

## **O direito à defesa técnica nos processos administrativos sancionadores perante os tribunais de contas: a obrigação de atuação das procuradorias públicas na defesa dos gestores públicos**

### **The right to technical defense in sanctional administrative procedures before the courts of auditors: the obligation of public prosecutors in the defense of political agents**

DOI:10.34117/bjdv8n10-248

Recebimento dos originais: 26/09/2022

Aceitação para publicação: 24/10/2022

#### **Silvio Gabriel Serrano Nunes**

Doutor em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP)

Instituição: Universidade Santo Amaro (UNISA)

Endereço: Rua Isabel Schmidt, 349, Santo Amaro, São Paulo - SP, CEP:04743-030

E-mail: serrano.nunes@gmail.com

#### **Antônio Carlos Alves Pinto Serrano**

Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP)

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP)

Endereço: Rua Monte Alegre, 984, Perdizes, São Paulo - SP, CEP: 05014-901

E-mail: antoniocaps@gmail.com

#### **Juliana Salinas Serrano**

Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP)

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP)

Endereço: Rua Monte Alegre, 984, Perdizes, São Paulo - SP, CEP: 05014-901

E-mail: jujuserrano@gmail.com

#### **RESUMO**

Este artigo destina-se a investigar a natureza jurídica do direito fundamental à defesa técnica, principalmente perante os órgãos de controle, especialmente junto aos Tribunais de Contas, o que encontra guarida constitucional quando a atuação do gestor se dá de forma legítima, primeiramente guarnecido por sua equipe técnica ou mesmo quando seu ato vem justificado nos apanhados de seu *staff*. A questão seria: o gestor público tem o direito a defesa técnica exercida pela Advocacia Pública? E outra questão: a recusa a esse exercício de defesa poderia ser interpretada como enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública?

**Palavras-Chave:** direito de defesa, advocacia publica, servidores públicos.

#### **ABSTRACT**

This article aims to investigate the legal nature of the fundamental right to technical defense, especially before the public control bodies, mainly with the Courts of Auditors, what is constitutionally possible when the public manager's performance is legitimate, initially supported by his technical team, or even when his act is justified by his team's

technical advisement. The question is: does the public manager have the right to technical defense by Public Advocacy? And another question: can the refusal of this right to technical defense be considered as a Public Administration illicit enrichment?

**Keywords:** right to defense, public law, public civil servants.

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo aborda o direito de defesa do servidor público em processo administrativo sancionador, especialmente perante os Tribunais de Contas, para demonstrar a possibilidade de se garantir assistência jurídica de forma ampla e competente, diante das peculiaridades tratadas em processos dessa natureza. Não são raras as vezes que ordenadores de despesas e gestores públicos são desafiados a enfrentar embates técnicos alheios à natureza das atividades que desempenham, impondo-se o amparo de profissionais com a *expertise* necessária, o que deveria ser não apenas garantido, mas custodiado pela Administração Pública.

O gestor público exerce função primordial para o funcionamento da máquina administrativa, competindo-lhe complexas tomadas de decisões à frente da Administração Pública e em nome do interesse público, razão pela qual deveria lhe ser assegurado o suporte de um corpo técnico apto a responder e a enfrentar questões atinentes a essas decisões, mesmo diante de eventual defesa a ser realizada em momento posterior ao exercício da função que lhe foi incumbida. Inclusive, convenhamos, dispensar a assessoria técnica hábil à defesa técnica do servidor público que agiu em nome da Administração Pública configuraria um enriquecimento sem causa para o Estado, além de um prejuízo singular ao servidor que deveria, então, arcar com o ônus de contratar um profissional para tanto.

Para desenvolver o tema, utilizamos a metodologia analítica, com base em pesquisa doutrinária, para subsidiar nossa interpretação das normas constitucionais correlatas, que correspondem a regras e princípios jurídicos tomados como mandamentos de otimização na ponderação a ser realizada em relação ao assunto ora discutido, a fim de alcançar um fundamento jurídico que reforce os pilares do direito defesa e de assistência técnica aos gestores públicos, mesmo quando não mais pertençam ao quadro de servidores ativos, mas ainda respondam por atos praticados por ocasião do exercício de função pública.

## 2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL (JUSTO PROCESSO DA LEI)

O inciso LIV do artigo 5º da Constituição da República prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Facilmente denota-se tratar de um predicado para todas as funções do Estado, principalmente em seu aspecto sancionador. No que tange ao processo administrativo, conforme Zockun (2013, p. 216): “Na esfera federal, a lei que trata da matéria é a Lei nº 9.784/99 que, em seu artigo 2º, estabelece a necessidade de obediência da Administração Pública aos princípios da legalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

O dispositivo constitucional em referência visa a garantir também que toda manifestação da Administração Pública que resulte em uma ordem de comando ou em sanção privativa de liberdade ou de bens, ou que de alguma forma interfira nesse sentido, seja precedida de um processo<sup>1</sup> que permita às partes envolvidas o conhecimento prévio de todos os fatos apontados e que estas sejam devidamente intimadas e cientificadas sobre a movimentação processual, com a oportunidade de se manifestarem em todas as fases procedimentais, produzir provas e influir efetivamente nas decisões a serem prolatadas.

Cumpra acrescentar que este princípio contempla garantia constitucional de interesse de toda a sociedade, que beneficia não apenas as partes envolvidas, mas preserva o correto desenvolvimento do sistema. Quando assegurado um direito individual, toda a sociedade é favorecida. Fortalecendo-se a fiel observância às normas jurídicas vigentes, reafirma-se o Estado Democrático de Direito.

Dessas premissas resultam desdobramentos práticos aos quais se deve atentar em todos os processos administrativos, principalmente no tocante à investigação de infrações administrativas passíveis de sanção. Vejamos.

---

<sup>1</sup> “Etimologicamente, “processo” significa “marcha avante”, “caminhada” (do latim, *procedere* = seguir adiante). Por isso, durante muito tempo foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que o colocavam nesse plano. Contudo, desde 1869, com a obra de Bülow (Teoria dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias), apercebeu-se a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos. O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p. 277).

### 3 DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

A primeira resultante do postulado do devido processo legal consiste no direito da parte de conhecer da instauração e apuração de fatos a ela atribuídos, desde o começo de sua persecução.

Essa garantia é de grande importância para obstar que autoridades públicas se valham de expedientes pouco republicanos na prática processual brasileira, como recolher informações de maneira informal e, após vasto acúmulo unilateral, partir para a formalização dos autos de um processo com a instrução praticamente realizada de modo autoritário e à revelia do investigado.

