

A EFEMERIDADE DA SÚMULA 343 DO STJ¹

Jorge Cesar de Assis²

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

A edição da súmula nº 343 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça suscitou inúmeros questionamentos e preocupações na área administrativa militar.

Editada em 12.09.2007 pela 3ª Seção daquela Corte, o referido verbete tem a seguinte redação: *É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.*

Nos precedentes que deram origem à súmula, ficou assentado pelo STJ que a ausência de advogado ou defensor dativo nos processos administrativos disciplinares constitui ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Sempre acreditamos não restar dúvidas de que o princípio da ampla defesa e do contraditório tem aplicação aos processos administrativos e que sua violação por parte da Administração implica em nulidade. Atualmente verifica-se que as corporações militares (Forças Armadas e Forças Auxiliares) têm procurado observá-los, adequando seus regulamentos disciplinares. Quando não observados, a Justiça tem feito sua parte ao ser provocada. O processo administrativo disciplinar, no entanto possui características próprias que o diferem do processo penal, em que pese parte da doutrina especializada pretender transportá-los em bloco para o primeiro, alçando às alturas as garantias do servidor infrator, e com isso, reduzindo as prerrogativas da Administração até quase sua eliminação.

A súmula ensejou, todavia, que se esclarecessem os seguintes pontos: a) qual o alcance da expressão processo administrativo disciplinar?; b) na expressão advogado estava incluída a figura do defensor dativo? e; c) na ausência de advogado constituído, a quem competiria designar o defensor dativo advogado?

É o que pretendemos demonstrar.

¹ Artigo publicado na Revista Jurídica Consulex nº 276, Brasília, 15.07.2008, p.44-45. Também na Revista IOB de Direito Administrativo nº 31 – julho de 2008 e; na Revista Direito Militar nº71, maio/junho de 2008.

² Membro do Ministério Público da União. Promotor da Justiça Militar lotado em Santa Maria – RS. Autor do livro **Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo**, 2007, publicado pela Editora Juruá.

2. ALCANCE DA EXPRESSÃO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Até bem pouco tempo não havia dúvidas sobre o que era um processo administrativo disciplinar. Visava e ainda visa apurar faltas graves dos servidores públicos, civis e militares, e dessa forma diferenciava-se da simples apuração da falta disciplinar corriqueira, a qual, ainda que deva ser apurada atendendo-se aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não exigia – e nem exige a instauração de um processo, bastando o simples procedimento apuratório e no rito que a Administração estabeleceu.

Para se saber quando ocorre um ou outro basta uma simples classificação das punições disciplinares – e aqui vamos nos ater às militares, apresentadas como *ordinárias ou reeducativas* e *extraordinárias ou exclusórias*³, sendo que as primeiras seriam aquelas que não ensejam para sua aplicação a instauração de processo regular, bastando que o rito aplicado garanta o contraditório e a ampla defesa, ou seja, aquelas que fazem parte do cotidiano da vida militar; por sua vez, as últimas seriam aquelas que importam em perda patrimonial (financeira, da função), e ensejam em regra o processo administrativo disciplinar em face da gravidade com que se apresentam.

Tendo como modelo as Forças Armadas, os processos administrativos disciplinares militares são o Conselho de Disciplina e o Conselho de Justificação, destinados a julgar a capacidade de permanecer na ativa ou na situação de inatividade em que se encontram as praças especiais e as praças estáveis (Conselho de Disciplina⁴) e os Oficiais (Conselho de Justificação⁵). Nas forças auxiliares (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares), após o advento da CF/88, quando passaram constitucionalmente à subordinação dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, novos diplomas estatutários e disciplinares foram sendo editados, onde foram observadas as influências regionais, e assim, conforme já referimos alhures, verifica-se, atualmente, a utilização de uma nova terminologia, processo administrativo disciplinar – PAD, para se referir tanto àquele processo que apura transgressões disciplinares graves, que podem ensejar a exclusão do militar ou sua reforma administrativa, como para a apuração da falta disciplinar simples e ordinária, e que sempre entendemos não necessitar de processo formal.⁶ Aceitar-se a obrigatoriedade da presença de advogado na apuração de simples transgressões ordinárias e corriqueiras da disciplina implicaria em

³ Tratamos deste assunto no livro: **Lições de direito para a atividade das polícias militares e das Forças Armadas**, 6. Ed., na Unidade VI. Curitiba: Juruá, 2005. P. 107-111.

⁴ Decreto federal 71.500, de 05.12.1972.

⁵ Lei federal 5.836, de 05.12.1972.

⁶ **Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p.299-300.

desestabilização do sistema militar, que pressupõe respostas rápidas para o pronto restabelecimento da disciplina e hierarquia.

3. ADVOGADO *versus* DEFENSOR DATIVO

É bom que se diga que ninguém discute que o advogado (aquele regularmente inscrito na OAB) pode atuar - e tem toda a liberdade e prerrogativas para isso - no processo administrativo militar ou não. Não é disso que se cuida.

