



Súmula n. 343

SÚMULA N. 343

É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Referência:

Lei n. 8.112/1990, arts. 153, 163 e 164.

Precedentes:

MS	7.078-DF	(3ª S, 22.10.2003 – DJ 09.12.2003)
MS	9.201-DF	(3ª S, 08.09.2004 – DJ 18.10.2004)
MS	10.565-DF	(3ª S, 08.02.2006 – DJ 13.03.2006)
MS	10.837-DF	(3ª S, 28.06.2006 – DJ 13.11.2006)
RMS	20.148-PE	(5ª T, 07.03.2006 – DJ 27.03.2006)

Terceira Seção, em 12.09.2007

DJ 21.09.2007, p. 334

MANDADO DE SEGURANÇA N. 7.078-DF (2000/0065864-2)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Impetrante: Márcia Denise Farias Lino
Advogado: Flávia Marinho Costa de Oliveira e outros
Impetrado: Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social
Assistente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Advogado: Marcello Santiago Wolff

EMENTA

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os *acusados em geral*.

2. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Fontes de Alencar concedendo a segurança, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina, Fontes de Alencar e José Arnaldo da Fonseca. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Paulo Gallotti. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp (artigo 162, parágrafo 2º, do RISTJ).

Brasília (DF), 22 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Mandado de segurança impetrado por Márcia Denise Farias Lino contra o Exmo. Sr. Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, visando à anulação da Portaria n. 7.249, publicada no D.O.U. de 14 de julho de 2001, que a demitiu do cargo de agente administrativo do quadro de pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS-SP, por se valer do cargo para lograr proveito de outrem em detrimento da dignidade da função pública, por proceder de forma desidiosa e pela prática de improbidade administrativa.

São estes os fundamentos da impetração:

(...)

A) *Não houve violação da Lei n. 8.666/1993*

(...)

5) (...) todos os contratos investigados pela Comissão enquadravam-se na hipótese de *dispensa de licitação*. Significa dizer que, em razão dos baixíssimos valores desses contratos, *a Lei n. 8.666/1993 faculta tal dispensa*, permitindo inclusive a contratação direta do serviço, *sem a necessidade de se orçarem outros*.

6) Não há, pois, falar em “inibição do caráter competitivo” se a própria lei dispensa a licitação. Donde: a conclusão da Comissão de Inquérito não tem fundamento legal, pois a *Lei n. 8.666/1993 foi rigorosamente observada*.

B) *Ofensa a direito líquido e certo da impetrante*

(...)

7) (...) *à impetrante assiste o direito líquido e certo de ter atenuada a pena de demissão em razão de seus bons antecedentes funcionais e da ausência de prejuízo ao serviço público*, tal como pede o *art. 128 da Lei n. 8.112/1990*, incidente na espécie.

8) Logo, *é juridicamente insustentável a pena de demissão aplicada à impetrante*, uma vez que não foi obedecida a mencionada regra jurídica, que determina sejam levados em consideração *as atenuantes, os antecedentes, e o prejuízo suportado pelo serviço público* (este último inexistente *in casu*).

C) *À impetrante não foi assegurada a garantia constitucional da ampla defesa*

(...)

2) O referido procedimento administrativo desconsiderou o devido *processo legal*, uma vez que inexistente patrono, quer constituído, quer dativo.

Com, o advento da *Constituição Federal de 1988*, tornou-se inadmissível o processo disciplinar sem a observância do *princípio da ampla defesa, inarredavelmente atrelado à exigência constitucional de participação de advogado-defensor (art. 5º, LIV e LV c.c. 133 e 134)*.

Ainda mais, no caso, onde houve aplicação de pena gravíssima, com perda do cargo.

(...)

5) Por isso, o direito à defesa ampla (no firme entender da administrativista Prof^a Lucia Valle Figueiredo), exige a nomeação *ad hoc* de profissional experimentado na área, com recursos técnicos adequados à situação, tal a gravidade da pena de demissão, diz ela:

Não prescinde, ainda, da designação de defensor *ad hoc*, pois há o direito e, conseqüentemente, o dever de a Administração possibilitar a defesa técnica.

6) A ausência do exercício da ampla defesa, por *meio de profissional habilitado a defender tecnicamente a impetrante*, é inconstitucionalidade que acarreta a nulidade do procedimento administrativo, e, pois, é mais *obstáculo à aplicação da pena de demissão*.

7) Não só. A impetrante foi demitida por suposta *improbidade administrativa* (ver. Doc. 2). Todavia não foi citada para se defender dessa imputação (doc. 5 – *ultimização de instrução*), o que também afronta o princípio do contraditório.

8) Ora, a improbidade é pressuposto da conduta, mesmo culposa, para ser possível a pena de demissão, pelo direito, faltante a improbidade não se permite a aplicação da pena de demissão. É a interpretação correta da *Lei n. 8.429, de 3.6.1992*.

9) No caso, não foi dado à impetrante a possibilidade de se defender desta imputação, o que é inconstitucional.

(...) (fls. 4-10).

A Vice-Presidência desta Corte, no exercício da Presidência, houve por bem solicitar informações, antes de apreciar o pedido de medida liminar.

Informações prestadas às fls. 110-121 dos autos.

Liminar indeferida por esta Relatoria (fl. 265).

O Instituto Nacional do Seguro Social, pelo petitório de fls. 267-268, requereu o ingresso no feito, na qualidade de assistente litisconsorcial, tendo sido o mesmo deferido à fl. 273 dos autos.

O Ministério Público Federal se manifestou pela denegação do *mandamus*, em parecer sumariado da seguinte forma:

Mandado de segurança. Administrativo. Demissão. Servidor. INSS. Fraude. Licitação.

- Se a conduta ilícita do servidor se amolda à norma do art. 117, incisos IX e XV, da Lei n. 8.112/1990, a pena aplicável é a demissão.
- Observância do devido processo legal configurada.
- Pela denegação do *writ*. (fl. 295).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, da prova pré-constituída produzida pela impetrante e dos documentos apresentados juntamente com as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, extrai-se que, em razão de irregularidades detectadas pela Auditoria Estadual na contratação de Serviços com Dispensa de Licitação - SDL na UAL-Santos, foi instaurado processo administrativo disciplinar para apurar o grau de responsabilidade de vários servidores, entre os quais a impetrante Márcia Denise Farias Lino.

Concluída a fase instrutória, foi lavrado auto de Ultimação de Instrução, tendo sido a impetrante *indiciada* pelos seguintes fatos:

(...)

Márcia Denise Farias Lino, Agente Administrativo, matrícula n. 0.934.472, quando no exercício de suas atribuições incorreu em falta disciplinar conforme segue:

Anexo C

45 - SDL 17-92 - fls. C 01-16; SDL 34-92 - fls. C 17-26; SDL 66-92 - fls. C 27-47; SDL 70-92 - fls. C - 48-65; SDL 98-92 - fls. C 66-80; SDL 20-93 - fls. C 81-107

- depoimento da servidora *Márcia* às fls. 1.340-1.344, resposta da quarta pergunta, onde afirma que ligava apenas para o Sr. *Irai*, o qual lhe informava que traria os outros orçamentos;

- item n. 13 do Exame Grafotécnico concluiu que os orçamentos de fls. C-08/COSMAR, C-09/NARCO SERVICE, C-30/NARCO SERVICE e C-31/COSMAR partiram do mesmo punho escriturador;

- item n. 14 do Exame Grafotécnico concluiu que os orçamentos de fls. C-22/IRAI, C-23/NARCO SERVICE, C-50/IRAI, C-51/NARCO SERVICE, C-68/IRAI e C-69/NARCO SERVICE foram manuscritos pela mesma pessoa;

- item n. 15 do Exame Grafotécnico concluiu que os orçamentos de fls. C-70/DBC e C-95/CARDIOTEC foram datilografados na mesma máquina de escrever;

- item n. 16 do Exame Grafotécnico concluiu que os orçamentos de fls. C-96/NARCO SERVICE foi manuscrito pela mesma pessoa que emitiu as notas fiscais de fls. C-46 e 64 da Empresa *Irai*.

As conclusões do Exame Grafotécnico somadas às declarações da servidora comprovam que efetivamente o Sr. *Irai* atuava fornecendo orçamentos de outras Empresas com preços superiores, a fim de sagrar-se vencedor da concorrência.

A servidora atuou em descumprimento às normas, permitindo atuação ilícita do prestador de serviço em questão, aceitando orçamentos de Empresas não convidadas, que descaracterizou um dos princípios básicos da concorrência que é o caráter competitivo.

*Assim sendo, concluímos que a servidora **Márcia Denise Farias Lino**, descumpriu os deveres impostos nos incisos I, II e III do artigo 116 e violou a proibição prevista no inciso XV do artigo 117, todos da Lei n. 8.112/1990.*

Conforme já exposto está bem caracterizada a atuação indevida de um grupo de prestadores de serviços, os quais na maioria das vezes logravam serem os vencedores das concorrências, adotando o procedimento de fornecer orçamentos com preços superiores em nome de outras Empresas, com ou sem conhecimento destas, descaracterizando assim o caráter competitivo.

Acrescendo-se a essas irregularidades reportamos, ainda, ao contido nos itens n. 42, n. 43 e n. 44 da presente Instrução.

Tais ocorrências e fatos se efetivaram a partir da falta de zelo, inobservância às normas, omissão e descaso por parte de servidores em detrimento ao serviço que estavam sob sua responsabilidade.

(...) (fls. 138-139).

Regularmente citada, a impetrante ofereceu defesa de próprio punho (fls. 170-172), sobrevivendo Relatório Final elaborado pela comissão processante, que concluiu, em relação a ela, o seguinte:

(...)

74.4 - As alegações da servidora **Márcia Denise Farias Lino**, Agente Administrativo, Matrícula n. 0.934.472, em sua defesa, apresentam-se em síntese:

Que procedia na forma que foi orientada pela servidora *Regina Celi Domingues*, conforme já reportado no presente Relatório;

Juntou outros processos em que consta o mesmo procedimento, inclusive, formalizados pelo servidor *José Jailson Ferreira*;

Que o Sr. *Iray Lourenço Ruiz* prestava serviços para o Instituto há anos, cujas Empresas concorrentes são as mesmas das constantes nas contratações anexadas aos presentes autos, que se apresentam com irregularidades.

Efetivamente a apresentação desses processos e fatos por parte da servidora comprovam o mesmo procedimento anteriormente à sua atuação no Setor, o que não é suficiente para isentá-la de responsabilidade pelas contratações efetuadas na forma constante da Ultimação de Instrução.

(...) (fls. 91-93).

Encaminhado o Relatório Final à Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social e, posteriormente, ao Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, foi editada a Portaria n. 7.249, publicada em 14 de julho de 2000, vazada nos seguintes termos:

O Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, no uso das atribuições que lhe foram delegadas pelo art. 1º, inciso I, do Decreto n. 3.035, de 27 de abril de 1999, de acordo com os artigos 117, incisos IX e XV, e 132, incisos IV e XIII, ambos da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e tendo em vista o que consta do Processo n. 35.366.004098/95-71, resolve:

N. 7.249 - Demitir *Márcia Denise Farias Lino*, matrícula *Siape* n. 0934.472, do cargo de agente administrativo do quadro de pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS-SP, por se valer do cargo para lograr proveito de outrem em detrimento da dignidade da função pública, por proceder de forma desidiosa e pela prática de improbidade administrativa, aplicando-se, em consequência, no que couber, as disposições dos arts. 136 e 137, *caput* e parágrafo único da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. (fl. 15).

