

1. Introdução

O objetivo deste estudo é analisar as diversas implicações e controvérsias, referentes à aplicação da nova Súmula n° 343, editada pelo Superior Tribunal de Justiça em 14 de setembro de 2007. Pela qual se passou a exigir a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Orientação jurisprudencial que, se vier a ser seguida indiscriminadamente, poderá acarretar um sem-número de problemas à Administração Pública. Gerando a nulidade de inúmeros procedimentos disciplinares, nos quais não houve a intervenção de um advogado para patrocinar a defesa destes acusados. Situação que em hipótese alguma poderia vir a acontecer, sob pena de se deitar por terra todos os esforços que tenham sido despendidos, para se punir aqueles agentes públicos que tenham violado seus deveres funcionais.

2. Da dispensabilidade da presença de advogado nos PADs

Realmente, o Superior Tribunal de Justiça, após proferir reiteradas decisões no mesmo sentido, acabou por editar, em 14 de setembro de 2007, a Súmula n° 343. Pela qual, no entendimento desta Corte Superior, seria obrigatória a presença de advogado, em todas as etapas do processo disciplinar, encarregado de promover a defesa do servidor acusado.

Sendo nulos, via de consequência, os atos praticados em processos administrativo disciplinares (PAD), nos quais o agente público acusado, não tivesse sido assistido por advogado habilitado para promover sua defesa.

Todavia, antes mesmo de se adentrar no âmago do exame desta questão, convém esclarecer que, por mais que este tenha sido o entendimento firmado pelo STJ, por meio de edição de súmula, sintetizando a concepção do tribunal no que tange à matéria, este verbete não possui força vinculante. Porquanto apenas ao STF foi conferida a prerrogativa de expedir súmulas vinculantes (Constituição Federal: Art. 103-A).

E, portanto, o teor deste novel enunciado, não é de acatamento obrigatório pelos Órgãos do Poder Judiciário, e nem pela Administração Pública. Nada impedindo que a Administração Pública continue a se pautar por aquilo que está expressamente consignado em lei. Que, na hipótese, não torna imprescindível a presença de Advogado em todos os atos e termos de processos administrativos. Mas apenas faculta esta prerrogativa, como preceitua a Lei n° 8.112/90, art. 156 e Lei n° 9.784/99, art. 3°, IV.

Matiz interpretativa a qual se ajustou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Retratado no aresto proferido em 28/05/2002, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 244.027/SP.

Vale dizer, o que a Administração Pública não pode, é impedir que o acusado que anele ser assistido por advogado, nomeie um causídico para patrocinar sua defesa num PAD. Sendo também defeso à Administração, em caso de ausência de nomeação de advogado pelo acusado, nomear-lhe um, como forma de contornar a esta sua omissão, em constituir um profissional para lhe formular a defesa técnica. Face o princípio da estrita legalidade administrativa (CF, art. 37, caput, e Lei n° 9.784/99, art. 2°), que impede ao administrador adotar iniciativas não previstas em leis (Parecer AGU GQ 99, de 14 de março de 1996 – Advocacia-Geral da União).

A não ser, à toda evidência, quando se tratar de atos administrativos discricionários. Em relação aos quais se confere uma margem maior de apreciação de conveniência e oportunidade, para a adoção de certa postura.

O que não se amolda a situação entelada. Dentre outras razões porque, ao se nomear um advogado ad hoc ao servidor processado, que se mantém inerte no cumprimento deste seu ônus defensivo, a própria Administração Pública é que teria de arcar com o pagamento dos seus honorários. Sem que, para tanto, houvesse rubrica apropriada para o lançamento destes valores.

Salvo na hipótese de caracterização de revelia. Quando, então, será necessário a indicação de um defensor dativo, mas não indispensavelmente um advogado. Que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado (Lei n° 8.112/90, art. 164). Sistemática procedimental que de maneira alguma afronta qualquer princípio constitucional, ou norma sub-constitucional pertinente ao assunto.

Deveras, se até mesmo nos Juizados Especiais Cíveis, e no feitos Trabalhistas (Decreto-Lei n° 5.452/43 - Consolidação das Leis do Trabalho, Art. 791), admite-se que o interessado compareça à

Arena Judicial sem que esteja acompanhado de Profissional do Direito, porque não se empregar o mesmo raciocínio no que tange aos feitos administrativos? Que, é forçoso ressaltar, não se caracterizam como sendo um expediente criminal, mas sim qualificado como uma instância cível (não-penal).