Na lição de Fredie Didier Junior, o processo devido é o processo público, verdadeiro direito fundamental:

Os atos processuais não de ser públicos. O princípio da publicidade gera o direito fundamental à publicidade. Trata-se de direito fundamental que tem, basicamente, duas funções: a) proteger as partes contra juízos arbitrários e secretos (e, nesse sentido, é conteúdo do devido processo legal, como instrumento a favor da imparcialidade e independência do órgão jurisdicional); b) permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça, principalmente sobre o exercício da atividade jurisdicional.

Essas duas funções revelam que a publicidade processual tem duas dimensões: a) interna: publicidade para as partes, bem ampla, em razão do direito fundamental ao processo devido; b) externa: publicidade para os terceiros, que pode ser restringida em alguns casos, como se verá.

A Constituição Federal estabelece possibilidade de restrição (mas não eliminação) da publicidade externa: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem” (art. 5º, LX, CF/1988). (DIDIER, 2017, p. 100)

No processo administrativo sancionador, o princípio da publicidade gera o direito de qualquer interessado (cidadão) de consultar os autos, a obrigatoriedade de intimação prévia das partes no processo para o exercício do direito de defesa e, principalmente, o direito de não ser surpreendido por medida restritiva de direitos sem o prévio conhecimento da apuração dos fatos<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> "RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL. DILIGÊNCIAS EM CURSO. DADOS DE TERCEIROS. ACESSO RESTRITO. 1. Segundo jurisprudência assentada no STJ, "Não é lícito negar ao advogado constituído o direito de ter acesso aos autos de inquérito civil", relativamente "[...] aos elementos já documentados nos autos e que digam respeito ao investigado", aplicando-se, quanto ao ponto, a orientação da Súmula Vinculante 14/STF, segundo a qual "é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa" (RMS28.949/PR, Min. Denise Arruda, DJe 26.11.2009). 2. Recurso ordinário parcialmente provido. (STJ. RMS: 31747, SP 2010/0019948-9. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, T1 - Primeira Turma, j. 11 out. 2011, publ. DJe 17/10/2011)".

O artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro inova ao prever um regime de transição para novos deveres ou condicionamentos oriundos de interpretação ou orientação inédita de conteúdo indeterminado.

Referido regime de transição decorre da necessidade de publicidade das decisões que derem novo significado a normas com conteúdo indeterminado, uma vez que essa hermenêutica promove novo entendimento sobre a matéria, como, por exemplo, no caso das decisões do Tribunal de Contas que passem a considerar obrigatório um determinado trâmite em todos os processos licitatórios que até então era facultativo.

Em razão de uma nova orientação que poderá afetar o andamento ordinário e a dinâmica da Administração Pública, a decisão do Tribunal de Contas deverá outorgar um prazo razoável para que os gestores tomem conhecimento desse entendimento e se ajustem à nova realidade, por exemplo.

Ademais, a publicidade no processo administrativo está intrinsecamente relacionada ao problema da individualização da conduta nas decisões proferidas pelas Cortes de Contas. Para cumprir efetivamente o princípio da publicidade no processo administrativo sancionador, inicialmente deverá a autoridade destacar dentre as apurações verificáveis quais se relacionam à pessoa a ser intimada e, com isso, conferir-lhe amplo conhecimento da imputação.

É importante destacar a dinâmica do processo administrativo perante os Tribunais de Contas, com a finalidade de destrinchar a relevância do princípio da publicidade. Em regra, os processos são iniciados mediante ordens de serviços, impulsos oficiais de autoria ou representações, salvo no caso dos processos de prestação de contas de cunho normativo.

Os auditores investigam o gasto público por meio da análise de contratações específicas ou dos gastos em determinado segmento ou órgão público. Com base nessa investigação é elaborado o relatório de auditoria, peça processual que indica o modo de apuração, os responsáveis pelo setor e os apontamentos de auditoria, conforme será detalhado adiante.

O problema evidente na maioria dos Tribunais de Contas consiste em relacionar cada um dos responsáveis a fatos específicos. Em regra, ao agente público encarregado da pesquisa de preços e ao ordenador de pesquisas, por exemplo, são atribuídos indistintamente os mesmos fatos.

Para cumprimento efetivo da publicidade, todavia, é indispensável que o relatório de auditoria, que na prática equivale à peça de acusação, discrimine de maneira individualizada os fatos imputados a cada um dos agentes.

### 3.1 AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

A Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regulamenta o processo administrativo na esfera federal, estabelece em diversas passagens o exercício de defesa como meio de efetivar a validação dos atos praticados (artigo 2º, caput e incisos V e VIII, artigos 3º, 4º, inciso IV, 26 a 28, 30, 36 a 39, 41, 44, 46, 50, 56 a 58, 68).

A ampla defesa no Direito Administrativo Sancionador visa primordialmente à resposta às acusações, com a conseqüente possibilidade de produção de provas.

O contraditório relaciona-se diretamente com a publicidade e a obrigatória individualização da conduta, possibilitando o confronto da prova ou a reconstrução dos fatos sob as óticas da acusação e da defesa. Consoante Lopes (2019, p.101): “O contraditório [...] deve ser visto em duas dimensões: no primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades”.

Verifica-se nos processos perante as Cortes de Contas uma peculiaridade quanto ao ônus da prova. Quando a imputação de irregularidade recai sobre o gestor ou ordenador de despesas em razão de aplicação indevida de recursos públicos, ocorre inversão do ônus probatório, em função da obrigação do agente de prestar contas quando da consolidação das contas para análise ordinária ou quando solicitado por parte dos agentes vistoristas.

Entretanto, quando a conduta apurada recai sobre agente público que, no exercício de sua função, não está incumbido da liberação de recursos, mas que agiu de forma danosa no âmbito, por exemplo, de uma contratação, não há como lhe atribuir a obrigatoriedade de prestar contas, de sorte que os órgãos auditores devem diligenciar no sentido de formar o instrumento probatório apto a reconstruir os fatos e atestar sua veracidade.

O direito à produção de provas não se reveste de caráter negativo em relação à parte acusada, ou seja, não lhe cabe demonstrar que não praticou o ato, apenas defender-se discordando dos fatos que lhe são imputados e apontando os elementos que reforçam sua defesa<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Cf. entendimento do TJSP (Reexame Necessário n. 1037306-31.2017.8.26.0053 Recorrente: Juízo *Ex Officio* Recorrido: Thiago Bonfim Moreira Origem: 6ª Vara de Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo, MM. Juíza: Alexandra Fuchs de Araújo).

Admitem-se todas as provas previstas nos códigos processuais penal e civil, entre as quais inquirição de partes e testemunhas, apresentação de documentos e realização de perícia.