Rejeito, de início, a preliminar de inépcia da inicial suscitada pela autoridade apontada como coatora, por ser possível identificar, da narração dos fatos constantes da exordial e da sua conclusão, as partes, a causa de pedir e o pedido, ensejando ao réu o pleno exercício de sua defesa.

No mais, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, é firme no sentido

de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

In casu, alega a impetrante, em primeiro lugar, a nulidade da portaria demissória, por inexistência de violação da Lei n. 8.666/1993, ao argumento de que os contratos investigados pela Comissão Processante enquadravam-se na hipótese de dispensa de licitação, não havendo falar, assim, em inibição do caráter competitivo do certame.

Olvidou-se a impetrante, contudo, de observar que sua demissão se deu em razão da violação das proibições constantes dos incisos IX e XV do artigo 117 da Lei n. 8.112/1990, bem como dos incisos IV e XIII do artigo 132 do mesmo diploma legal, cujos termos são os seguintes, respectivamente:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

(...)

XV - proceder de forma desidiosa;

(...)

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

(...)

IV - improbidade administrativa;

(...)

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

De tanto, resulta que a alegada inexistência de violação da Lei de Licitações é desinfluyente no julgamento do *mandamus*, ao menos no que se refere à demissão da impetrante, na exata medida em que sua demissão se deu por se valer do cargo para lograr proveito de outrem em detrimento da dignidade da função pública, por proceder de forma desidiosa e pela prática de improbidade administrativa e, não, como quer fazer, crer, por haver frustrado o caráter competitivo da licitação, que, aliás, constitui crime previsto no artigo 90 da Lei n. 8.666/1993, *verbis*:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de

obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Veja-se, a propósito, mais uma vez, o inteiro teor da Portaria inquinada de ilegal pela impetrante:

O *Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social*, no uso das atribuições que lhe foram delegadas pelo art. 1º, inciso I, do Decreto n. 3.035, de 27 de abril de 1999, de acordo com os artigos 117, incisos IX e XV, e 132, incisos IV e XIII, ambos da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e tendo em vista o que consta do Processo n. 35.366.004098/95-71, resolve:

N. 7.249 - Demitir *Márcia Denise Farias Lino*, matrícula *Siape* n. 0934.472, do cargo de agente administrativo do quadro de pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social –INSS-SP, por se valer do cargo para lograr proveito de outrem em detrimento da dignidade da função pública, por proceder de forma desidiosa e pela prática de improbidade administrativa, aplicando-se, em consequência, no que couber, as disposições dos arts. 136 e 137, *caput* e parágrafo único da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. (fl. 15).

No que diz respeito à ocorrência de cerceamento de defesa, é de se reconhecer que durante a instrução do inquérito, a impetrante não se viu acompanhar de defensor constituído, que, a nosso ver, é imperativo constitucional, com o qual não se compatibiliza a auto-defesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito.

É que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, estabelece 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;” (nossos os grifos).

O artigo 133, também da Carta Magna, por sua vez, preceitua que “O advogado é *indispensável à administração da justiça*, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” (nossos os grifos).

E o Excelso Supremo Tribunal Federal já decidiu que ampla defesa significa dar ao réu todas as oportunidades e meios que a lei lhe propicia para defesa (RT 688/384).

A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, por óbvio, é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo

judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os *acusados em geral*.

Confira-se, nesse sentido, o magistério do Professor Celso Ribeiro Bastos:

(...)

A defesa dentro do âmbito jurisdicional implica também a assistência de um advogado.

Em um primeiro momento, a escolha e a contratação deste profissional cabem ao próprio réu. Caso contudo não se venha a dar a constituição de um causídico, ao Estado se traslada este dever. É interessante notar como mesmo nas legislações da antigüidade já se encontravam os indícios do defensor dativo. É que a figura deste não cumpre um papel apenas relativo ao réu, mas sim à própria tutela processual objetiva, pelo que se é levado a concluir que a nomeação de um defensor oficioso impõe-se mesmo nos casos de oposição do réu.

(...)

A assistência do defensor é um direito do acusado, em todos os atos do processo sendo obrigatória, independentemente da vontade dele. Não basta portanto que haja um defensor nem é suficiente que este se limite a participar formalmente do processo. É necessário que da sua atividade se extraia uma defesa substantiva do acusado. Em caso contrário, o juiz há de considerar que esta não se dá *pro reo*, mas sim na tutela da jurisdição. Por vezes o ingresso do advogado nos autos não se traduz em uma apresentação de elementos consubstanciadores de algo suscetível de ser tido como uma peça que vise a absolvição do réu ou ao menos o abrandamento da sua condenação. Estas exigências de uma defesa real, substantiva, impõem-se a nosso ver mesmo nos casos em que o réu, por ser advogado, resolva assumir a sua própria defesa. (*in* Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, ed. Saraiva, p. 270-271).

E também o “*Direito de Ampla Defesa e Processo Administrativo*”, *verbis*:

(...)

4.5. O interessado tem o direito de ser assistido por advogado, que atuará em sua defesa. Este, amparado na Lei n. 4.215/1963, terá o livre exercício profissional, gozando de todas as prerrogativas auferidas pelo Estatuto dos Advogados, pleiteando ou fazendo impugnações, falando por escrito nos autos, participando das audiências, para as quais deverá ser intimado, ou retirando os autos da repartição, nos momentos próprios, para exame e manifestação.

A administração, ainda, tem por obrigação proporcionar ao advogado, que atua na defesa do administrado, condições para exercer as prerrogativas estatutárias, fornecendo-lhe local adequado e dispensando-lhe atendimento compatível com o *munus* público que exerce, sob pena de obstaculizar o direito de ampla defesa.

5. Conclusões

Os processos administrativos são, segundo o critério da juridicidade, de natureza contenciosa ou graciosa e a atuação do administrado é delimitada pela natureza do processo;

Nos processos administrativos de natureza contenciosa há que se proporcionar ao envolvido, oportunidade de exercício da ampla defesa, nos termos preconizados pela Constituição Federal;

O exercício da ampla defesa, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal, não se limita ao princípio do contraditório, pois, se traduz na ampla participação do administrado, no processo, segundo os princípios do direito processual.

Finalizando, embora inexistente, em nosso regramento, normas específicas para disciplinar o processo administrativo, encontramos em nossa legislação e, agora, com mais atenção, nos princípios constitucionais erigidos na atual Carta, todos os meios assecuratórios de ampla defesa no processo administrativo. Basta exercitá-los. A inscrição constitucional desse direito, além de conferir cogência para aplicação em todas as esferas da Administração, ante a relevância da matéria, não inibe o controle judicial da ampla defesa, até a mais Alta instância. (José Carlos Peres de Souza, Leili Odete Campos Izumida de Almeida, Procuradores do Município de São Paulo, *in* RT 695/81-82).

Tenho, assim, como configurada, na espécie, a ocorrência de cerceamento de defesa da impetrante, eis que não se viu acompanhada de advogado, conforme a própria Administração afirmou, nem lhe foi designado defensor dativo, mostrando-se caracterizadas a violação da garantia constitucional da ampla defesa e, conseqüentemente, a nulidade do processo administrativo que produziu a demissão da impetrante.

Vejam-se, a propósito, o seguinte precedente da 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça, da minha Relatoria:

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa e inobservância do devido processo legal. Ocorrência. Inquérito administrativo. Ausência de contraditório.

1. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

(...)

7. *Corolário do princípio da ampla defesa, é obrigatória a presença de advogado constituído ou defensor dativo na instrução do processo administrativo-disciplinar.*

8. Ordem concedida. (MS n. 7.074-DF, *in* DJ 7.10.2002 - nossos os grifos).

Não fosse o bastante para a concessão da segurança, e o é, impõe-se anotar que, conquanto inexistia nos autos prova pré-constituída de que a autoridade coatora, ao aplicar a pena de demissão, teria inobservado o princípio da individualização da pena e da proporcionalidade, inculpidos no artigo 128 da Lei n. 8.112/1990, esta Egrégia 3ª Seção, ao julgar o MS n. 7.077-DF, no qual foi Relator o eminente Ministro Edson Vidigal, concedeu ordem de segurança a uma das servidoras demitidas no mesmo processo administrativo a que respondeu a ora impetrante, em acórdão assim ementado:

Administrativo. Servidor público. Demissão. Mandado de segurança.

1. A aplicação genérica e indiscriminada da sanção máxima aos servidores envolvidos em processo administrativo, sem que observada a diversidade das condutas praticadas, fere os princípios da individualização e da proporcionalidade da reprimenda. Precedente da eg. 3ª Seção.

2. A decisão que aplica a pena de demissão, não obstante conclusão favorável ao servidor oferecida pela Comissão responsável há que ser fundamentada, especificando o julgador os motivos que fundamentaram o seu convencimento (Lei n. 8.112/1990, art. 168).

3. "Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes, e os antecedentes funcionais" (Lei n. 8.112/1990, art. 128).

4. É direito, senão dever da Administração, impor sanções a seus funcionários faltosos, desde que observadas as determinações legais pertinentes.

5. Segurança concedida. (in DJ 11.6.2001).

Pelo exposto, concedo a ordem para, sem prejuízo de instauração de novo inquérito administrativo, declarar nula a Portaria n. 7.249, de 14 de julho de 2000, da lavra do Exmo Sr. Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, reintegrando a impetrante ao cargo que anteriormente ocupava.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Senhor Presidente, pedi vista dos autos em razão de um precedente de que fui Relator. Trata-se de servidor público que se apresentou como capaz para se defender, porque era consultor, perito e possuía uma série de outras qualidades.

Entendi, assim como a Corte Especial, que não se exige, necessariamente, advogado se a pessoa se diz habilitada para a defesa.

Neste caso, o Senhor Ministro-Relator constatou que não houve defesa eficaz. Teria havido falha no procedimento administrativo. Daí porque S. Exa. concedeu a segurança.

Examinei a hipótese, considerando o precedente. Neste caso, as circunstâncias são diversas. Uma singela funcionária pública fez a defesa sem os arroubos daquele outro caso.

Acompanho o voto do Senhor Ministro-Relator, concedendo a segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 9.201-DF (2003/0136179-2)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Gilmar Helder Fonseca Lucas

Advogado: Vivian Helena Carvalho Bernardes

Impetrado: Ministro de Estado da Saúde

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança preventivo. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo. Precedentes desta Corte. Ordem concedida.

1. Somente após a fase instrutória se mostra necessária a descrição pormenorizada do fato ilícito, bem como a sua devida tipificação, procedendo-se, conforme o caso, o indiciamento do servidor, na forma do art. 161, *caput*, da Lei n. 8.112/1990.