Vertente de pensamento adotada, *mutatis mutandis*, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3168, aforada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), anelando fustigar a eficácia do artigo 10 da Lei federal 10.259/01. Que confere a faculdade de que o interessado pleiteie seus direitos pessoalmente ou por meio de representante, seja este advogado ou não, em matérias que tramitam nos Juizados Especiais Federais.

No qual ficou sedimentado que, apenas no Foro Criminal faz-se imprescindível a presença de advogado. Nos demais casos, não há impedimento a que a pessoa compareça por si mesma perante o Juizado Especial, *in verbis*:

“Art. 10 da Lei 10.259/2001 e Constitucionalidade. O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da OAB contra o art. 10 da Lei 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais), que permite que as partes designem representantes para a causa, advogado ou não. Entendeu-se que a faculdade de constituir ou não advogado para representá-los em juízo nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis não ofende a Constituição, seja porque se trata de exceção à indispensabilidade de advogado legitimamente estabelecida em lei, seja porque o dispositivo visa ampliar o acesso à justiça... ADI julgada improcedente, desde que excluídos os feitos criminais...” (ADI-3168)” (grifei)

Irretorquivelmente, tendo os procedimentos administrativos em curso perante a Administração Pública natureza cível (não-penal), não há como se estender os efeitos desta orientação (que exige a presença de advogado para prática de todo e qualquer ato) ao contencioso administrativo.

Motivos pelos quais, com todo o respeito devido, a Súmula STJ nº 343, deve ser aplicada com reservas e de maneira parcimoniosa. Mais especificamente, tão-somente no tocante aos casos específicos e explicitamente individualizados, em que se exija a presença de advogado para a apresentação de defesa técnica em favor do servidor acusado.

Nas demais situações, em relação às quais não exista expressa determinação de que os trâmites do processos disciplinares devam ser realizados, impreterivelmente, com a participação de um causídico constituído ou nomeado para o acusado, não se devem fazer surtir os efeitos deste precedente jurisprudencial.

3. Do devido processo legal

Caso se entenda o contrário, e não se aceite a argumentação acima declinada – inclinando-se pela dogmática interpretativa que não admite a dispensa de advogado em tais situações – forçoso ainda se inspecionar a questão, objeto desta análise, sob outro ângulo. Qual seja, o da ocorrência de prejuízo ao interessado, assaz suficiente a legitimar a desconsideração dos efeitos dos atos persecutórios que tenham sido concretizados.

Realmente, como dito, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 343. Pela qual seria obrigatória a presença de advogado, em todas as etapas do processo disciplinar, encarregado de promover a defesa do servidor acusado.

Porquanto, na ausência deste causídico, militar a presunção de que a defesa do acusado teria sido prejudicada, em razão da suposta deficiência com a qual teria sido formulada. Geradora de uma nulidade absoluta, e determinativa da desconsideração de toda a instância administrativa.

Entrementes, esta dialética não pode ser aceita de maneira tão imediata. Pois, por mais que a Constituição Federal assegure a observância do devido processo legal (*due process of law*) àqueles que estão sendo processados na esfera administrativa ou judicial, isto não necessariamente significa em reconhecer que, todos aqueles atos que tenham sido praticados na ausência de um profissional inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sejam automaticamente nulos.

Notadamente quando a legislação de regência não exige (e até dispensa) a participação de advogado em certos contextos.

Para tanto, faz-se imprescindível primeiro demonstrar que, como conseqüência da não presença de um advogado acompanhando a consecução dos trâmites administrativos, houve geração de alguma sorte de prejuízo à defesa do agente público. Que está sendo acusado da prática de condutas infracionais.

Isto porque, em não sendo demonstrada a existência de algum prejuízo concreto e irrefutável, como corolário direto da falta de um causídico assistindo o servidor desviante, não poderá prevalecer o sofismático argumento de que tal revés teria se materializado, apenas por esta circunstância (ausência de advogado). Meras insinuações especulativas acerca de nulidades cerebrinas, não se prestam para um tal desiderato, flagrantemente capcioso.

Diretriz legislativa, ademais, expressamente albergada pelo sistema jurídico nacional. Aplicável tanto no que tange a atos judiciais ou administrativos, inspirada no brocardo jurídico pas de nullité sans grief (sem prejuízo não há nulidade). Prevista em diversos Diplomas Legais, dentre os quais: Código de Processo Penal, Art. 563; Código de Processo Civil, Art. 244 e Código Eleitoral, Art. 219.