A indicação de provas obtidas por meios ilícitos deve ser válida para inocentar o acusado, como vem decidindo a jurisprudência nacional há anos<sup>4</sup>. Em função do princípio da proporcionalidade, bem como da interpretação dada ao artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República, que dispõe serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, e ainda em função do artigo 157 do Código de Processo Penal, entende-se que a prova ilícita poderá ser aproveitada para esse fim, uma vez que em face do conflito entre a busca da verdade real<sup>5</sup>, a presunção de inocência e as provas ilícitas, prevalecem os dois primeiros aspectos em detrimento da mera formalidade do terceiro.

A evidência de um dado favorável ao acusado, mesmo que oriundo de um procedimento ilegal, afeta a leitura dos fatos de forma contundente. Como bem assinala Malatesta (2013, p. 34), a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade, com a verdade ontológica. Por essa lógica, o julgador, em busca da verdade real, não pode ignorar o conteúdo dos autos, ainda que produzido de forma ilegal, se referido conteúdo estiver apto a favorecer o acusado.

---

"REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRÂNSITO. Pretensão de anulação de procedimento administrativo em razão de ausência de notificação para apresentação de defesa. Ausência de comprovação da notificação. Ofensa ao art. 265 do Código de Trânsito Brasileiro e ao art. 5º, LIV, LV, da Constituição Federal. Segurança concedida. Sentença mantida. Reexame necessário não provido.

Não se alegue que deveria o Impetrante provar que não recebeu a notificação, porquanto o ordenamento jurídico brasileiro não permite atribuir à determinada pessoa que produza prova negativa, em razão de ela constituir verdadeira prova diabólica. Assim, nas circunstâncias em análise, cabe ao DETRAN comprovar o envio da notificação, não sendo suficiente simples alegação nesse sentido, desacompanhada de comprovante ou protocolo de que foi enviada ao endereço cadastrado pelo condutor.

Inclusive, eventuais teses acerca da não comunicação, ao órgão de trânsito, de mudanças de endereços, só fazem sentido se houver prova, ao menos, do envio da comunicação, ainda que não se exija prova do recebimento pelo condutor.

Portanto, ante a ausência de comprovação da notificação do infrator para apresentação de defesa, é nulo o procedimento administrativo que resultou na penalidade por ofensa aos princípios constitucionais que asseguram o devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, Constituição Federal)" (TRF. 1ª Região. 3. T. Processo nº 0008619-47.2011.4.01.3340/BA reconhece a nulidade da prova decorrente de sigilo bancário sem autorização judicial, a Turma, nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso apresentado pelo MPF).

<sup>4</sup> TJSP, Apelação nº 1500389-30.2018.8.26.0599, Voto n.º 37.806: "Tráfico – Prisão do réu e apreensão de drogas por guardas municipais – Ausência de flagrante – Não incidência do art. 301 do CPP – Exorbitância dos poderes atribuídos no art. 144, §8º, da CF – Prova ilícita – absolvição".

<sup>5</sup> A doutrina nacional, na seara criminal e processual penal, discute o uso da expressão "verdade real". Conforme Aury Lopes Jr (2019, p. 373): "Assim, no processo penal, só se legitimaria a *verdade formal ou processual*. Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes". Todavia, como o tema foge ao escopo do presente trabalho, adotamos para fins de pesquisa a expressão "verdade real" no sentido de se chegar o mais próximo possível da verdade dos fatos, o que no processo administrativo, em função de sua natureza informal, permite avanços e diligências de todas as partes para que se alcance esse propósito.

Quando o princípio da verdade real incide em processo administrativo sancionador em julgamento perante os Tribunais de Contas, pode ocorrer, em tese, uma possível convalidação do fato apurado através da prova ilícita mediante um pedido de diligência à auditoria responsável pela condução do processo administrativo.

Admitamos, por hipótese, o recebimento de uma denúncia anônima através de gravação clandestina que indica o pagamento de serviços contratados por meio de licitação e que não foram entregues. O gestor público administra bens e valores da sociedade, daí a máxima popular de que “o gestor público é responsável por cuidar do nosso dinheiro”. Da gestão de bens públicos decorre o dever de prestar contas, principalmente quando solicitado. O conhecimento de um potencial ilícito obriga a diligência por parte dos órgãos de controle, sob pena de o agente controlador responder por prevaricação. Mesmo que a denúncia esteja amparada em prova ilícita, a condução processual supera referida irregularidade, pois será baseada em fonte autônoma, pois ainda que o impulso processual derive de narrativa captada por meio inidôneo, o dever de prestar contas e as diligências complementares fazem superar eventual nulidade processual<sup>6</sup>.

A aplicação do princípio da presunção de verdade e de legitimidade relaciona-se igualmente à produção de provas que comporta análise diante do caso concreto:

Como consequência da aplicação do *princípio da verdade ou da veracidade*, todos os atos da administração, jurídicos ou não jurídicos, isto é, fatos administrativos ou atos administrativos, fazem fé pública, até prova em contrário. A administração não mente, não informa erradamente, não induz ao erro. A boa-fé caracteriza os atestados e certificados fornecidos pelos agentes do Poder Público.

Como consequência da aplicação do *princípio da legitimidade*, todos os atos administrativos são conforme o direito. A Administração ao editar o ato administrativo não comete erros técnicos, observando com rigor todos os preceitos que regulam a entrada.

[...]

Com efeito, toda a doutrina está de acordo em que “o deslocamento do ônus da prova, relativamente à legitimidade ou ilegitimidade do ato administrativo, no sentido de que não é a Administração que é obrigada a demonstrar a legitimidade antes de proceder à execução do ato, mas ao destinatário do ato é que incumbe o encargo de alegar e de provar a ilegitimidade, dando início a um exposto juízo de impugnações. Nisto consiste a denominação *presunção de legitimidade dos atos administrativos*, “*presunção iuris tantum*”, geralmente, ou seja, que pode ser destruída por prova em contrário” (Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo*, 1953, p. 181).

---

<sup>6</sup> Acórdão 1379/2019 – Plenário – TCU – 12/06/2019 – Relator: Ministro Augusto Nardes. Enunciado: "As provas declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário não contaminam o processo de controle externo que esteja amparado em outras provas obtidas por fontes autônomas, que não guardem relação de dependência nem decorram das provas originariamente ilícitas" (Boletim de Jurisprudência nº 269. Sessões: 11 e 12 jun. 2019).