2. A Autoridade impetrada, competente para aplicar a penalidade administrativa, vincula-se aos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar e não à capitulação legal proposta pela Comissão de Processante ou aos pareceres ofertados pelos agentes auxiliares, podendo, inclusive, deles discordar, desde que fundamente seu entendimento. “O indiciado em processo disciplinar se defende contra os fatos ilícitos que lhe são imputados, podendo a autoridade

administrativa adotar capitulação legal diversa da que lhes deu a Comissão de inquérito, sem que implique cerceamento de defesa” (Cf.: MS n. 20.335-DF, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 105-66).

3. Na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, circunstância, que, a luz dos precedentes desta Corte de Justiça, elementar à garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. Precedente desta Corte.

4. Ordem concedida para que o Ministro de Estado da Saúde se abstenha de emitir portaria demissória do ora Impetrante em razão dos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar n. 25265.007811/2002-21, em decorrência de sua nulidade, sem prejuízo de instauração de novo procedimento, com observância das formalidades legais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Arnaldo Esteves Lima, Nilson Naves, José Arnaldo da Fonseca, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 8 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 18.10.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido liminar, impetrado por *Gilmar Helder Fonseca Lucas*,

contra ato que poderá vir a ser praticado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Saúde, em razão do Processo Administrativo Disciplinar n. 25265.007811/2002-21, consistente na imposição de pena de demissão do cargo de motorista oficial do quadro de pessoal da Fundação Nacional de Saúde - Funasa.

Infere-se dos autos que o Impetrante teve instaurado contra si, no âmbito da Funasa, o referido Processo Administrativo Disciplinar, visando apurar denúncia de irregularidades que lhe foram atribuídas, assim como aos servidores Elton de Oliveira Tavares e Valmor Belardinelli, caracterizadas pelos seguintes fatos: retirada do veículo oficial de placa IGS-0712, em dias que não havia expediente na repartição; o uso e o abastecimento do citado veículo para fins particulares, sem a devida autorização.

Após o seu regular desenvolvimento, a Comissão Processante concluiu pela responsabilização dos servidores, remetendo os autos à decisão do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Saúde, para a graduação da penalidade cabível.

Alega o Impetrante, no presente *mandamus*, a ocorrência das seguintes nulidades no processo administrativo disciplinar:

a) violação ao seu direito constitucional de ampla defesa, já que “não foi assistido por advogado, por não poder arcar com os honorários advocatícios, o que deveria ter sido sanado pela Comissão indicando advogado dativo para defesa do ora impetrante, pelo menos a partir da fase do inquérito.”

b) que não consta do mandado de citação os motivos pelos quais foi indiciado. “Situação irregular, pois o mandado de citação deveria conter os dispositivos legais em que o impetrante foi enquadrado pela Comissão”.

c) que a Comissão Processante não considerou provas testemunhais e documentais juntadas aos autos, além de não ter indicado em seu Relatório final as penalidades a que os indiciados estariam sujeitos.

d) divergência entre a pena proposta nas conclusões da Comissão processante e a sugerida pela Procuradoria-Geral Federal da Funasa: “(...) O processo administrativo foi encaminhado à Procuradoria-Geral Federal – Funasa para parecer (fls. 602-608). Tal relatório é totalmente descabido. Além de só repetido o que havia nos relatórios anteriores, muda a pena do impetrante, sem fundamentar e sem mudar a tipificação.” (fl. 8).

e) “Sendo o impetrante servidor do Ministério da Saúde e apurada qualquer irregularidade por ele cometida teria que se processado e julgado por comissão designada pelo Ministério da Saúde.” (fl. 9).

Pugna, pelos motivos acima elencados, para que se julgue procedente a presente ação mandamental para anular o Processo Administrativo n. 25265.007.811/2002-21.

Requer, por fim, o benefício da assistência judiciária gratuita, para tanto, junta comprovante de rendimento e declaração, nos termos da Lei n. 1.060/1950.

A Presidência desta Corte indeferiu o benefício de assistência judiciária, bem como solicitou informações, antes de apreciar o pedido de medida liminar.

Informações prestadas às fls. 24-33 dos autos.

Liminar indeferida consoante decisão de fls. 35-36.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança, em parecer ementado nos seguintes termos:

Mandado de segurança preventivo. Direito Administrativo. Processo administrativo disciplinar contra servidor do Ministério da Saúde cedido à Fundação Nacional de Saúde. Impetração contra ato do Ministro da Saúde, signatário de eventual decisão que venha a lhe impor pena de demissão. Argüição de violação ao princípio da ampla defesa. Inocorrência. Tramitação regular do processo disciplinar, respeitadas as garantias constitucionais para o exercício do direito de defesa. Alegação de que a Comissão Processante não teria considerado as provas colhidas nos autos do processo administrativo disciplinar, alegadamente capazes de afastar a pena demissória sugerida. Pretensão por dilação probatória. Descabimento em sede mandamental. Insubmissão da autoridade administrativa ao parecer da Comissão Processante. Aplicação da penalidade mais grave, desde que motivada e fundamentada. Jurisprudência dessa Colenda Corte. Argüição de incompetência da Comissão Processante para apurar o ilícito praticado. Indemonstração. Art. 143 da Lei n. 8.112/1990. Processo disciplinar instaurado pela autoridade que primeiro teve conhecimento da irregularidade imputada ao impetrante. Direito líquido e certo não configurado. Parecer pela denegação da segurança, na ausência dos indispensáveis pressupostos de concessividade.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Consoante anteriormente relatado, Gilmar Helder Fonseca Lucas se insurge preventivamente contra ato futuro do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Saúde, consistente na imposição de pena de demissão do cargo de motorista oficial do quadro de pessoal da Fundação

Nacional de Saúde – Funasa, em razão do Processo Administrativo Disciplinar n. 25265.007811/2002-21, instaurado com o fim de apurar irregularidades, caracterizadas na retirada do veículo oficial de placa IGS-0712, fora do horário de expediente, para uso particular, assim como o respectivo abastecimento, inexistindo, para tanto, prévia autorização superior.

De início, assinalo que não merece prosperar o *writ* no tocante à suposta nulidade da Portaria instauradora do processo administrativo, relativa à ausência de descrição da conduta do Impetrante, do dispositivo legal violado e da pena a que estaria sujeito. Consoante entendimento sedimentado nesta Corte, somente após a fase instrutória – onde são apurados os fatos, com a colheita das provas pertinentes – se mostra necessária a descrição pormenorizada do fato ilícito, bem como a sua devida tipificação, procedendo-se, conforme o caso, o indiciamento, na forma do art. 161, *caput*, da Lei n. 8.112/1990.

Quanto ao tema, colaciono os seguintes julgados desta Corte:

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa e inobservância do devido processo legal. Ocorrência. Inquérito administrativo. Ausência de contraditório.

1. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

2. *Na fase instrutória do inquérito administrativo, o servidor figura como acusado e, nessa situação, terá o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir contraprovas, reinquirir testemunhas, devendo, logo após, ser interrogado (artigos 156 a 159 da Lei n. 8.112/1990).*

3. *Somente depois de concluída a fase instrutória, onde o acusado terá direito à ampla defesa, é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicição do servidor, com a especificação dos fatos e das respectivas provas, sendo, então, na condição de indiciado, citado para apresentar defesa (artigo 161 da Lei n. 8.112/1990).*

4. *A “citação prévia” do impetrante supriu qualquer eventual irregularidade da Portaria instauradora do processo administrativo disciplinar, já que lhe possibilitou o exercício de defesa, identificando o acusado e os fatos a serem apurados, sendo certo, ainda, que a descrição minuciosa dos fatos, com a tipificação da falta cometida, tem momento próprio, qual seja, o do indiciamento do servidor.*

5. Da formalização tardia da acusação não restou inviabilizado o direito de ampla defesa do acusado, uma vez que teve ele vista dos autos, bem como lhe

foi oportunizado o direito de arrolar testemunhas e assistir aos depoimentos da única testemunha e dos outros três acusados, não lhe advindo qualquer prejuízo.

6. [...]

7. Corolário do princípio da ampla defesa, é obrigatória a presença de advogado constituído ou defensor dativo na instrução do processo administrativo-disciplinar.

8. Ordem concedida. (MS n. 7.074-DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 7.10.2002; sem grifo no original).

Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Portaria inaugural. Oitiva testemunhas. Intimação. Termo de indicição. Interrogatório. Imparcialidade. Fundamentação.

1 – A portaria de instauração do processo disciplinar e a citação do acusado prescindem de minuciosa descrição dos fatos imputados ao servidor, podendo se restringir, conforme o caso, a referências genéricas aos fatos.

(omissis).

Segurança denegada. (MS n. 7.736-DF, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 4.2.2002).

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Nulidades. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

1. Em se identificando os membros da comissão processante, inclusive o seu Presidente, o acusado, e os fatos a serem apurados, não há falar em ilegalidade da portaria instauradora do processo administrativo disciplinar.

2. *A descrição dos fatos, com a tipificação da falta cometida, tem momento próprio, qual seja, o do indiciamento do servidor (artigo 161, caput, da Lei n. 8.112/1990).*

3. Não há óbice legal a que a comissão seja composta por quatro servidores, dê que três deles a integrem na qualidade de membro e um na qualidade de secretário. Inteligência do artigo 149 da Lei n. 8.112/1990.

4. Não há falar em violação do devido processo legal e da ampla defesa se ao imputado, pela via intimatória, se oportunizou, por vezes seguidas, vista dos autos, indicação de testemunhas e ofertamento de defesa, após sua indicição.

5. "O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos." (artigo 156, parágrafo 1º, da Lei n. 8.112/1990).

6. Ordem denegada. (MS n. 8.146-DF, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 17.3.2003; sem grifo no original).

Outrossim, não há que se cogitar em nulidade do procedimento em razão da divergência havida entre a conclusão da Comissão Processante e a penalidade sugerida pela Procuradoria-Geral Federal da Funasa.

A Autoridade ora impetrada, competente para aplicar a penalidade administrativa, vincula-se aos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar e não à capitulação legal proposta pela Comissão de Processante ou aos pareceres ofertados pelos agentes auxiliares, podendo, inclusive, deles discordar, desde que fundamente seu entendimento. Nesse sentido: MS n. 8.184-DF, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 29.3.2004 e MS n. 6.663-DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 2.10.2000.

Ademais, impende esclarecer que “o indiciado em processo disciplinar se defende contra os fatos ilícitos que lhe são imputados, podendo a autoridade administrativa adotar capitulação legal diversa da que lhes deu a Comissão de inquérito, sem que implique cerceamento de defesa” (Cf.: MS n. 20.335-DF, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 105/66).

Cumpra afastar ainda à suposta incompetência da Comissão instituída pela Portaria n. 114, publicada no Boletim de Serviço n. 35, de 30.8.2002, para apurar a falta disciplinar imputada ao ora Impetrante.

A instauração do Processo Administrativo Disciplinar e a nomeação da Comissão Processante foram firmadas pelo Coordenador Regional da Fundação Nacional da Saúde no Rio Grande do Sul – primeira autoridade a ter ciência dos fatos irregulares apontados –, nos termos do disposto no art. 143 da Lei n. 8.112/1990. De outro lado, os fatos foram apurados na repartição onde cometidas as infrações, órgão da estrutura do Ministério da Saúde.