Mormente na seara da Administração Pública na qual, parte-se do princípio de que, todos os atos praticados devem, salvo prova robusta em contrário, serem reputados legais e legítimos. Não se tratando, é verdade, de presunção absoluta (juris et de jure) e sim de presunção relativa (juris tantum), mas que tem o condão de inverter o ônus da prova.

Noutros dizeres, se eventualmente houver alegação de que ocorreu alguma ilegalidade deflagrada de algum prejuízo processual (como corolário da falta de um advogado que o representasse), caberá ao interessado em ver reconhecida uma tal nulidade, produzir prova incontestada de sua afirmação (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 29 ed.. Editora Malheiros; São Paulo, janeiro de 2004, p. 156 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 17 ed. revista e atualizada. Editora Malheiros. São Paulo, 2004, p. 383).

Equivale a dizer, inexistindo prova contundente acerca de uma utópica ilegalidade, não se pode promover a anulação dos atos que tenham sido realizados na etapa investigatória, de julgamento, ou de apreciação recursal atinente a um Processo Administrativo Disciplinar (PAD). E, se o ato administrativo hostilizado desfruta de presunção de veracidade, até que o interessado consiga demonstrar uma utópica irregularidade que comprometa sua validade, deve ser dotado de total eficácia.

Forçoso, portanto, que seja demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo à defesa, para que se possa decretar a nulidade dos atos de persecução administrativa.

3. Da modulação dos efeitos da Súmula STJ nº 343

Mesmo considerando que os vetores delineados na Súmula STJ nº 343, não se revestem de força obrigatória que lhe determinem seu acatamento, posto que não são nem lei, e nem foram unguídos de eficácia vinculante (considerando-se que somente o Supremo Tribunal Federal pode editar súmulas com caráter vinculante CF, art. 103-A), não se ignora que, na prática, esta orientação jurisprudencial acabará sendo seguida – em maior ou menor medida – pelos demais Órgãos do Poder Judiciário de Jurisdições inferiores.

Neste caso, cumpre estabelecer a partir de qual instante o preceito contido na Súmula STJ nº 343, estaria apto a ter eficácia. Estabelecendo-se parâmetros de contenção para a irradiação dos seus respectivos efeitos. Evitando-se que venha a provocar instabilidade jurídica no cotidiano administrativo das repartições públicas.

Destarte, é imperioso que somente se permita que a Súmula STJ nº 343 dissemine seus efeitos a partir de sua edição, em 14 de setembro de 2007. Conferindo-lhe, por razões de segurança jurídica e coerência lógica, eficácia ex nunc (desde agora) e não ex tunc (desde então).

Do contrário, se à Súmula STJ nº 343, for emprestada eficácia imediata, todos os PADs que estiverem em curso (ou que já tenham sido encerrados), a Administração Pública poderá ficar impedida de aplicar qualquer sorte de punição aos agentes públicos que tenham infringido disposições legais.

Deitando-se por terra todos os esforços que tiverem sido envidados pela Administração, na manutenção da lisura no serviço público. Aplicando os castigos legais aqueles agentes estatais que se mostraram infratores dos seus deveres funcionais. Como conseqüência, dentre outros obstáculos, da impossibilidade temporal de se refazer todos os atos procedimentais, dentro dos prazos prescricionais estabelecidos, ilustrativamente, na Lei nº 8.112/90, art. 142.

Em um cenário como este, afigura-se mais coerente que sejam modulados os efeitos desta recente orientação jurisprudencial. Insculpida no enunciado da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça.

A exemplo do preconizado pela Lei n° 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Cujo art. 27, autoriza a especificação de um certo momentum, a partir do qual os efeitos de uma decisão tomada num controle de constitucionalidade, poderão ser implementados.

Fixando-se o instante da publicação desta súmula (14 de setembro de 2007), como marco temporal para a irradiação dos seus efeitos concretos. Preservando-se, em contrapartida, todos os atos administrativos atinentes a processos disciplinares, realizados antes da edição da Súmula STJ n° 343. Nos quais os servidores públicos investigados, não tivessem sido assistidos por um advogado durante os respectivos processos e julgamentos.