Sob a forma de proposição, o *princípio da verdade e da legitimidade* dos atos administrativos pode ser expresso do seguinte modo: “Os atos administrativos trazem em si a presunção da veracidade e da legitimidade, sendo, pois verdadeiros e legítimos até prova em contrário, cabendo o *ônus probandi* a quem constestar-lhes tais atributos”. (CRETELLA JUNIOR, 1999, p. 142-143)

As presunções de veracidade e legitimidade relacionam-se diretamente ao escopo do presente artigo, uma vez que na individuação da conduta abrangida por atos complexos, compostos e procedimentos administrativos, quando um agente público de nível superior recebe uma informação de um agente subalterno, presume-se que a informação transmitida é real. Na realização de um procedimento licitatório cujas fases internas de composição do escopo e do preço competem a diferentes agentes, por exemplo, o ordenador de despesas figura geralmente como fiador das informações, na realidade apenas roga pela forma e não pelo conteúdo, pois estes se presumem verdadeiros.

### 3.2 AS PROVAS E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATÓRIOS

Plano de sensível discussão prática na seara criminal nos últimos anos, diante dos eventos relacionados à gama de processos judiciais oriundos da batizada “Operação Lava Jato”, a presunção de inocência também ganha destaque na seara administrativa, porém sem tanta repercussão social.

O artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso LVII, prescreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A qualificação da sentença condenatória como penal pela Constituição Federal suscita o questionamento: a regra do referido inciso incide apenas no âmbito penal ou estende-se a todo o sistema punitivo do Estado?

Vale considerar que a regra em comento está inserida no dispositivo constitucional que trata dos direitos fundamentais, cuja principal finalidade é a proteção da dignidade humana em qualquer circunstância, principalmente no que afeta às garantias individuais.

Note-se, nesse aspecto, que os Direitos Fundamentais passam a assumir também uma dimensão institucional, na medida em que pontuam a forma de ser e atuar do Estado que os reconhece. Como cogitar de um Estado Democrático Social de Direito, se liberdades públicas e direitos sociais não são reconhecidos e protegidos. Assim sendo, porém, o Estado que os proclama e protege assume uma formação específica, ditada pela pauta de Direitos Fundamentais que encampa. (ARAUJO; NUNES JR, 2018, p. 179)

Nesse sentido, não obstante a delimitação da natureza da sentença condenatória como penal pelo texto constitucional, visando à máxima efetividade da proteção dos direitos fundamentais, deve-se estender o alcance da regra em questão também aos processos administrativos sancionadores, uma vez que compõem a esfera punitiva estatal.

Em sua acepção mais óbvia, a presunção de inocência exige que a sanção seja imposta apenas ao final do processo instaurado para investigar a prática do ilícito, ocasião em que o particular deixa de ser apenas acusado e passa a ser considerado culpado, podendo, então, sofrer os efeitos negativos da medida sancionadora. Tratando-se de sanção penal, sua aplicação depende da conclusão do processo judicial, que se dá com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tratando-se de ilícito administrativo, a imposição da sanção somente poderá ocorrer após o encerramento do processo administrativo, com a prolação de decisão da qual não recorra o acusado ou já não caiba mais recurso administrativo algum. Antes disso, como bem ensina Daniel Ferreira, “só haverá um juízo de probabilidade fática”. (MELLO, 2007, p. 245)

A presunção de inocência acarreta a impossibilidade da autoincriminação<sup>7</sup>, a necessidade de regras sobre a distribuição das provas e de julgamento exclusivamente a partir das provas trazidas aos autos<sup>8</sup>.

Conforme veremos ao discutirmos a natureza das sanções, o princípio da presunção de inocência pode ser facilmente defendido quando está em voga a relação sancionatória envolvendo a Administração Pública e seus agentes ou aquela e os administrados. Porém, diante de uma relação de controle externo perante a Corte de Contas, existe a peculiaridade da obrigação do gestor público de prestar contas e apresentar todos os elementos necessários para tal mister.

O artigo 70 da Constituição Federal atribui a responsabilidade da prestação de contas ao gestor público, o que significa que incumbe à Administração Pública demonstrar que gasta os valores de acordo com as normas impostas pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>7</sup> "COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – PRIVILÉGIO CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO – DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA – IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA – PEDIDO DE HABEAS CORPUS DEFERIDO" (Habeas Corpus nº 79.812 / Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 16.02.2001, p. 21).

<sup>8</sup> Parecer/AGU nº GQ-136, 26 jan. 1998: Ementa: "A penalidade do servidor deve adstringir-se às faltas sobre as quais existam, nos autos, elementos de convicção capazes de imprimir a certeza quanto à materialidade da infração e à autoria. No processo disciplinar, o ônus da prova incumbe à Administração".

Parecer/AGU nº GQ-182, 28 dez. 1998: Ementa: "A Administração deve editar o ato punitivo apenas na hipótese em que esteja convencida a respeito da responsabilidade administrativa do indiciado. A dúvida induz à exculpação".

A Súmula Vinculante nº 3 do STF consigna que nos processos a tramitar no Tribunal de Contas da União deve-se assegurar o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

O aporte sumulado refere-se à necessária participação das partes interessadas nas fases processuais, sem afastar o curso probatório, principalmente no que concerne às obrigações dos ordenadores de despesas e demais agentes públicos que se relacionam com o financiamento público no exercício de suas funções.

A prova, meio instrumental de aferição dos fatos, baseia as decisões tomadas, apontando os aspectos empíricos que orientam a incidência das normas sobre o caso concreto.

Sob a ótica processual penal, em paralelo ao processo administrativo sancionador, o ônus da prova, ou seja, a incumbência de provar os fatos apresentados, cabe a quem exerce a acusação.

Como corolário do estado de inocência está o ônus da prova no processo penal, como atribuição da acusação. Por isso, “em matéria penal”, é incogitável a adoção de institutos como a inversão do ônus da prova ou outros que forcejam pela presunção de culpa e não o contrário.

A máxima do direito de dar a cada um o que é seu, ou em outras palavras, tutelando jurisdicionalmente “a quem tem razão, negando proteção a quem não a tenha”, não tem aplicação na jurisdição penal.

O princípio do estado de inocência obriga o Estado, especialmente o Poder Judiciário a tutelar tanto o investigado como o acusado em toda a persecução penal. Mesmo que as provas produzidas indiquem que o indivíduo não tem razão, ou seja, que praticou a infração penal. Perde a condição de inocente somente com a decisão penal condenatória que impõe uma sanção que não caiba mais recurso pela preclusão da faculdade conferida às partes. (SILVA, 2009, p. 229)

Consoante o entendimento de Roberto Ferreira Archanjo da Silva acima exposto, é inadmissível a inversão do ônus da prova no processo penal, no entanto, no processo administrativo sancionador, o grau de responsabilidade do investigado e de sua relação com a Administração Pública enseja apuração.