Entretanto, forçoso reconhecer a ocorrência de cerceamento de defesa suficiente para macular o respectivo procedimento, pois, na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com advogado constituído ou defensor dativo – imperativo constitucional a 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.

Nesse sentido, registrem-se as conclusões do eminente Ministro Hamilton Carvalhido, no julgamento do MS n. 7.078-DF, publicado no DJ de 9.12.2003, *litteris*:

[...] o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, estabelece que “aos litigantes e processo administrativo, e aos acusados em geral *são assegurados o contraditório e ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes;” (nossos os grifos).

O artigo 133, também da Carta Magna, por sua vez, preceitua que “O advogado é *indispensável à administração da justiça*, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” (nossos os grifos).

E o Excelso Supremo Tribunal Federal já decidiu que ampla defesa significa dar ao réu todas as oportunidades e meios que a lei lhe propicia para defesa (RT 688/384).

A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, por óbvio, é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os *acusados em geral*.

Confira-se, nesse sentido, o magistério do Professor Celso Ribeiro Bastos:

(...)

A defesa dentro do âmbito jurisdicional implica também a assistência de um advogado.

Em um primeiro momento, a escolha e a contratação deste profissional cabem ao próprio réu. Caso contudo não se venha a dar a constituição de um causídico, ao Estado se traslada este dever. É interessante notar como mesmo nas legislações da antigüidade já se encontravam os indícios do defensor dativo. É que a figura deste não cumpre um papel apenas relativo ao réu, mas sim à própria tutela processual objetiva, pelo que se é levado a concluir que a nomeação de um defensor oficioso impõe-se mesmo nos casos de oposição do réu.

(...)

A assistência do defensor é um direito do acusado, em todos os atos do processo sendo obrigatória, independentemente da vontade dele. Não basta portanto que haja um defensor nem é suficiente que este se limite a participar formalmente do processo. É necessário que da sua atividade se extraia uma defesa substantiva do acusado. Em caso contrário, o juiz há de considerar que esta não se dá *pro reo*, mas sim na tutela da jurisdição. Por vezes o ingresso do advogado nos autos não se traduz em uma apresentação de elementos consubstanciadores de algo suscetível de ser tido como uma peça que vise a absolvição do réu ou ao menos o abrandamento da sua condenação. Estas exigências de uma defesa real, substantiva, impõem-se a nosso ver mesmo nos casos em que o réu, por ser advogado, resolva assumir a sua própria defesa. (*in* Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, ed. Saraiva, p. 270-271).

E também o "Direito de Ampla Defesa e Processo Administrativo", *verbis*:

(...)

4.5. O interessado tem o direito de ser assistido por advogado, que atuará em sua defesa. Este, amparado na Lei n. 4.215/1963, terá o livre

exercício profissional, gozando de todas as prerrogativas auferidas pelo Estatuto dos Advogados, pleiteando ou fazendo impugnações, falando por escrito nos autos, participando das audiências, para as quais deverá ser intimado, ou retirando os autos da repartição, nos momentos próprios, para exame e manifestação.

A administração, ainda, tem por obrigação proporcionar ao advogado, que atua na defesa do administrado, condições para exercer as prerrogativas estatutárias, fornecendo-lhe local adequado e dispensando-lhe atendimento compatível com o *munus* público que exerce, sob pena de obstaculizar o direito de ampla defesa.

5. Conclusões

Os processos administrativos são, segundo o critério da juridicidade, de natureza contenciosa ou graciosa e a atuação do administrado é delimitada pela natureza do processo;

Nos processos administrativos de natureza contenciosa há que se proporcionar ao envolvido, oportunidade de exercício da ampla defesa, nos termos preconizados pela Constituição Federal;

O exercício da ampla defesa, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal, não se limita ao princípio do contraditório, pois, se traduz na ampla participação do administrado, no processo, segundo os princípios do direito processual.

Finalizando, embora inexistente, em nosso regramento, normas específicas para disciplinar o processo administrativo, encontramos em nossa legislação e, agora, com mais atenção, nos princípios constitucionais erigidos na atual Carta, todos os meios assecuratórios de ampla defesa no processo administrativo. Basta exercitá-los. A inscrição constitucional desse direito, além de conferir cogência para aplicação em todas as esferas da Administração, ante a relevância da matéria, não inibe o controle judicial da ampla defesa, até a mais Alta instância. (José Carlos Peres de Souza, Leili Odete Campos Izumida de Almeida, Procuradores do Município de São Paulo, *in* RT 695/81-82).

Restando caracterizada a violação da garantia constitucional da ampla defesa entendo, conseqüentemente, que o Procedimento Administrativo em análise é nulo, assim como a punição que dele possa decorrer.

No que se refere à alegação de que a Comissão Processante não considerou a “provas testemunhais e documentais juntadas aos autos, além de não ter indicado em seu Relatório final as penalidades a que os indiciados estariam sujeitos”, anoto ter restado prejudicada a análise deste ponto, em decorrência das referidas anulações. Mais não há que se perquirir.

Ante o exposto, *concedo* a segurança para que o Ministro de Estado da Saúde se abstenha de emitir portaria demissória do ora Impetrante em razão dos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar n. 25265.007811/2002-21, em decorrência de sua nulidade, sem prejuízo de instauração de novo procedimento, com observância das formalidades legais.

Custas *ex lege*.

Sem honorários advocatícios, nos termos das Súmulas n. 512-STF e n. 105-STJ.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.565-DF (2005/0060850-9)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Renato Pereira da Costa

Advogado: José Edson Dermeval de Queiroz e outros

Impetrado: Ministro de Estado da Previdência Social

EMENTA

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Ausência de defesa por advogado e defensor dativo. Cerceamento de defesa. Ocorrência

I - “A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas também os *acusados em geral*” (Precedentes).

II - Independentemente de defesa pessoal, é indispensável a nomeação de defensor dativo, em respeito à ampla defesa.

III - Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa, Arnaldo Esteves Lima e Nilson Naves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 8 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 13.3.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por *Renato Pereira da Costa* contra ato praticado pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Previdência Social, consistente na edição da Portaria n. 141, publicada no DOU de 4 de fevereiro de 2005, que culminou na aplicação da pena de demissão em sede de processo administrativo disciplinar.

O impetrante sustenta a nulidade do ato demissionário, tendo em vista que “(i) não foi assistido por advogado, nem lhe foi nomeado defensor dativo, e (ii) a penalidade imposta pela autoridade julgadora suplantou a que foi sugerida pela Comissão Processante, mas não foi dada oportunidade para o impetrante se manifestar acerca deste agravamento, o que fere o disposto no art. 64, parágrafo único da Lei n. 9.784/1999.” (fl. 04).

À fl. 598, o pedido de liminar foi indeferido.

Nas informações, a autoridade apontada como coatora observa que o art. 156, da Lei n. 8.112/1990, faculta ao servidor acompanhar o processo pessoalmente, “ou seja, a lei não obriga a presença de procurador constituído.” (fl. 608). Quanto à ausência de defensor dativo, “é imprescindível dizer que a lei reclama a presença desta figura processual quando se tratar de processo onde o indiciado se tornou revel citado por edital” (fl. 611), o que não ocorreu na espécie.

Alega, ainda, que “não é impossível o agravamento da pena pela autoridade julgadora”, vez que o art. 168, parágrafo único, da Lei n. 8.112/1990 é expressa

nesse sentido. Finalmente, quanto a alegação de afronta ao art. 64, da Lei n. 9.784/1999, a autoridade apontada como coatora afirma que o “referido dispositivo cuida do julgamento de recurso, que não é a hipótese dos autos, onde a Autoridade titular do Ministério da Previdência decidiu originariamente, eis que é de sua competência aplicação da penalidade de suspensão.” (fl. 618).

A d. Subprocuradora-Geral da República, às fls. 632-637, opina pela denegação da ordem, com base nos seguintes fundamentos:

Recurso em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Excesso de prazo. Agravamento da pena. Ausência de advogado.

1. A defesa técnica por advogado é uma faculdade do acusado no processo administrativo, sendo imposto de ofício apenas nos casos de revelia. O servidor impetrante exerceu pessoalmente sua defesa, que foi apresentada por escrito, e não manifestou interesse em constituir advogado, apesar de cientificado de que poderia fazê-lo. A Lei n. 8.112/1990, em seu artigo 156, assegura ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador.

2. Não há ilegalidade no ato da autoridade competente que rejeita a capitulação legal dos fatos apurados pela comissão disciplinar. A autoridade administrativa julgadora é a competente para apreciar os fatos, ante às provas coligidas e a defesa apresentada, e não se vincula à capitulação proposta pela comissão processante.

3. Não houve inércia da administração na aplicação da penalidade imposta. A pena cominada foi registrada nos assentamentos funcionais e deixou de ser efetivada porque já estava demitido o servidor. Anulada a demissão anterior, impõe-se a aplicação da pena posteriormente cominada posto que esta mantém sua eficácia.

4. É entendimento pacificado que a extrapolação do prazo previsto no artigo 152 da Lei n. 8.112/1990 somente acarretará a nulidade do processo administrativo quando restar efetivamente demonstrado que o atraso gerou prejuízo à defesa do servidor acusado.

5. Pela denegação da ordem (fls. 632-633).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O impetrante volta-se contra o ato que o demitiu do serviço público federal, após a tramitação de processo

administrativo disciplinar. Conforme consta da exordial, dois aspectos são questionados, quais sejam:

Isto porque houve nulidades insanáveis no processo disciplinar de que se trata, uma vez que o impetrante (i) não foi assistido por advogado, nem lhe foi nomeado defensor dativo, e (ii) a penalidade imposta pela autoridade julgadora suplantou a que foi sugerida pela Comissão Processante, mas não foi dada oportunidade para o impetrante se manifestar acerca deste agravamento, o que fere o disposto no art. 64, parágrafo único da Lei n. 9.784/1999. (fl. 04). (grifei).

De acordo com os próprios documentos apresentados pelo impetrante, verifica-se que ele acompanhou o transcurso do processo administrativo disciplinar, o que se constata pelos seguintes fatos: (a) à fl. 537, o impetrante assina a ata relativa à declaração da testemunha Luiz Antônio da Cunha; b) às fls. 558-559, o impetrante apresenta e assina a sua defesa nos autos relativos ao processo administrativo disciplinar.

É incontroverso, portanto, que o impetrante não foi revel.

Ocorre que esta e. Corte já se manifestou no sentido de que independentemente da defesa pessoal, é indispensável a atuação de advogado, sob pena de se declarar a nulidade de todo o processo. Eis alguns julgados a respeito:

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

2. Ordem concedida.

(MS n. 7.078-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 9.12.2003).

Nesse julgamento, o e. Ministro Hamilton Carvalhido, Relator, observou:

No que diz respeito à ocorrência de cerceamento de defesa, é de se reconhecer que durante a instrução do inquérito, a impetrante não se viu acompanhar de defensor constituído, que, a nosso ver, é imperativo constitucional, com o qual não se compatibiliza a auto-defesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito.

É que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, estabelece 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;" (nossos os grifos).

O artigo 133, também da Carta Magna, por sua vez, preceitua que "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." (nossos os grifos).