Conferindo-se tratamento assemelhado aquele que foi dado quando do julgamento conjunto dos Mandados de Segurança (MS) 26602, 26603 e 26604, impetrados em face de ato do Presidente da Câmara dos Deputados (Informativo do STF, Brasília, 1° a 5 de outubro de 2007 N° 482, 10 de outubro de 2007). Nos quais se discutia, em suma, se parlamentares que tivessem se desfilado de partidos políticos, deveriam ou não perder os respectivos mandatos. Devolvendo-os à agremiação partidária pela qual foram eleitos. Como fora estabelecido pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em resposta à Consulta 1.398/DF.

Neste julgamento, ocorrido em 04 de outubro de 2007, restou definido que, afora os casos, em síntese, de prática de perseguição política ou quebra de programa partidário pela legenda, os parlamentares não poderiam se movimentar livremente pelas diversas siglas partidárias.

Entretanto, em homenagem ao primado da segurança jurídica, reputou-se necessário estabelecer uma baliza temporal, a fim de delimitar o início da eficácia do pronunciamento sedimentado nestes julgamentos. In casu, indigitando-se a data em que o TSE apreciou a Consulta 1.398/DF (em 27 de março de 2007). Preservando-se, assim, os mandatos dos parlamentares que tenham pedido transferência de suas legendas partidárias em períodos anteriores a esta data.

Esta, inquestionavelmente, é a concepção mais aceitável, privilegiando-se o princípio da segurança jurídica, e reputando-se válidos, ainda que em caráter extraordinário, os atos consolidados com fulcro na legislação considerada incompatível com a Constituição Federal.

Linha de pensamento que é corroborada por diversos autores, como o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. Editora Saraiva, 3 ed., 1999, p. 265/266.), e Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, 3. ed., Coimbra, 1991, t. 2, p. 500/502).

É bem verdade que não se está tratando de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade, de dispositivos cunhados numa lei ordinária. Pois não compete ao Superior Tribunal de Justiça declarar, em última instância, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal. Sendo esta matéria da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a quem foi incumbida a nobre missão de Guardião da Constituição.

Mas certamente que, por analogia, não há impedimento ao emprego desta argumentação no que toca ao preceituado pela Súmula STJ n° 343.

Ora, se leis federais (Lei n° 8.112/90 e Lei n° 9.784/99), que trazem regras a serem seguidas na persecução administrativa para a apuração de irregularidades funcionais, passaram por todo o processo legislativo, constitucionalmente alinhavado, entraram em vigor, e até hoje não foram declaradas inconstitucionais (no que tange a esta dispensa da participação de advogado), o mínimo que se pode exigir é que, os atos praticados com esteio nestes dispositivos repudiados pela Súmula STJ n° 343, sejam considerados válidos.

Somente reputando-os incompatíveis com o sistema jurídico e capazes de serem tornados sem efeitos, aqueles atos realizados no bojo de processos disciplinares, que vierem a ser praticados (sem a presença de advogado) a partir da edição da Súmula STJ n° 343, em 14 de setembro de 2007. Razões de bom senso e segurança jurídica, propugnam em favor deste entendimento.

4. Considerações Finais

Não resta dúvidas que o Superior Tribunal de Justiça vem cumprindo uma relevante função no cenário jurídico nacional. Na sua condição de Corte Maior da Legislação Federal. Todavia, esta nova orientação consolidada na Súmula n° 343, deverá ser aplicada com extrema cautela.

Do contrário, se a este verbete vier a ser aplicado indiscriminadamente, existe o grande risco de que todos os PADs que estiverem em curso (ou que já tenham sido encerrados), venham a ser considerados nulos. Desconsiderando-se todos os esforços que tiverem sido envidados pela Administração, na manutenção da lisura no serviço público. Inviabilizando-se que inúmeros agentes públicos, descompromissados, com a res publica, sejam sequer alvo da imposição de qualquer castigo legal.

Dentre outros fatores, em razão da exigüidade dos prazos prescricionais, assinados para que sejam adotadas as iniciativas atinentes ao *jus puniendi* estatal na seara do serviço público. Que podem vir a fulminar qualquer intenção de se reabrir os procedimentos persecutórios, para o refazimento dos atos relativos a processos disciplinares.

Cenário, contudo, que se espera não venha a se materializar. Fazendo-se uso, ilustrativamente, da argumentação exposta neste breve exame da matéria. Que, apesar de não exaustivo, indica caminhos razoáveis que podem ser adotados quando da aplicação da Súmula STJ n° 343.