Tratando-se de uma relação de sujeição especial, em que compete ao agente público a obrigação de prestar contas dos gastos efetuados com o dinheiro público, o dever de provar que todas as diligências empregadas para atingir a eficiência foram regulares é do agente, caracterizando-se a inversão do ônus da prova no processo administrativo sancionador perante os Tribunais de Contas.

Entendemos que a responsabilidade de bem cuidar dos proventos públicos mostra-se de tamanha importância que também não se cuidaria da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, na presunção de que a prova incumbe a quem melhor tem condições de produzi-la. O agente público, quando incumbido da responsabilidade de prestar contas, inequivocamente sempre deverá arcar com o ônus probatório de todos os questionamentos apresentados pelos órgãos de controle.

Quando investidos no exercício do poder controlador, os agentes vistoristas encarregados de analisar e avaliar a destinação dos gastos públicos devem diligenciar para trazer aos autos do processo administrativo todos os elementos que embasam a conclusão de seu laudo pericial (auditoria externa), justificando expressamente qualquer óbice ou impedimento relativos à produção dos instrumentos probatórios.

Os auditores externos, todavia, possuem a prerrogativa de exigir dos agentes públicos todos os instrumentos que entenderem necessários para o desenvolvimento de seu trabalho de fiscalização externa dos gastos públicos, sendo que a negativa por parte dos agentes apurados sujeita-os à responsabilização civil pela prática de ato de improbidade administrativa<sup>9</sup>, além de suscitar presunção de irregularidade na condução da coisa pública.

Jacoby Fernandes pontua alguns aspectos relativos ao dever de provar em processo perante o Tribunal de Contas:

Nesse momento, vem à baila a questão de saber se o Tribunal de Contas tem a obrigação de provar se está sujeito ao ônus da prova. A questão constitui ponto angular da ação de controle, pois, se está sujeito ao dever de provar, não poderá, em tese, ter o direito de julgar, posto que se inserem em órbitas distintas os deveres de quem acusa e os daqueles que devem ter isenção para julgar. De forma tópica, cabe destacar:

- a) o ônus da prova em relação à boa e regular aplicação de recursos públicos incumbe a quem os recebe, posto que é inerente à função de administrar coisa alheia o dever de prestar contas;
- b) a regra geral, mesmo com o advento da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, permanece inalterada: em caso de contas, a prova da correta aplicação é do recebedor do recurso, harmonizando-se o preceito com a regra do art. 36 desta Lei;
- c) é comum, nos Tribunais de Contas, destacarem pontos para defesa, considerando já suficientemente provado determinado indício de irregularidade. Quando o fazem, visam sobretudo aclarar pontos para a defesa neles se concentrar, dada a complexidade da temática que é intrínseca ao tema contas;
- d) os denominados “achados de auditoria” constituem fatos que merecem ser esclarecidos, não possuindo natureza de libelo acusatório;

---

<sup>9</sup> A recusa ao atendimento de uma diligência de agente de controle externo pode configurar ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992, artigo 11, inciso VI).

- e) um ponto basilar da jurisdição do controle é o princípio do impulso oficial, segundo o qual cabe ao julgador determinar a apuração dos fatos e movimentar o processo na busca da verdade;
- f) na execução judicial de decisão condenatória dos Tribunais de Contas, seus agentes, se regularmente notificados, comparecem em juízo na condição de peritos do juiz e não como auxiliares da acusação, posto que continuam preservando a imparcialidade que fez a Corte firmar o direito e o débito pertinentes à conta julgada. (JACOBY FERNANDES (2016, p. 195-196)

No mais, utiliza-se o sistema do Código de Processo Civil para a produção de provas, com sua dispensa em relação a fatos notórios, fatos admitidos em processo como incontroversos e admitidos pela parte ou em grau de confissão.

Na órbita de atuação dos Tribunais de Contas, presume-se a legalidade e a legitimidade dos atos produzidos por agente público, de forma a indicar em grau relativo a condição de validade do ato praticado ou como meio de indicar a responsabilidade do agente em sua realização, na formação da culpabilidade, como será exposto adiante.

#### 4 DIREITO À DEFESA TÉCNICA

Outra vertente da ampla defesa com reflexos diretos no Direito Administrativo Sancionador refere-se à aplicação ou não do direito a defesa técnica.

A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado. Explica Fenech que a defesa técnica é levada a cabo por pessoas peritas em Direito, que têm por profissão o exercício dessa função técnico-jurídica de defesa das partes que atuam no processo penal, para pôr de relevo seus direitos.

A justificação da defesa técnica decorre de uma *esigenza di equilibrio funzionale* entre defesa e acusação e também de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder de autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz. Pode existir uma dificuldade de compreender o resultado da atividade desenvolvida na investigação preliminar, gerando uma absoluta intranquilidade e descontrole. Ademais, havendo uma prisão cautelar, existirá uma impossibilidade física de atuar de forma efetiva. (LOPES JR, 2019, p. 101)

A justificativa jurídica para equiparação de armas foi relevada na esfera do Direito Administrativo Sancionador, diante do entendimento esposado na Súmula Vinculante nº 5<sup>10</sup> do STF, que dispensou a presença de advogados e defensores nos processos

---

<sup>10</sup> Súmula Vinculante 5: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição".

disciplinares, entendimento que foi estendido para todos os processos administrativos de caráter sancionador.

Esse posicionamento justifica-se em razão da inafastabilidade de revisão por parte do Poder Judiciário das decisões sancionatórias tomadas na esfera administrativa, o que por si só preserva o acusado de possíveis erros de julgamento.

Nas relações entre Administração e administrados, o suporte da função jurisdicional é capaz de sanar a relação de hipossuficiência diante das garantias do devido processo legal. Por outro lado, na relação interna da Administração Pública com seus agentes, principalmente nos processos disciplinares<sup>11</sup>, o funcionário público é dotado de notório conhecimento técnico para o desenvolvimento de suas atividades, reconhecido pelo Direito em razão da presunção de veracidade e legalidade dos atos por ele praticados, o que mitiga a relação de hipossuficiência entre as partes.

A ausência de defesa técnica não se confunde com a ausência de defesa nos autos do processo, o direito de defesa é garantia inquestionável do acusado, sendo-lhe assegurada inclusive, na ausência de defensor por ele escolhido, a constituição de defensor dativo<sup>12</sup> (artigo 164 da Lei 8.112/1990).