E o Excelso Supremo Tribunal Federal já decidiu que ampla defesa significa dar ao réu todas as oportunidades e meios que a lei lhe propicia para defesa (RT 688/384).

A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, por óbvio, é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os *acusados em geral*.

Confira-se, nesse sentido, o magistério do Professor Celso Ribeiro Bastos:

(...)

A defesa dentro do âmbito jurisdicional implica também a assistência de um advogado.

Em um primeiro momento, a escolha e a contratação deste profissional cabem ao próprio réu. Caso contudo não se venha a dar a constituição de um causídico, ao Estado se traslada este dever. É interessante notar como mesmo nas legislações da antigüidade já se encontravam os indícios do defensor dativo. É que a figura deste não cumpre um papel apenas relativo ao réu, mas sim à própria tutela processual objetiva, pelo que se é levado a concluir que a nomeação de um defensor oficioso impõe-se mesmo nos casos de oposição do réu.

(...)

A assistência do defensor é um direito do acusado, em todos os atos do processo sendo obrigatória, independentemente da vontade dele. Não basta portanto que haja um defensor nem é suficiente que este se limite a participar formalmente do processo. É necessário que da sua atividade se extraia uma defesa substantiva do acusado. Em caso contrário, o juiz há de considerar que esta não se dá *pro reo*, mas sim na tutela da jurisdição. Por vezes o ingresso do advogado nos autos não se traduz em uma apresentação de elementos consubstanciadores de algo suscetível de ser tido como uma peça que vise a absolvição do réu ou ao menos o abrandamento da sua condenação. Estas exigências de uma defesa real, substantiva, impõem-se a nosso ver mesmo nos casos em que o réu, por ser advogado, resolva assumir a sua própria defesa. (*in* Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, ed. Saraiva, p. 270-271).

Em outra oportunidade, confirmou-se o entendimento acima:

Administrativo. Mandado de segurança preventivo. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo. Precedentes desta Corte. Ordem concedida.

1. Somente após a fase instrutória se mostra necessária a descrição pormenorizada do fato ilícito, bem como a sua devida tipificação, procedendo-se, conforme o caso, o indiciamento do servidor, na forma do art. 161, *caput*, da Lei n. 8.112/1990.

2. A Autoridade impetrada, competente para aplicar a penalidade administrativa, vincula-se aos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar e não à capitulação legal proposta pela Comissão de Processante ou aos pareceres ofertados pelos agentes auxiliares, podendo, inclusive, deles discordar, desde que fundamente seu entendimento. “O indiciado em processo disciplinar se defende contra os fatos ilícitos que lhe são imputados, podendo a autoridade administrativa adotar capitulação legal diversa da que lhes deu a Comissão de inquérito, sem que implique cerceamento de defesa” (Cf.: MS n. 20.335-DF, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 105/66).

3. Na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, circunstância, que, a luz dos precedentes desta Corte de Justiça, elementar à garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. Precedente desta Corte.

4. Ordem concedida para que o Ministro de Estado da Saúde se abstenha de emitir portaria demissória do ora Impetrante em razão dos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar n. 25265.007811/2002-21, em decorrência de sua nulidade, sem prejuízo de instauração de novo procedimento, com observância das formalidades legais.

(MS n. 9.201-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 18.10.2004).

Vê-se, pois, que deveria ter sido nomeado defensor dativo para o impetrante, uma vez que ele não nomeou advogado para defendê-lo.

Ante o exposto, concedo a segurança para que seja anulado o processo administrativo disciplinar que resultou na demissão do impetrante, haja vista a ausência de nomeação de defensor dativo, sem prejuízo de instauração de novo procedimento, com observância das formalidades legais.

É o voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.837-DF (2005/0120158-6)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Relator para o acórdão: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Luiz Carlos Pacheco de Lima

Advogado: Rômulo Sulz Gonsalves Junior e outros

Impetrado: Ministro de Estado Presidente do Banco Central do Brasil

EMENTA

Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo disciplinar. Defesa técnica constituída apenas na fase final do procedimento. Instrução realizada sem a presença do acusado. Inexistência de nomeação de defensor dativo. Princípios da ampla defesa e do devido processo legal inobservados. Direito líquido e certo evidenciado.

1. 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.

2. 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.

3. O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a oportunização 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. Precedentes.

4. Mandado de segurança concedido para declarar a nulidade do processo administrativo desde o início da fase instrutória e, por consequência, da penalidade aplicada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima concedendo a segurança, acompanhando a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Laurita Vaz e os votos dos Srs. Ministros Felix Fischer e Hamilton Carvalhido no mesmo sentido, por maioria, conceder a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator), que denegou a ordem. Votaram com a Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora para acórdão) os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Hamilton Carvalhido.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo Medina e Nilson Naves.

Vencido o Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator).

Brasília (DF), 28 de junho de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora p/ o acórdão

DJ 13.11.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, ajuizado por Luiz Carlos Pacheco de Lima contra ato do Presidente do Banco Central do Brasil consubstanciado na Portaria n. 30.184, de 31 de março de 2005, que cassou sua aposentadoria no cargo de analista da instituição por ter infringido, quando na atividade, o disposto nos arts. 116, IX, 117, IX, e 132, IV, da Lei n. 8.112/1990.

Pretende o impetrante a anulação do respectivo processo, sustentando, em síntese, ter ocorrido ofensa ao direito de ampla defesa, por não ter sido representado por profissional da advocacia durante a fase instrutória do

inquérito, bem como em razão do indeferimento, já na fase de defesa, dos pedidos de reinquirição de testemunhas e de produção de prova pericial.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 89-90).

Prestadas as informações, nessas a autoridade coatora alega, resumidamente, a regularidade do processo administrativo disciplinar, com observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, ressaltando não ter ocorrido nulidade pela falta de nomeação de defensor na fase de instrução, além do que o pedido de perícia formulado indeferido.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Segundo consta do relatório elaborado pela Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, o impetrante, Luiz Carlos Pacheco de Lima, então servidor ativo do Banco Central do Brasil, durante procedimento de fragmentação de numerário realizado nas dependências de unidade daquela autarquia federal no Rio de Janeiro, teria se apoderado de cédulas de R\$ 50,00 e R\$ 20,00, não se consumando o fato porque outro funcionário percebeu o ilícito e informou a chefia do ocorrido.

Com o ajuizamento do presente mandado de segurança, busca o impetrante a anulação do processo disciplinar administrativo e, conseqüentemente, do ato do Presidente do Banco Central do Brasil que cassou sua aposentoria, “por ter praticado, quando na atividade, irregularidade configuradora do descumprimento do dever previsto no art. 116, inciso IX (manter conduta compatível com a moralidade administrativa), bem como caracterizadora da infringência à proibição contida no art. 117, inciso IX (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da função pública), restando a ocorrência, ainda, enquadrada no art. 132, inciso IV) (improbidade administrativa), todos da Lei n. 8.112/1990, de 1990.”

A impetração, fundamentada em suposta violação do direito de ampla defesa, afirma que o servidor não foi representado por procurador constituído durante a fase de instrução do inquérito, além de terem sido indeferidos requerimentos formulados pela defesa concernentes à reinquirição de testemunhas e produção de prova pericial.

Não tem razão o impetrante.

Conforme prevê o artigo 151 da Lei n. 8.112/1990, o processo administrativo disciplinar se desenvolve em três fases distintas, a saber: a) instauração, com a publicação do ato que constitui a comissão; b) inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório e c) julgamento.

Já o artigo 153 do mesmo diploma, prevê que “o inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.”

E o artigo 156 garante ao servidor acusado “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.”

In casu, foram rigorosamente observados os dispositivos legais de regência, tendo o impetrante sido cientificado da instauração do processo, além de ter sido notificado para acompanhar pessoalmente ou por intermédio de advogado a inquirição de todas testemunhas, optando por comparecer a alguns dos depoimentos prestados e constituir advogado somente após o seu indiciamento formal.

A falta de procurador constituído durante a fase de instrução do inquérito não configura nulidade, pois ao servidor acusado foi dada a oportunidade de acompanhar o processo pessoalmente, ou por intermédio de procurador, não podendo, em razão de sua própria omissão, pretender ver reconhecida pretensa irregularidade a que teria dado causa.

No ponto, vale destacar o entendimento firmado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do MS n. 23.192-DF, DJU de 6.4.2001, que, afastando a alegação de inexistência de contraditório e ampla defesa em sede de processo administrativo disciplinar, asseverou:

É de se notar que o impetrante foi cientificado da instauração do processo e de que poderia acompanhar pessoalmente ou por defensor todos os atos e diligências; teve acesso aos autos e às provas, quando entendeu oportuno constituir advogado que ofereceu defesa escrita, tendo igualmente presenciado depoimentos de testemunhas. Não pode agora se valer de sua omissão em acompanhar diligências das quais teve ciências para inquirir de nulidade o processo.

Ainda sobre a presença obrigatória de procurador constituído no âmbito do processo administrativo, confira-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Agravamento regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória.

(AgRg no RE n. 244.027-SP, Relatora a Ministra *Ellen Gracie*, DJU de 28.6.2002).

De outro lado, não há que se falar em nomeação de defensor dativo, que se torna obrigatória diante da revelia do servidor após o seu indiciamento formal e citação para apresentação de defesa (artigo 164 da Lei n. 8.112/1990).

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Nulidade. Necessidade. Incidente de sanidade mental. Art. 160 da Lei n. 8.112/1990. Ausência. Cerceamento de defesa. Nomeação. Defensor dativo.

1. Não há falar em cerceamento decorrente da falta de nomeação de defensor dativo, previsto, tão-somente, em caso de revelia do indiciado ou quando houver recusa de sua parte de se encarregar da defesa (arts. 163 e 164 da Lei n. 8.112/1990).

2. A comissão de inquérito deve propor à autoridade competente a submissão da servidora à avaliação médica, quando, no curso do processo disciplinar, surja dúvida razoável acerca da sua sanidade mental, *ut* art. 160 da Lei n. 8.112/1990.

3. Segurança parcialmente concedida, subsistente a medida liminar.

Nesse mesmo sentido, anatem-se: MS n. 10.077-DF, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU de 2.3.2005 e MS n. 7.165-DF, Relator o Ministro Fontes de Alencar, DJU de 20.10.2003.

No tocante ao indeferimento dos pedidos formulados pela defesa, melhor sorte não assiste ao impetrante.

A teor do artigo 156, § 1º, da Lei n. 8.112/1990, “o presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.”

Assim, a par de expressa previsão legal, o indeferimento dos pedidos formulados na defesa apresentada pelo servidor indiciado ocorreu de forma motivada, valendo anotar o seguinte excerto do relatório final da comissão processante, *verbis*:

Quanto à perícia psicológica, cabia ao acusado trazer aos autos subsídios que comprovassem estar sob cuidados médicos, como já se disse na análise do item n. 1 da defesa; caberia ao acusado comprovar que não estava bem de saúde, de que se encontrava sob o acompanhamento de psiquiatra, psicólogo ou profissional similar médico da área de saúde mental. Viria a esta comissão, inclusive, acompanhado por pessoa de sua confiança.