Da forma como foi redigida a súmula 343 depreende-se que há perfeita identidade entre os dois termos analisados, ou seja, para o Superior Tribunal de Justiça, o defensor dativo tem que ser advogado, sendo obrigatória a presença deste no processo disciplinar.

Normalmente nos processos administrativos o defensor do servidor faltoso será constituído por ele (um advogado), ou será um defensor dativo nomeado pela comissão processante (um servidor) ante a omissão do acusado. Nesse sentido o § 4º do art. 9º do Decreto 71.5500/72; o art. 9º da Lei 5836/72 e vários diplomas semelhantes em nível de Estados e Distrito Federal. Ou seja, instaurado o processo administrativo disciplinar militar, o infrator tem direito de ser defendido por advogado constituído e, se não o fizer, ser-lhe-á designado um militar superior para fazê-lo, de forma dativa, sem que isso pudesse caracterizar ofensa a qualquer princípio constitucional. A propósito, já era esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal: RE 282.176/RJ – Rel. Min Moreira Alves - j. em 20.11.2001 – 1ª Turma – DJU 08.02.2002; RE-AgR 244.027/SP – 1ª Turma – Relª Min. Ellen Gracie – DJU 28.05.2002).

Veja-se que esta normativa não é só dos processos militares. O § 3º do art. 254 da Lei Complementar nº 73/93 – Estatuto do Ministério Público da União, ao tratar do processo administrativo de seus membros, dispõe que se o acusado não tiver apresentado defesa, a comissão nomeará um defensor, dentre os integrantes da carreira e de classe igual ou superior à sua. No mesmo sentido, o § 2º do art. 164 da Lei 8112/90, que instituiu o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União para ficarmos apenas por aqui.

4. COMPETÊNCIA PARA NOMEAR ADVOGADO COMO DEFENSOR DATIVO

Neste ponto, verifica-se que a edição da súmula 343 do STJ criava um óbice praticamente intransponível para a Administração, por um motivo bem simples e de

difícil contestação: Se o acusado no processo administrativo não se fizesse acompanhar por defensor constituído (**e isso poderia ser até mesmo uma estratégia dele**), quem teria competência para nomear outro advogado como defensor dativo?

No processo penal se o réu declarar não possuir defensor o juiz lhe nomeará um dativo (advogado). Ante a insuficiência das Defensorias Públicas, tanto da União como dos Estados e Distrito Federal, na prática acabam sendo feitos convênios entre os tribunais e a Ordem dos Advogados do Brasil, sendo indicados advogados para nomeação dativa, mediante o pagamento de uma remuneração previamente estipulada a título de contraprestação.

Daí perfeitamente cabível perguntar: A autoridade administrativa teria poder para nomear um advogado para defender o servidor acusado de falta grave administrativa? Com toda certeza não! Tal competência, dentro do nosso ordenamento jurídico está adstrita ao magistrado. A praxis administrativa brasileira também não registra (ao menos desconhecemos) nenhum caso de obediência da OAB ou da Defensoria Pública à eventual nomeação de advogado ou defensor público como defensor dativo que tenha sido feita por autoridade administrativa em processo disciplinar.

5. DIRIMIDA A CONTROVÉRSIA: A SÚMULA VINCULANTE Nº 5, DO STF

A edição da Súmula vinculante de nº 5, do Supremo Tribunal Federal colocou a pá de cal na discussão que se iniciara sobre os limites da súmula nº 343 do STJ. Com efeito, O instituto da Súmula Vinculante, criado pela Emenda Constitucional nº 45/04, tem o intuito de pacificar a discussão de questões examinadas nas instâncias inferiores do Judiciário. Após sua aprovação – por no mínimo oito ministros, e a publicação no Diário de Justiça Eletrônico, a Súmula Vinculante permite que agentes públicos, tanto do Poder Judiciário quanto do Executivo, passem a adotar a jurisprudência fixada pelo STF.

É a seguinte a redação da referida súmula vinculante: “**A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição**”.

A súmula aprovada em Sessão Plenária de 07.05.2008 e publicada no DJe nº 88/2008 e no DO de 16.06.2008, em ambos na p.1.

6. CONCLUSÃO

Parece-nos que andou bem a mais alta Corte brasileira, vinculando pela súmula nº 5, um entendimento que já era pacífico no STF. O exercício da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo é um direito constitucional dos servidores faltosos e por eles deve ser exercido, inclusive no tocante à constituição de advogado regularmente inscrito na OAB. O exercício do direito constitucional da ampla defesa e do contraditório envolve inclusive a possibilidade de assistência por intermédio de Defensor Público, se o acusado a requerer na Defensoria e tiver o pedido deferido segundo as normas daquela Instituição.

A Administração Pública deve assegurar aos acusados o exercício da ampla defesa e do contraditório, **dentro do que a lei ou regulamento referente a cada processo estabelecer**. Se o servidor faltoso submetido a processo disciplinar não constitui advogado para acompanhá-lo e defendê-lo, a Administração está autorizada a nomear defensor dativo, que será a toda evidência um servidor. A constituição de advogado é direito do acusado, e nunca um ônus que se possa impor à Administração.