Na área disciplinar, como não poderia deixar de ser, o servidor indicado não é obrigado a se defender. Todavia, isso não significa dizer que possa ele, ao seu inteiro alvedrio, dispor dessa garantia não só legal, como também natural. Ele não poderá ser coagido a tanto, mas também não poderá, de forma expressa ou tácita, renunciar a essa franquia individual.

Por conseguinte, pode-se assentar que não terá validade jurídica alguma a manifestação de vontade do indiciado externando que dispensa a elaboração de sua defesa escrita. Tal colocação omissiva de defesa, caso fosse aceita pelas normas processuais disciplinares, poderia acarretar um juízo disciplinar

---

<sup>11</sup> "Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão. Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da CF/1988. [...] Por si só, a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo com habilitação não importa nulidade de processo administrativo disciplinar [...]. Ressalte-se que, mesmo em determinados processos judiciais – como no *habeas corpus*, na revisão criminal, em causas da Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais –, esta Corte assentou a possibilidade de dispensa da presença de advogado. [...] Nesses pronunciamentos, o Tribunal reafirmou que a disposição do art. 133 da CF/1988 não é absoluta, tendo em vista que a própria Carta Maior confere o direito de postular em juízo a outras pessoas" (STF, RE 434.059, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 7 maio 2008, DJE 172, 12 set. 2008).

<sup>12</sup> "Conforme já assentado pela decisão ora agravada, tendo sido o recorrente omissivo quanto à apresentação de defesa, a comissão processante cuidou de nomear, em substituição ao advogado oficiante no feito, um defensor dativo, a fim de que fosse sanada tal omissão. [...] Assim, ao contrário do afirmado pelo recorrente, não houve cerceamento de defesa. Ademais, o fato de a defesa final ter sido realizada por bacharel em Direito, em vez de advogado inscrito na OAB, não viola o texto constitucional, pois, conforme entendimento já firmado por esta Corte, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição (Súmula Vinculante 5). Dessa forma, não há fundamentos capazes de infirmar a decisão agravada" (RE 570.496 AgR, voto do rel. min. Gilmar Mendes, 2. T, j. 28 fev. 2012, DJE 52, 13 mar. 2012).

truncado. E isso não é permitido, em princípio, pelo Direito Punitivo Geral. Com esse desfalque de defesa, o processo disciplinar, com certeza, inclinar-se-á para o desaguadouro da nulidade absoluta.

Caso não pretenda exercer, por iniciativa própria, esse direito, será o indiciado considerado como revel. E, nessa qualidade, passará a ser assistido por defensor dativo, nomeado de ofício. (COSTA, 2010, p. 254-255)

Em que pese a vinculação do Pretório Excelso ao entendimento da Súmula 5, concebemos cuidar-se de medida político-administrativa ante a possível nulidade de processos disciplinares em instâncias menores e sem a estrutura necessária para garantia efetiva deste exercício de defesa.

A Constituição Federal é clara ao outorgar a garantia do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV) e da defesa (artigo 5º, inciso LV); ao afirmar indispensável a presença de um advogado como meio de administrar a justiça (artigo 133); ao designar a Defensoria Pública como órgão apto a garantir a defesa em todos os órgãos (judiciais e extrajudiciais) e instâncias, de forma integral e gratuita (artigo 134).

Também nos processos disciplinares e sancionadores consideramos necessário que se designe, se não o tiver o administrado, advogado *ad hoc*. Só assim se garantirá o *due process of law*, com ampla defesa, contraditório suficiente e, como corolário lógico, o direito de ser ouvido devidamente.

Parece-nos, ainda, que, se houver necessidade de prova pericial, v.g., inspeções de mercadorias, de pessoas etc., o administrado terá direito de indicar assistente técnico de sua confiança a acompanhar a prova. (FIGUEIREDO, 2001, p. 340)

Em 2003, o Superior Tribunal de Justiça, em face dos inúmeros pedidos de anulação de procedimentos disciplinares, exarou a Súmula 343<sup>13</sup>, que considera imprescindível a presença de causídico para efetivar o direito de defesa, o que passou a ser apontado em todos os processos sancionadores na seara administrativa.

De modo geral, o fundamento dos precedentes que culminaram na prescrição da Súmula 343 gira em torno da proteção de um bem jurídico de grande valia, passível de ameaça com a aplicação de sanções. E, no caso, a defesa técnica deveria ser patrocinada de forma exclusiva por advogado inscrito junto à Ordem dos Advogados do Brasil ou Defensor Público<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Súmula 343: "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar".

<sup>14</sup> "Defesa técnica e consequência grave, e a aplicação da regra constitucional em toda a sua extensão. Ainda no que tange à assistência de advogado, não se vê porque tal assistência e defesa técnica seja essencial no processo judicial e possa ser dispensada num processo administrativo frequentemente de grande relevância, em que o indiciado acha-se ameaçado com a pena de demissão! É o já mencionado *Tucci* quem salienta a *necessidade de defesa técnica*, consumada por advogado, em qualquer processo, em acatamento ao princípio da ampla defesa consagrado na Carta Magna e extensivo também ao processo administrativo, como adiante transcrito. Diz Tucci: "[...] indubitavelmente, a assistência de defensor técnico ao indiciado,

Em resposta à fixação do entendimento sumular pelo Superior Tribunal de Justiça, e diante da possibilidade de inúmeros pedidos de nulidade oriundos dos milhares de casos espalhados pela Administração, entes federativos e todas as esferas públicas de atribuição e contratação de pessoal, preferiu o Pretório Excelso fixar entendimento diverso dispensando a figura do advogado.

Para Egon Bockmann Moreira, a defesa técnica consubstancia a faculdade da parte de ser representada por advogado ou perito nos autos, entretanto, destaca como necessária a presença de causídico quando se trata de imposição de sanção. De acordo com seu entendimento, a Súmula Vinculante nº 5 não exige como condição de validade do processo a existência de defesa técnica nos autos, apenas alerta quanto à possibilidade da constituição de advogado. "A parte pode decidir promover sua defesa de forma autônoma, abdicando da presença do advogado, e essa escolha há de ser respeitada (com todos os ônus e bônus daí resultantes)" (MOREIRA, 2017, p. 4299-430).

O princípio da ampla defesa no Direito Administrativo Sancionador é tão relevante que qualquer óbice ao seu regular exercício, normalmente materializado por meio de defesa técnica, acarreta a natural declaração de nulidade dos atos praticados.

A Súmula Vinculante nº 5 do STF compreende o papel da defesa realizada por advogado em processo administrativo disciplinar, o que em tese admite que a ampla defesa poderia ser materializada pela representação de outro profissional ou pelo próprio acusado, porém, diante do exposto anteriormente, filiamo-nos ao texto constitucional a partir de uma interpretação cuja tradução literal alcança seu verdadeiro expoente, qual seja, o advogado é essencial à administração da Justiça.