Caberia em sua defesa escrita, por fim, trazer tal atestado médico ou declaração de insanidade mental ou diagnóstico de enfermidade mental que lhe reduzisse o discernimento.

Como já dito, o acusado assistiu a vários depoimentos, requereu peças constantes dos autos e agora, com fins procrastinatórios, requer perícia que ateste o seu estado mental no dia dos fatos apurados neste procedimento, que deixa de ser deferida por falta de subsídios motivadores e elementos fáticos para sua realização.

(...)

As provas em que se fundou esta Comissão de Processo Administrativo Disciplinar para formar seu convencimento são todos os depoimentos oferecidos com riqueza e pletora de detalhes, inclusive o depoimento do acusado, consistente, minucioso e caracterizado pela franqueza, sinceridade e espontaneidade. Aliás, o valor probante da prova testemunhal é exatamente caracterizado pela espontaneidade das respostas e a liberdade do depoimento, que se exige apenas correspondente à verdade sabida pelo depoente, tal como ocorreu neste processo. (fls. 55-56).

A propósito, confirmam-se:

A - Administrativo. Servidor público. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Ofensa ao devido processo legal. Portaria inaugural. Ausência de comprovação do prejuízo. Comissão disciplinar. Art. 149 da Lei n. 8.112/1990. *Writ* impetrado como forma de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar. Ordem denegada.

I – Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a portaria de instauração do processo disciplinar prescinde de minuciosa descrição dos fatos imputados, sendo certo que a exposição pormenorizada dos acontecimentos se mostra necessária somente quando do indiciamento do servidor. Precedentes.

II – Nos termos do artigo 149 da Lei n. 8.112/1990, o processo administrativo será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, exigindo que o Presidente deverá ocupar cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado, não havendo qualquer irregularidade no fato de a comissão ser composta por quatro servidores. Precedentes.

III - Aplicável o princípio do *pas de nullité sans grief*, pois a nulidade de ato processual exige a respectiva comprovação de prejuízo. *In casu*, o servidor teve pleno conhecimento dos motivos ensejadores da instauração do processo disciplinar. Houve, também, farta comprovação do respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, sendo certo que foi oportunizada ao indiciado vistas dos autos, indicação de testemunhas e apresentação de defesa.

IV - Consoante prevê o art. 156, § 1º da Lei n. 8.112/1990, "O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos."

V - Descabida a argüição de nulidades quando o *writ* é impetrado como forma derradeira de insatisfação com o robusto e conclusivo desfecho do do processo administrativo disciplinar.

VI - Ordem denegada.

(MS n. 8.297-DF, Relator o Ministro *Gilson Dipp*, DJU de 16.2.2004).

B- Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Nulidades. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

1. Em se identificando os membros da comissão processante, inclusive o seu Presidente, o acusado, e os fatos a serem apurados, não há falar em ilegalidade da portaria instauradora do processo administrativo disciplinar.

2. A descrição dos fatos, com a tipificação da falta cometida, tem momento próprio, qual seja, o do indiciamento do servidor (artigo 161, *caput*, da Lei n. 8.112/1990).

3. Não há óbice legal a que a comissão seja composta por quatro servidores, dêis que três deles a integrem na qualidade de membro e um na qualidade de secretário. Inteligência do artigo 149 da Lei n. 8.112/1990.

4. Não há falar em violação do devido processo legal e da ampla defesa se ao imputado, pela via intimatória, se oportunizou, por vezes seguidas, vista dos autos, indicação de testemunhas e ofertamento de defesa, após sua indicição.

5. "O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos." (artigo 156, parágrafo 1º, da Lei n. 8.112/1990).

6. Ordem denegada.

(MS n. 8.146-DF, Relator o Ministro *Hamilton Carvalho*, DJU de 17.3.2003).

Destarte, tendo a Administração se pautado pela estrita obediência ao procedimento disciplinar previsto na Lei n. 8.112/1990, não se pode reconhecer a ilegalidade apontada pelo impetrante e, por conseguinte, a liquidez e certeza do direito vindicado.

Ante o exposto, denego a segurança.

É como voto.

VOTO VENCEDOR

A Sra. Ministra Laurita Vaz: *Luiz Carlos Pacheco de Lima* impetrou mandado de segurança contra ato do *Ministro de Estado Presidente do Banco Central*, consubstanciado na alegação de inobservância do devido processo legal e da ampla defesa, aos fundamentos de que:

(i) Não houve, *data venia*, o exercício do contraditório e da ampla defesa, pois o advogado somente ingressou nos autos após o encerramento da instrução, contrariando assim direitos constitucionais indisponíveis do impetrante (fl. 06);

(ii) O acusado não constituiu advogado, não reinquiriu testemunhas, não apresentou a mais ténue defesa dos seus direitos. Não foi, principalmente, submetido a perícia médica para aferir o seu estado emocional no dia dos fatos, sua capacidade de discernimento da realidade e determinação diante desta (fl. 11);

(iii) sequer a regra da razoabilidade foi seguida pela autoridade julgadora, que preferiu aplicar a pena capital do estatuto do funcionário público, qual seja a cassação da aposentadoria, ao invés de outra menos radical, como a própria lei indica, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto (fl. 11);

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido da denegação da segurança (fls. 294-298).

O ilustre Relator, Ministro *Paulo Galotti*, proferiu voto pela denegação da ordem.

Pedi vista dos autos para melhor examiná-los.

Infere-se dos autos que o Impetrante foi processado e penalizado disciplinarmente com a cassação de sua aposentadoria, por haver, quando ainda em atividade, apoderado-se de numerário público não-utilizável, consistente em cédulas destinadas à destruição por fragmentação, não logrando êxito na empreitada por circunstâncias alheias à sua vontade, conduta que restou tipificada nos arts. 116, inciso IX, 117, inciso IX e 132, inciso IV, todos da Lei n. 8.112/1990.

Relativamente à tese de ofensa à ampla defesa e ao devido processo legal, cabe trazer à colação o seguinte trecho extraído das informações prestadas pela Autoridade Impetrada, *in verbis*:

A defesa no processo administrativo foi amplamente franqueada ao impetrante – foi ele intimado do depoimento de todas as testemunhas ouvidas desde o início das apurações até a últimação do processo – como se vê às fls. 12 e 73 do Proc. n. 0.401.273.367. Se não contratou advogado para acompanhá-lo no curso do processo, é porque certamente não se interessou. E se não contraditou as testemunhas, arguindo a suspeição do José Carlos (um dos depoentes) – que agora se apresenta, na avaliação da impetração, como inimigo fidagal do impetrante – nem reinquiriu as demais testemunhas, exigindo acareação, foi porque não julgou necessário, uma vez que acompanhou os depoimentos.

[...]

Quanto à perícia psicológica suscitada também pelo impetrante, cumpre trazer à colação a análise da comissão processante sobre esse ponto:

38. (...) cabia ao acusado trazer aos autos subsídios que comprovassem estar sob cuidados médicos, como já se disse na análise do item n. 1 da defesa; caberia ao acusado comprovar que não estava bem de saúde., de que se encontrava sob o acompanhamento de psiquiatra, psicólogo ou profissional similar médico da área de saúde mental. Viria esta comissão, inclusive, acompanhado por pessoa de sua confiança.

39. Caberia em sua defesa escrita, por fim, trazer tal atestado médico ou declaração de insanidade mental ou diagnóstico de enfermidade mental que lhe reduzisse o discernimento.

40. Como já dito, o acusado assistiu a vários depoimentos, requereu peças constantes dos autos e agora, com fins procrastinatórios, requer perícia que ateste o seu estado mental no dia dos fatos apurados neste procedimento, que deixa de ser deferida por falta de subsídios motivadores e elementos fáticos para a sua realização.” (Pt. 04001276667 - fls. 117-118);”

[...] (fl. 102).

Assiste razão ao Impetrante.

Conquanto lhe tenha sido oportunizado o acompanhamento de todo o processo pessoalmente ou por seu procurador legalmente constituído também durante a fase instrutória, tendo sido devidamente notificado para tanto (fl. 119), e inclusive comparecido a algumas oitivas de testemunhas, o Impetrante somente constituiu defensor após finda a instrução, já na fase da defesa final.

Cabe esclarecer que, no decorrer do inquérito administrativo, o servidor que figura como *acusado* tem o direito de acompanhar o processo, produzir contraprovas, reinquirir testemunhas, consoante estabelecem os arts. 156 e 159, § 2º, da Lei n. 8.112/1990, em cumprimento ao mandamento constitucional inserto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

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 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 *oportunização* 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.

Nesse sentido, os seguintes precedentes, um dos quais de minha relatoria:

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Ausência de defesa por advogado e defensor dativo. Cerceamento de defesa. Ocorrência.

I – “A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas também os acusados em geral” (Precedentes).

II - Independentemente de defesa pessoal, é indispensável a nomeação de defensor dativo, em respeito à ampla defesa.

III - Ordem concedida. (MS n. 10.565-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 13.3.2006).

Administrativo. Mandado de segurança preventivo. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo. Precedentes desta Corte. Ordem concedida.

[...]

3. Na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, circunstância, que, a luz dos precedentes desta Corte de Justiça, elementar à garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. Precedente desta Corte.

4. Ordem concedida para que o Ministro de Estado da Saúde se abstenha de emitir portaria demissória do ora Impetrante em razão dos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar n. 25265.007811/2002-21, em decorrência de sua nulidade, sem prejuízo de instauração de novo procedimento, com observância das formalidades legais. (MS n. 9.201-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 18.10.2004).

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

2. Ordem concedida. (MS n. 7.078-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ de 9.12.2003).

Constitucional e Administrativo. Policial militar. Processo administrativo disciplinar. Competência para aplicação de penalidade. Art. 125, § 4º da Constituição Federal. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Configuração. Ausência de advogado ou defensor dativo. Precedentes. Recurso conhecido e parcialmente provido.

[...]

II - O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, igualmente incidentes na esfera administrativa, têm por escopo propiciar ao servidor

oportunidade de oferecer resistência aos fatos que lhe são imputados, sendo obrigatória a presença de advogado constituído ou defensor dativo. Precedentes.

III - Não havendo a observância dos ditames previstos resta configurado o desrespeito aos princípios do devido processo legal, não havendo como subsistir a punição aplicada.

IV - A declaração da nulidade de parte do procedimento não obsta que a Administração Pública, após o novo término do processo administrativo disciplinar, aplique a penalidade adequada à eventual infração cometida.

V - Recurso conhecido e parcialmente provido para reformar o acórdão *a quo*, declarando-se a nulidade do processo administrativo, com a conseqüente anulação do ato que impôs a pena ao militar. (RMS n. 20.148-PE, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 27.3.2006).

Restando caracterizada a violação da garantia constitucional da ampla defesa, mister se faz a declaração da nulidade parcial do Processo Administrativo Disciplinar *sub examine*.

Em vista da nulidade ora proclamada, a impetração, no mais, mostra-se prejudicada.

