrativo disciplinar também não precisam ser técnicos do Direito, pois, na forma do art. 149 da Lei nº 8.112/90, a composição do colegiado será feita por "*três servidores estáveis, [...] dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.*"

A tese de que a Administração deve designar defensor, *ex officio*, para atuar em todo o curso da instrução probatória, caso o acusado não se interesse em fazê-lo ou em nomear representante legal, é incompatível com os transcritos arts. 156, 161 e 164, todos da Lei nº 8.112/90, ao passo que um resultado exegético é incapaz de ter preeminência sobre disposição expressa de lei, por mais autorizado que seja o intérprete.

Por oportuno, lembre-se o pensamento de que "*um conceito teórico não pode prevalecer sobre uma norma legal*". (Marcelo Caetano. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 385).

Deve-se atentar para as expressões de Celso Ribeiro Bastos (Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989, 2. v., p. 267): torna-se necessário apreciar "*se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento*" (o do magistrado). "*Portanto, a ampla defesa não é aquela satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo*". (grifou-se)

Associe-se a esses entendimentos a noção de que o cerceamento de defesa é um fato, motivo pelo qual não se admite sua presunção e deve ser demonstrado, à luz do princípio do *pas de nulité sans grief*. A defesa e o contraditório visam a ensejar ao julgador a convicção da existência, ou não, dos fatos e da culpabilidade ou inocência, considerando-se válido o processo disciplinar se constatado que emana, do seu contexto, a certeza firme da prática da transgressão e a oportunidade oferecida para os implicados se defenderem.

Sendo assim, como no caso em tela não se demonstrou o prejuízo concreto pela ausência de defensor técnico no decorrer da instrução probatória, não há que se declarar a nulidade do processo administrativo disciplinar.

Ilustrativos no sentido de que o contraditório e a ampla defesa compreendem o direito de o acusado se defender pessoalmente ou por intermédio de advogado, os Pareceres GQ-12, GQ-28, GQ-35 e GQ-55, juntados às fls. 56/80:

Parecer GQ-55

O comando constitucional para que se observem o contraditório e a ampla defesa, no processo administrativo, é silente quanto à fase processual em que isto deve ocorrer (cfr. o art. 5º, LV). É tema disciplinado em norma infraconstitucional: a Lei n. 8.112. de 1990, assegura a ampla defesa no curso do processo disciplinar e, o contraditório, no inquérito administrativo (v. os arts. 143 e 153), que corresponde à 2ª fase do apuratório (art. 151, II). [...]

Com o intuito de assegurar ao servidor o direito de acompanhar o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou através de procurador legalmente constituído, e requerer ou praticar atos tendentes a salvaguardar sua defesa, na conformidade do art. 156 da Lei n. 8.112, de 1990, deve ser notificado a respeito do apuratório imediatamente após a instalação da comissão processante. [...]

Compreende o contraditório a faculdade que se confere ao acusado, ex vi do supramencionado art. 156, para acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contra-provas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial. (grifou-se do Parecer GQ-55, aprovado pelo Presidente da República em 30/01/95. Publicado na íntegra no DOU de 2/02/95, p. 1398)

Parecer GQ-12

A notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, será feita imediatamente após a instalação da c.i., a fim de garantir o exercício do direito de que cuida o art. 156 da Lei n. 8.112; [...] (grifou-se do Parecer GQ-12, aprovado pelo Presidente da República em 7/02/94. Publicado na íntegra no DOU de 8/09/94, p. 1910)

Parecer GQ-28

Esmiuçando: na preservação da garantia da defesa deve-se: 1) citar o servidor para que compareça perante a comissão de inquérito, com prazo suficiente para oferecer sua defesa; 2) permitir ao servidor que acompanhe o processo em todos os seus trâmites pessoalmente ou por intermédio de procurador; 3) arrolar provas e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial (art. 156, da lei referida). (grifou-se do Parecer GQ-28, aprovado pelo Presidente da República em 7/11/94. Publicado na íntegra no DOU de 16/11/94, p. 17145)

Por fim, a prevalecer a tese da 3ª Seção do STJ no sentido da obrigatoriedade da designação de defensor *ex officio* no decorrer da instrução processual, o Poder Judiciário estaria se substituindo ao Poder Legislativo para elencar requisito para ampla defesa no processo administrativo disciplinar.

Considerando que não pode o Poder Judiciário substituir-se ao Poder Legislativo para afastar a previsão dos arts. 156, 161 e 164 da Lei nº 8.112/90. Considerando, também, que o juiz age sempre e somente na condição de legislador negativo, como tem afirmado o STF em inúmeras decisões, o Poder Judiciário não poderia impor, ainda que sob fundamento da ampla defesa, o dever da Administração de designar advogados aos acusados que, *sponte sua*, deixam de comparecer a atos de instrução de seu interesse, sem previsão legal.