O Tribunal de Contas da União prevê, em disposição expressa em seu Regimento Interno, que as partes podem praticar os atos processuais diretamente ou por procurador

---

tanto quanto ao acusado, passa a ser inarredável elemento componente de garantia da ampla defesa, na generosa concepção (e, portanto, infensa a qualquer restrição) que lhe outorga a Carta Magna de nossa República Federativa".

No processo administrativo, a ausência de defesa técnica grave prejuízo pode causar ao indiciado. Pondera, ainda, aquele jurista que o dispositivo constitucional assecuratório da ampla defesa, "além de tornar certo que o preceptivo se volta aos litigantes em processo judicial, conferiu igual destinação aos envolvidos em processos administrativos. Esta inclusão foi extremamente oportuna porque veio consagrar uma tendência que já se materializava no nosso direito, qual seja: a de não dispensar estas garantias aos indiciados em processos administrativos. Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se revestem do caráter de coisa julgada, sendo passíveis portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direitos individuais cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário".

Essas "graves lesões" a que alude o eminente jurista podem configurar penalização gravíssima ao indiciado e perda do cargo público, ocasionando-lhe, assim, danos praticamente irreversíveis" (FORSTER, 2007, p. 221-222).

constituído, ainda que este não seja advogado<sup>15</sup>. Ainda, com a finalidade de bem cumprir o disposto constitucional, a Resolução nº 36, de 30 de agosto de 1995, descreveu os procedimentos sobre o exercício da ampla defesa no âmbito do Tribunal de Contas da União, sendo que seu artigo 13 considera a constituição de advogado nos autos faculdade concedida à parte, e não obrigatoriedade. Porém, entendemos que a defesa poderia apenas ser considerada eficaz, com a presença de um defensor público ou advogado privado na condução de defesa dos fatos apurados.

Nos processos perante os Tribunais de Contas, a relação entre o poder de controle e os gestores e agentes públicos é especialmente peculiar.

Conforme descreve Jacoby Fernandes, em que pese o teor constitucional acerca da indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, a relação processual estabelecida perante a Corte de Contas, de natureza diferenciada, permite a postulação direta do interessado.

Com referência à jurisdição de controle, com muito mais razão deve ser mantida a possibilidade da parte fazer-se representar diretamente perante as Cortes de Contas. Para o caso, devem ser lembrados os seguintes fundamentos.

- a) o julgamento não é restrito à legalidade, mas abrange a legitimidade e a economicidade;
- b) os julgadores têm formação multidisciplinar, favorecendo a argumentação, também multidisciplinar;
- c) os argumentos e a demonstração dos motivos da prática dos atos, como regra, já são previamente documentados, em matéria de contas públicas. Aqui há uma inversão do princípio da legitimidade, pois quem lida com recursos públicos administra algo que não lhe pertence e que está ineludivelmente associado ao dever de prestar contas. Logo, a documentação é um princípio não apenas da contabilidade pública, como de todas as atividades que envolvem recursos públicos;
- d) os agentes públicos, mesmo perante a Corte, devem ser leais às instituições a que servem, declarar a verdade dos fatos e servir ao interesse público. De fato, mesmo que, numa primeira impressão, pareçam estar em condição oposta à do julgador e do julgado, pela peculiar situação de que desfrutam como vinculados ao interesse público;
- e) é da tradição dos Tribunais de Contas, no Brasil e no exterior, o exercício do *jus postulandi*. (JACOBY FERNANDES, 2016, p. 626-627)

Mesmo diante de tal peculiaridade, entendemos que o principal apontamento consiste na obrigação de prestar contas, o que pode submeter o gestor público a situações extremamente técnicas que extravasam o conhecimento ordinário mesmo daqueles que estão à frente da Administração Pública, razão pela qual deve-se garantir no processo a

---

<sup>15</sup> Regimento Interno TCU: Art. 145 "As partes podem praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procuradores regularmente constituídos, ainda que não seja advogado".

assistência de profissional da advocacia<sup>16</sup> ou especializado em contabilidade pública, quando necessário.

Tendo em vista a análise de processos nas Cortes de Contas, consideramos que a diversidade multidisciplinar afeta aos temas ali discutidos pode suscitar, além da autodefesa, a representação do interessado por profissional habilitado em finanças públicas, gestão pública, advocacia.

#### 4.1 A PARTICIPAÇÃO DAS ADVOCACIAS PÚBLICAS PERANTE TRIBUNAIS DE CONTAS, NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA DOS AGENTES PÚBLICOS

Aspecto controvertido consiste na designação das advocacias públicas para a defesa dos gestores públicos, bem como a extensão dessa atribuição quando cessa a função do gestor público.

Em razão do pacto federativo, cada ente deveria reger suas procuradorias na designação de tal mister, sendo que a maioria dos Estados e Municípios deixou de apresentar projetos de lei em suas casas legislativas respectivas nesse sentido, impedindo, assim, o livre exercício da advocacia pública no interesse de gestores públicos.

Além da necessidade de regulamentação normativa quanto ao exercício da defesa técnica, argumenta-se que o defensor público está investido na defesa da Administração Pública exclusivamente (MOTTA e SILVEIRA, 2021, p. 120) e não na de seus servidores, argumentação esta que entendemos descabida.

A Advocacia Geral de União é um dos poucos órgãos autorizados expressamente<sup>17</sup> a atuar na defesa dos agentes públicos federais, quando estabelecido o liame entre os assuntos tratado no processo e o legítimo exercício da atividade destes<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> “Para nós, o procedimento de apreciação das contas anuais, em face das graves repercussões que podem ensejar na esfera jurídica dos responsáveis, exige a presença de advogado para bem desempenhar uma defesa adequada. Muitos processos de apreciação de contas anuais podem gerar procedimentos apartados, com julgamento feito diretamente pelo Tribunal e cujas consequências são de expressiva gravidade, caso não seja o administrador bem defendido. De toda sorte, a decisão que aprecia o parecer prévio impõe a necessidade de o responsável conseguir maioria qualificada de dois terços para reverter tal decisão na edibilidade, lembrando que, em caso de rejeição por restrição de natureza insanável, pode ainda ocorrer a inelegibilidade do responsável pelas contas anuais (talvez evitável, se bem defendido)” (SANTOS, 2006, p. 123-124).

<sup>17</sup> Cf. art. 22 da Lei no 9.028, de 12 de abril de 1995, e a Portaria AGU n° 428, de 28 de agosto de 2019.