Ante o exposto, dirijo do Relator para *conceder* a segurança, declarando a nulidade do processo administrativo desde o início da fase instrutória, e, por conseqüência, da penalidade aplicada.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de mandado de segurança impetrado por *Luiz Carlos Pacheco de Lima* contra ato do *Presidente do Banco Central do Brasil* que cassou sua aposentadoria no cargo de Analista daquela Instituição, por ter infringido, na atividade, o disposto nos arts. 116, IX, 117, IX, e 132, IV, da Lei n. 8.112/1990.

Após o voto do Ministro *Paulo Galloti*, relator, denegando a segurança, e do voto-vista da Ministra *Laurita Vaz*, concedendo a ordem, pedi vista dos autos para melhor reflexão a respeito da discussão que se instaurou, relacionada à nulidade de processo administrativo disciplinar por ausência de advogado ou de defensor dativo na fase instrutória.

Dispõe a Constituição Federal:

Art. 5º (...)

LV – 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.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Por sua vez, prevê a Lei n. 8.112/1990, que trata do Regime Jurídico do Servidor Público Federal, no tocante ao processo disciplinar:

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. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.

(...)

§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.

Na interpretação de referidos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, é indispensável a presença de advogado ou de defensor dativo inclusive na fase instrutória em processo administrativo disciplinar, não obstante a ausência de expressa determinação na Lei n. 8.112/1990.

Esse posicionamento decorre da circunstância de que é exatamente na fase probatória que se colhem os elementos que servirão de suporte para a futura aplicação da penalidade administrativa. Por conseguinte, é imperioso que o servidor público acusado seja acompanhado de advogado ou de defensor público, para que, em tese, obtenha em seu favor uma defesa técnica. Nesse sentido, transcrevo as seguintes ementas:

Mandado de segurança. Administrativo. Processo disciplinar. Cerceamento de defesa ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo. Precedentes desta Corte. Exoneração *ex officio*. Substituição da pena de demissão reconhecidamente prescrita. Desvio de finalidade. Ordem parcialmente concedida.

1. Somente após a fase instrutória se mostra necessária a descrição pormenorizada do fato ilícito, bem como a sua devida tipificação, procedendo-se, conforme o caso, o indiciamento do servidor, na forma do art. 161, *caput*, da Lei n. 8.112/1990. Precedentes desta Corte.

2. Na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, circunstância, que, à luz dos precedentes desta Corte de Justiça, é elementar à garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

3. A exoneração *ex officio*, de que trata o art. 34 da Lei n. 8.112/1990, não se destina a resolver os casos em que não se pode aplicar a demissão, em virtude de se ter reconhecida pela Administração a prescrição da pretensão punitiva estatal. Desse modo, eivado de nulidade o ato exoneratório, por evidente ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes.

4. A teor das Súmulas n. 269 e n. 271 do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança é distinto da ação de cobrança, não se prestando, portanto, para vindicar a concessão de efeitos patrimoniais pretéritos.

5. *Writ* parcialmente concedido. (MS n. 7.239-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, DJ de 13.12.2004, p. 212).

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os *acusados em geral*.

2. Ordem concedida. (MS n. 7.078-DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ de 9.12.2003, p. 206).

Com efeito, a simples determinação legal facultando ao servidor acompanhar o processo disciplinar desde sua instauração pessoalmente ou por seu procurador não satisfaz a exigência constitucional inserida no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal. Impõe-se a presença de advogado ou de defensor dativo para que, ao menos em tese, haja igualdade na relação jurídica estabelecida para fins de apuração do ilícito administrativo.

Ademais, a Constituição Federal não faz distinção quanto à observância da ampla defesa e do contraditório para os acusados tanto na esfera judicial quanto

na administrativa. A doutrina também tem destacado esse entendimento. A propósito, transcrevo a lição de Léo da Silva Alves (*Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas*, Brasília, Brasília Jurídica, 2005, p. 32):

A Constituição Federal de 1988 equiparou os processos administrativos aos processos judiciais, como se observa na clara redação do art. 5º, LV. Por conseguinte, não há diferença entre funcionário e réu. As mesmas garantias que tem o réu no processo penal, tem o funcionário no processo disciplinar.

Com fundamento nessa compreensão doutrinária e jurisprudencial, no tocante à nulidade de processo disciplinar por cerceamento de defesa, deve-se, por conseguinte, ater-se à orientação sumulada do Supremo Tribunal Federal em relação ao acusado em processo penal, *verbis*: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (Súmula n. 523-STF).

Desse modo, em outras palavras, inexistindo defesa do servidor público em processo disciplinar, há nulidade absoluta. Se houve defesa, mas que se deu de forma deficiente, a nulidade dar-se-á se houver demonstração de prejuízo.

No caso, verifico dos autos que o impetrante constituiu advogado após a indicição e, na defesa escrita, apresentada por seu defensor, alegou, de forma veemente, nulidade absoluta por cerceamento de defesa e pleiteou a reinquirição das testemunhas, consoante se verifica nos seguintes excertos (fl. 41-45):

O acusado não constituiu advogado, não reinquiriu testemunhas, não apresentou a mais tênue defesa dos seus direitos. Não foi, principalmente, submetido a perícia médica para aferir o seu estado emocional no dia dos fatos, sua capacidade de discernimento da realidade e determinação diante desta. Não se vê nos autos a mais tímida justificativa ou resistência para o ato do qual estava sendo acusado. Ao contrário, convergiu mansamente para a versão dos seus colegas. Por quê?

(...)

6 - *Para que o processo se desenvolva sem defeitos ou nulidades, vem o acusado se retratar do depoimento prestado à comissão, posto não corresponder à verdade dos fatos.* A busca da verdade real leva inelutavelmente a instrução à necessidade de ser produzida prova pericial psicológica no acusado com o objetivo de aferir sua higidez mental quando da produção dos fatos. Isto porque, quer prevaleça na mente do sentenciante a tese que conduziu à auto-incriminação, quer prevaleça a que está sendo apresentada nesta defesa, imprescindível que se indague se ao tempo da conduta do acusado, seja qual for a causa, estava abolida a faculdade de apreciar o caráter deletério do seu agir e de determinar-se de acordo com essa apreciação.

Face ao exposto, *requer* a essa comissão a *reinqurição das testemunhas com a presença de advogado*, bem como a produção da prova pericial acima descrita, de forma a atestar que no dia do evento, premido por fortes pressões emocionais, não estava em condições de perceber a extensão dos seus atos e de se determinar em face da realidade que o cercava, tudo para ao final ser o processo julgado improcedente e determinado o seu arquivamento. (grifos nossos).

Constata-se, por conseguinte, que a formação das provas no processo administrativo disciplinar, da qual não participou o advogado, deu-se de forma viciada, com prejuízo à defesa do impetrante. Nesse cenário, impõe-se declarar nulo referido processo, por violação ao princípio da ampla defesa, permitindo que a Administração instaure novo processo disciplinar, observando-se a garantia constitucional da ampla defesa.

Com essas considerações, acompanho o voto-vista da Ministra *Laurita Vaz* para *conceder* a segurança.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 20.148-PE
(2005/0096183-2)**

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Veronildo Tranquilino Cabral

Advogado: Flávia Barbosa Lebre e outros

Tribunal de Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Impetrado: Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Pernambuco

Recorrido: Estado de Pernambuco

Procurador: Antiógenes Viana de Sena Júnior e outros

EMENTA

Constitucional e Administrativo. Policial militar. Processo administrativo disciplinar. Competência para aplicação de penalidade. Art. 125, § 4º da Constituição Federal. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Configuração. Ausência de advogado

ou defensor dativo. Precedentes. Recurso conhecido e parcialmente provido.

I - O art. 125, § 4º da Constituição Federal é claro ao definir que somente nos casos de crimes militares a competência para decidir sobre a perda do cargo é do Tribunal de Justiça Estadual ou do Tribunal de Justiça Militar. Tratando-se de infração disciplinar apurada em Procedimento Administrativo, a competência para o ato de exclusão é da própria Administração. Precedentes.

II - O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, igualmente incidentes na esfera administrativa, têm por escopo propiciar ao servidor oportunidade de oferecer resistência aos fatos que lhe são imputados, sendo obrigatória a presença de advogado constituído ou defensor dativo. Precedentes.

III - Não havendo a observância dos ditames previstos resta configurado o desrespeito aos princípios do devido processo legal, não havendo como subsistir a punição aplicada.

IV - A declaração da nulidade de parte do procedimento não obsta que a Administração Pública, após o novo término do processo administrativo disciplinar, aplique a penalidade adequada à eventual infração cometida.

V - Recurso conhecido e parcialmente provido para reformar o acórdão *a quo*, declarando-se a nulidade do processo administrativo, com a conseqüente anulação do ato que impôs a pena ao militar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator “. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 7 de março de 2006 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso ordinário interposto por Veronildo Traquilino Cabral, fundado na alínea **b**, inciso II, do art. 105 da Constituição Federal, contra v. acórdão do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, denegatório de mandado de segurança. A ementa resumiu o julgado com o seguinte teor:

Mandado de segurança. Constitucional e Administrativo. Policial militar. Exclusão ex-officio da corporação. Ilegalidade. Inexistência. Afronta ao princípio da ampla defesa. 1. Apurada em processo administrativo disciplinar a prática de falta grave e submetido o policial militar a Conselho de Disciplina, em que se assegurou o exercício pleno do direito do contraditório e da ampla defesa, reveste-se de legalidade o ato administrativo que excluiu o faltoso dos quadros da Corporação. 2. Segurança denegada por unanimidade. (fl. 101).

O recorrente repisa a tese trazida na exordial, sustentando que houve ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, tendo em vista que não foi assistido por advogado e nem por defensor dativo.

Aduz que nos termos do art. 112 do Estatuto dos Policiais Militares de Pernambuco - Lei n. 6.783/1974 - a exclusão a bem da disciplina somente será aplicada *ex-officio* nas hipóteses em que o policial for condenado a pena restritiva de liberdade superior a dois anos.

Alega, ainda, a incompetência da autoridade coatora para a aplicação da penalidade, sendo certo que, nos termos do art. 125 da Constituição Federal, art. 40, § 2º da Lei n. 6.783/1974 e do art. 30, § 2º do Código Disciplinar Militar-PE, competia ao Tribunal de Justiça do Estado ou ao Tribunal de Justiça Militar a aplicação da pena de exclusão a bem da disciplina.

Contra-razões às fls. 142-155.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 165-169).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Registre-se que o presente apelo ordinário foi interposto em tempo hábil, sendo recolhido o preparo.

Ultrapassada a preliminar de conhecimento, passo ao exame do mérito propriamente dito.

O impetrante se insurge contra ato do Exmo. Sr. Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Pernambuco, consistente na exclusão do militar a bem da disciplina, nos termos do art. 112, **b**, III da Lei n. 6.783/1974. Sustenta, em síntese, violação ao princípio do devido processo legal no transcorrer do processo administrativo, tendo em vista que não foi assistido por advogado e nem por defensor dativo. Aduz que nos termos do art. 112, I do Estatuto dos Policiais Militares de Pernambuco - Lei n. 6.783/1974 - a exclusão a bem da disciplina somente será aplicada *ex-officio* nas hipóteses em que o policial for condenado a pena restritiva de liberdade superior a dois anos.