<sup>18</sup> FERNANDES, 2016: Ainda em relação à Portaria n° 408, o § 4°, art. 4°, estabelece o conteúdo mínimo da decisão quanto à representação judicial do agente público. Assim, define que deve ser examinado: o enquadramento funcional do agente público nas situações previstas no art. 22 da Lei no 9.028/1995; a natureza estritamente funcional do ato impugnado; a existência de interesse público na defesa da legitimidade do ato impugnado; a existência ou não de prévia manifestação de órgão da AGU ou da PGF responsável pela consultoria e assessoramento da autarquia ou fundação pública federal sobre o ato impugnado; a consonância ou não do ato impugnado com a orientação jurídica definida pelo Advogado-Geral da União, pelo Procurador-Geral Federal ou pelo órgão de execução da AGU ou da PGF; e a narrativa

Merece destaque a Lei Federal nº 14.133/2021, conhecida como a “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, cujo artigo 10 conferiu a prerrogativa da defesa pelos órgãos da Advocacia Pública às autoridades competentes e aos servidores que atuaram em contratações públicas, quando demandados em razão do exercício de suas atividades. A lei assegura a defesa inclusive daquele que deixou a função pública e esteja sendo ou venha a ser demandado por atos praticados durante o desempenho de sua função.

Os debates doutrinários começam a surgir quanto ao impacto e constitucionalidade da novel legislação, em parte no que tange à impossibilidade de uma norma geral de licitações impor obrigação direta a todos os entes federados (VALE; OLIVEIRA e MOTTA; SILVEIRA, 2010, p. 120), com fundamento no artigo 134 da Constituição Federal. Majoritariamente, os estudos discutem a preponderância do pacto federativo e as expressas disposições constitucionais que indicam a competência expressa de cada ente para estruturar as suas procuradorias, de forma que a disposição normativa em comento deveria restringir-se apenas à União, dada a característica específica do dispositivo legal (OLIVEIRA; REZENDE, 2021, p. 08).

Em nossa opinião, o referido artigo 10 da Lei de Licitações consiste em um comando normativo a ser interpretado diante do caso concreto, em decorrência da colisão entre princípios constitucionais. De um lado estão os princípios do justo processo legal, do contraditório e da ampla defesa e do outro o comando constitucional de atribuição descentralizada da competência para estruturação da advocacia pública no âmbito de cada ente federado, sendo que, sob o critério lógico da ponderação, impõe-se reconhecer a prevalência do direito fundamental de defesa sobre o pacto federativo.

Por fim, cumpre consignar que o disposto no artigo 10 da Lei nº 14.133/21 pode ser aplicado a todos entes federados até que estes apresentem regulamentações próprias sobre o tema. Ademais, constitui direito do agente público solicitar expressamente sua defesa junto aos processos dos quais seja intimado quando não for atendido por parte das procuradorias locais. Entendemos, ainda, pela possibilidade de o ente público contratar serviços privados de advocacia quando não exista nos quadros advocacia pública à sua disposição.

---

sobre o mérito e o pronunciamento sobre o atendimento aos princípios que norteiam a Administração Pública (JACOBY FERNANDES, 2016)

## 5 CONCLUSÃO

Expressamos neste artigo a opinião de que o direito à defesa técnica perante os Tribunais de Contas constitui imperativo a ser observado sob pena de nulidade absoluta do respectivo processo administrativo, em decorrência da leitura sistemática do texto constitucional e da aplicação dos parâmetros de ponderação, além de reconhecermos que o agente público, enquanto revestido da função pública, desempenha atos em prol da Administração Pública, cabendo a esta o custeio da defesa de seu servidor, sob pena de enriquecimento sem causa.

O exercício da função pública, principalmente quando atrelado à gestão de recursos públicos, pode demandar tomadas de decisões baseadas na orientação de funcionários de setores diversos, com expertise distintas daquelas exigidas do cargo de gestor. Ademais, dada a relevância das atividades do gestor público em um Estado Democrático de Direitos, este deve efetivamente tutelado pelo corpo jurídico da Pasta, principalmente nos casos em que são sindicados atos ou processos administrativos por órgãos de controle externo no exercício de atividade sancionadora que envolvam suas práticas e os assuntos por ele tratados.

Em outras palavras, se é dever do Estado tutelar o bom funcionamento da máquina pública, ao mesmo tempo que preserva os direitos fundamentais dos administrados e também daqueles que exercem a função pública, estaria beneficiando-se duplamente quando investiga, acusa e sanciona [suprido de todos os recursos inerentes a essas atividades], mas deixa para o agente público acusado que defenda, em última análise, o regular exercício da função pública com os poucos recursos pessoais que detém, em verdadeira disparidade de armas e enriquecimento sem causa.

Não se nega, contudo, o teor da Súmula Vinculante nº 5 do STF, que considera dispensável a realização de defesa técnica no âmbito dos processos administrativos. Contudo, para além das críticas tecidas e mencionadas no presente artigo, principalmente no que concerne à natureza política do posicionamento da Corte Suprema, cumpre salientar que tanto a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quanto a Nova Lei de Licitações apontam em outra direção, renovando a perspectiva, após anos de constatação de verdadeira redução substancial do direito à defesa, ao contraditório e ao devido processo legal ao reforçar a importância da defesa técnica, em especial, no campo do Direito Administrativo Sancionador.

Não por outra razão, afirmamos que se há risco de imposição de sanção ao agente público no bojo de processo administrativo em trâmite nas Cortes de Contas, necessário

se faz que o Estado garanta-lhe defesa técnica por meio de seu próprio corpo jurídico, como corolário da preservação de todos os princípios elencados neste artigo, mas em especial, pela própria relevância da gestão dos recursos públicos, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR. Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA, José Armando da. **Processo Administrativo Disciplinar: teoria e prática**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FORSTER, Nestor José. **Direito de Defesa**. São Paulo: LTr, 2007.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Direito de defesa judicial do servidor público pela Advocacia Geral da União. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4651, 26 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47582>. Acesso em: 7 mai. 2022.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LOPES JR., Amauri. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de J. Alves de Sá. Campinas: Servanda, 2013.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Comentários aos artigos 7º a 10. In: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN Maurício (coords.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativo Comentada: Lei São Paulo**: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. **Por uma teoria do Direito Processual Penal: organização sistêmica.** Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A inconstitucionalidade do art. 10 da nova Lei de Licitações:** a invasão da competência dos estados e municípios.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Do Processo Administrativo e da Convalidação. In: SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães; SILVA, Alessandra Obara Soares da (orgs.). **Teoria Geral do Processo Administrativo.** São Paulo: Verbatim, 2013.