Alega, ainda, a incompetência da autoridade coatora para a aplicação da penalidade, sendo certo que, nos termos do art. 125, § 4º da Constituição Federal, art. 40, § 2º da Lei n. 6.783/1974 e do art. 30, § 2º do Código Disciplinar Militar-PE, competia ao Tribunal de Justiça do Estado ou ao Tribunal de Justiça Militar a aplicação da pena de exclusão a bem da disciplina.

Primeiramente, razão não assiste ao recorrente ao alegar que nos termos do art. 112, I do Estatuto dos Policiais Militares de Pernambuco - Lei n. 6.783/1974 - a exclusão a bem da disciplina somente será aplicada *ex-officio* nas hipóteses em que o policial for condenado a pena restritiva de liberdade superior a dois anos.

O recorrente - soldado da Polícia Militar do Estado de Pernambuco - foi preso em flagrante em 25 de novembro de 1997 sob a acusação de cometimento do crime de receptação. Em fevereiro de 1998 foi oferecida transação penal, nos termos da Lei n. 9.099/1995, havendo a extinção da punibilidade em 21 de julho de 1999.

Em 20 de março de 1998 foi submetido, *ex officio*, ao Conselho de Disciplina da Polícia Militar, nos termos do art. 2º, I, **a**, **b** e **c** do Decreto Estadual n. 3.639/1975, para apuração das seguintes irregularidades: ter tido conduta irregular e/ou ter praticado ato que afete a honra pessoal, o pudor policial-militar ou o decoro da classe. Após o trâmite do processo administrativo o referido Conselho concluiu pela exclusão do militar, a bem da disciplina, nos termos do art. 112, **b**, III da Lei n. 6.783/1974, sendo a sanção levada a efeito pelo Comando Geral da Polícia.

Destas inferências, verifica-se que o militar, ora recorrente, foi submetido ao Conselho Disciplinar pela prática de ato que configurava infração de natureza

disciplinar: ter tido conduta irregular e ter praticado ato que afetou a honra pessoal, o pudor policial-militar ou o decore da classe.

Neste contexto, mostra-se totalmente despicienda a alegação do recorrente de que não poderia ser punido com a exclusão a bem da disciplina por não sido condenado a pena restritiva de liberdade superior a dois anos - art. 112, I da Lei n. 6.783/1974. Com efeito, a sua exclusão se deu nos moldes do inciso III do referido dispositivo, que trata especificamente de irregularidade disciplinar, não havendo qualquer relação com a punição de caráter penal.

No mesmo sentido, não merece prosperar a alegação de a incompetência da autoridade coatora para a aplicação da penalidade.

A Constituição Federal dispõe:

Art. 125, (...)

§ 4º Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao Tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Da simples leitura do referido dispositivo exsurge certo que a Justiça Militar Estadual somente será competente para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças nas hipóteses de crime militar, não havendo qualquer proibição de aplicação de penalidade administrativa regularmente prevista em lei, como ocorreu *in casu*.

Quanto ao tema o Supremo Tribunal Federal já tem entendimento cristalizado no Enunciado da Súmula n. 673: “O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação militar mediante procedimento administrativo”.

Neste sentido esta Corte já se manifestou anteriormente. Ilustrativamente:

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Policial militar. Exclusão a bem da disciplina. Prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Competência do comandante. Sobrestamento do procedimento administrativo até deslinde da ação penal. Desnecessidade. Autonomia entre as instâncias penal e administrativa.

Não ocorreu a prescrição administrativa, já que o procedimento foi instaurado em menos de um mês da data do cometimento da transgressão - art. 69 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Goiás.

Somente nos casos de crimes militares é que a competência para decidir sobre a perda do cargo é do Tribunal de Justiça Estadual - art. 125, § 4º, CF.

Tratando-se de policial excluído da Corporação, a bem da disciplina, e após regular procedimento administrativo, a autoridade que praticou o ato se afigura competente para tal.

As instâncias penal e administrativa são independentes entre si, não havendo qualquer razão para sobrestar o feito administrativo no aguardo da decisão criminal.

Recurso desprovido. (RMS n. 11.315-GO, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 11.12.2000).

Administrativo. Servidor público militar. Licenciamento em razão de falta grave apurada em sindicância. Ilegalidade. Inocorrência. Atribuição para a prática do ato. Comandante da corporação. Independência entre as instâncias penal e administrativa. Fatos complexos.

I - É legal o licenciamento do militar em razão de falta grave apurada em sindicância.

II - O comandante da Polícia Militar detém competência para aplicação da pena disciplinar.

III - A independência entre as instâncias penal e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. (Precedentes do STF e do STJ).

IV - A ação mandamental pressupõe prova pré-constituída, não se prestando ao deslinde de matéria de fato complexa. Deve, pois, o direito exsurgir límpido e inquestionável.

Recurso desprovido. (RMS n. 17.088-AM, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 1º.7.2004).

Constitucional e Administrativo. Recurso Ordinário em mandado de segurança. Oficial da polícia militar. Exclusão da corporação. Competência do comandante geral. Infração disciplinar. Inaplicabilidade do art. 125, § 4º, da CF. Ausência de direito líquido e certo à reintegração.

1 - A exegese do art. 125, § 4º, da Constituição Federal é clara em definir que somente nos casos de crimes militares a competência é do Tribunal de Justiça Estadual ou Tribunal de Justiça Militar, onde houver, para apreciação da perda do posto e da patente dos oficiais. Tratando-se de infração disciplinar apurada em Procedimento Administrativo, onde observados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a competência para o ato de exclusão é da própria Administração. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão.

2 - Precedentes (STF, RE n. 199.800-SP; STJ, ROMS n. 10.800-PR, n. 1.605-RJ e n. 1.033-RJ).

3 - Recurso conhecido, porém, desprovido. (RMS n. 15.711-GO, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 8.3.2004).

No tocante à alegada violação ao princípio do devido processo legal no transcorrer do processo administrativo razão assiste ao recorrente.

Com efeito, da análise do compêndio administrativo verifica-se que, em todas as vezes em que foi intimado para participar de atos do processo, o militar, ora recorrente, informou que não tinha recursos para a contratação de advogado, bem como que não se sentia habilitado para promover sua própria defesa, requerendo à Administração a nomeação de defensor dativo. O processo administrativo foi sobrestado diversas vezes por não estar o militar regularmente representado.

Não obstante, em determinado momento o processo administrativo teve regular prosseguimento não contando o militar com a presença de advogado ou de defensor dativo em importantes atos do procedimento, tais como razões de defesa, interrogatório e oitiva de testemunhas.

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, igualmente incidentes na esfera administrativa, têm por escopo propiciar ao servidor oportunidade de oferecer resistência aos fatos que lhe são imputados, sendo obrigatória a presença de advogado constituído ou defensor dativo. Neste sentido:

Mandado de segurança. Administrativo. Processo disciplinar. Cerceamento de defesa ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo. Precedentes desta Corte. Exoneração *ex officio*. Substituição da pena de demissão reconhecidamente prescrita. Desvio de finalidade. Ordem parcialmente concedida.

1. Somente após a fase instrutória se mostra necessária a descrição pormenorizada do fato ilícito, bem como a sua devida tipificação, procedendo-se, conforme o caso, o indiciamento do servidor, na forma do art. 161, *caput*, da Lei n. 8.112/1990. Precedentes desta Corte.

2. *Na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, circunstância, que, à luz dos precedentes desta Corte de Justiça, é elementar à garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.*

(*omissis*).

5. *Writ* parcialmente concedido. (MS n. 7.239-DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 13.12.2004).

Administrativo. Mandado de segurança preventivo. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo. Precedentes desta Corte. Ordem concedida.

(omissis).

3. Na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, circunstância, que, a luz dos precedentes desta Corte de Justiça, elementar à garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. Precedente desta Corte.

4. Ordem concedida para que o Ministro de Estado da Saúde se abstenha de emitir portaria demissória do ora Impetrante em razão dos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar n. 25265.007811/2002-21, em decorrência de sua nulidade, sem prejuízo de instauração de novo procedimento, com observância das formalidades legais. (MS n. 9.201-DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 18.10.2004).

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

2. Ordem concedida. (MS n. 7.078-DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 9.12.2003).

Acerca da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo, elucidativa a lição de Hely Lopes Meirelles:

Por *garantia de defesa* deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis. A cientificação deve ser pessoal, sendo admitida a feita mediante publicação oficial (Diário Oficial) nas hipóteses em que a parte interessada estiver em lugar incerto e não sabido (art. 26, § 4º, da Lei n. 9.784/1999), sob pena de lesão ao contraditório.

Daí a justa observação de Gordillo de que: "*El principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y con criterio amplio, no restrictivo*". O que coincide com esta advertência de Frederico Marques: "Se o poder administrativo, no exercício de

suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que assim atuasse fora das fronteiras do *due process of law*. Se o contrário fosse permitido, ter-se-ia de concluir que será lícito atingir alguém em sua fazenda ou bens, sem o devido processo legal". E remata o mesmo jurista: "Isto posto, evidente se torna que a Administração Pública, ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa".

Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais Judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou, mais especificamente, da garantia de defesa. (*in*, "Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros Editores, 27ª. edição, p. 656).

Assim, na hipótese dos autos, é forçoso reconhecer a ocorrência de cerceamento de defesa suficiente para macular o respectivo procedimento, tendo em vista que durante a instrução do processo administrativo, o militar não contou com advogado constituído ou defensor dativo – imperativo constitucional, à luz dos precedentes desta Corte de Justiça, com a qual não se compatibiliza a auto-defesa.

Esta Corte, com base no princípio do *pas de nullité sans grief*, possui entendimento no sentido de que a nulidade de processo administrativo disciplinar somente pode ser declarada quando evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do acusado, o que efetivamente ocorreu no caso em tela.

No mesmo sentido, o parecer do Ministério Público Federal, assim sintetizado:

Recurso em mandado de segurança. Policial militar submetido à Conselho de Disciplina. Exclusão. Alegações de ofensa ao princípio da ampla defesa na medida em que não foi defendido por advogado constituído ou defensor dativo e que somente o Tribunal de Justiça do Estado poderia excluí-lo dos quadros da Corporação, a teor do que dispõe o § 4º do art. 125 da CF. A competência do Tribunal de Justiça para decidir sobre a perda da graduação das Praças somente se dá quando a acusação referir-se, exclusivamente, à prática dos crimes militares e não, como no presente caso, em que se excluiu o acusado pelo cometimento de infrações disciplinares. Precedentes do STF STJ. A ausência de defensor habilitado em procedimento administrativo disciplinar viola o princípio da ampla defesa porquanto a "obrigatoriedade de advogado ou defensor dativo é corolário do princípio da ampla defesa. Precedente do STJ. Parecer pelo provimento do recurso. (fl. 165).

Restando configurada a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o processo administrativo disciplinar deve ser anulado, ficando ressaltado que a declaração da nulidade do procedimento não obsta que a Administração Pública, após o novo processamento e término do processo administrativo disciplinar, aplique a penalidade adequada à eventual infração cometida.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para reformar o v. acórdão de origem, declarando-se a nulidade do processo administrativo, com a conseqüente anulação do ato que impôs a pena de exclusão a bem da disciplina.

É o voto.

