



Processo: 2019-GGKJH

Interessado: Conselho do Controle e da Transparência – Consect

Assunto: Participação de advogado em reunião do Consect

Relator: Fabrício Ceccato Borgo

RELATÓRIO

Na reunião ocorrida no dia 06 de agosto de 2019, por unanimidade de votos dos conselheiros presentes, e visando suprir a necessidade de se normatizar as eventuais solicitações de participação de Advogados nas sessões do Consect, foi sugerido pelo conselheiro Helmut Mutiz D'Auvila, a instauração de processo para que o Conselho pudesse se manifestar e deliberar sobre o tema.

E apesar de não existir demanda fundamentada e formalizada nos autos, capaz de proporcionar análise pormenorizada de um requerimento, mas existir a necessidade de se normatizar as eventuais solicitações de participação de advogado nas reuniões do Consect, entendo ser possível relatar e apresentar meu voto.

Adianto que em minhas decisões sempre busco me pautar pela existência de uma simetria entre os procedimentos ocorridos no Conselho Estadual de Correição do Poder Executivo e Conselho Estadual do Controle e da Transparência.

Desta feita, após o introdutório vem o questionamento: É cabível participação de Advogados nas sessões de julgamento do Consect?

É o relatório, no essencial. Passo a apreciação.



VOTO

Senhor Presidente,

Senhores Conselheiros,

Constantemente, a hipótese de participação de advogado nas reuniões do Consect é aventada por um ou outro Conselheiro. Principalmente, pelo Presidente, que é quem recebe os requerimentos dos causídicos em recursos de decisões proferidas em Processos Administrativo de Responsabilização – PAR, por atos praticados por pessoas jurídicas contra a administração pública, tipificados na Lei 12.846/2012 (Lei de combate à corrupção).

Em busca de resposta para o questionamento do Consect, analisei o processo administrativo nº 82769397, do ano de 2018, onde consta consulta realizada pelo então Presidente do Conselho Estadual de Correição – Consecor, à Procuradoria Geral do Estado, com questionamento análogo ao que o Consect se vê obrigado a responder e decidir.

As questões formuladas foram as seguintes:

(...)

1 - É possível, em caso de solicitação, a participação de advogados em reuniões do CONSECOR?

2 - Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, em quais situações deverão ser autorizadas a presença em plenário? Os advogados poderão fazer sustentação oral e acompanhar o voto dos conselheiros?

Em parecer que conta com 12 laudas, o então Procurador-Geral do Estado, Dr. Alexandre Nogueira Alves, discorreu sobre o tema com bastante profundidade não deixando margem para questionamentos outros, cuja conclusão trago *ipsis litteris*:



(...)

“Nesse contexto, não importa em ofensa ao art. 5º, inciso LV da CF188 eventual negativa de participação de advogados nas sessões do CONSECOR.

Em face do exposto, em resposta a consulta formulada, não havendo previsão de sustentação oral na legislação que regulamenta o julgamento de processos no CONSECOR, concluo não ser possível a participação de advogados, restando prejudicados os demais questionamentos.”

A normatização que institui e define as competências do Consect, assim como ocorre com o Consecor, também encontra-se submetida ao princípio da disciplina reguladora difusa, e estão incluídas nas disposições da Lei Complementar Estadual nº 856/2017, Resolução Consect nº 003/2017, que aprova o Regimento Interno do Conselho do Controle e da Transparência, e do Decreto Estadual nº 3.956-R/2016, que regulamenta, no âmbito do Poder Executivo Estadual, a Lei Federal nº 12.846/2013.

Mas em nenhum desses normativos citados acima é prevista a possibilidade de participação de advogados nas sessões de julgamento de recurso em Processo Administrativo de Responsabilização. O que me leva acreditar que o entendimento exposto no parecer da PGE, citado anteriormente, também deve ser aplicado ao Consect.

Entretanto, embora não haja a previsão para específico ato, o de participação de advogado nas sessões de julgamento para apresentação de sustentação oral, o Decreto Estadual nº 3.956-R/2016 concede o direito à ampla defesa e contraditório à pessoa jurídica processada, o que pode ser perfeitamente percebido pela simples leitura do art. 11, §4º e §5º, art. 13 e art. 19, como seguem:

Art. 11. O PAR será conduzido por comissão processante composta por três servidores estáveis e exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário não apenas à elucidação do fato ou à preservação da imagem dos envolvidos, mas também ao interesse da administração pública, garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório.

(...)

§4º Os atos processuais poderão ser realizados por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.



§5º A pessoa jurídica poderá acompanhar o PAR por meio de seus representantes legais ou procuradores, restando-lhes assegurado amplo acesso aos autos com extração de fotocópias, vedada a sua retirada mediante carga da repartição pública.

(...)

Art. 13. Instaurado o PAR, a comissão processante notificará a pessoa jurídica para, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do recebimento da notificação, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir.

(...)

Art. 19. Caberá recurso administrativo, com efeito suspensivo, contra a decisão administrativa de responsabilização, o qual poderá ser interposto no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da notificação da pessoa jurídica envolvida e da Procuradoria Geral do Estado.

A legislação estadual citada acima, assegura, de forma plena, o exercício do direito à ampla defesa e contraditório, mas não obriga a administração a permitir a participação de advogado em sessões de julgamento.

No parecer da PGE o Procurador-geral, ao trazer a lição de Hely Lopes Meirelles¹, se posiciona da seguinte forma:

“Assim, no caso, a legislação de regência atende de forma plena a comando constitucional, ao assegurar a ampla liberdade no exercício do direito de defesa, mediante a oportunização de defesa técnica no bojo do processo administrativo.

*Destaco, ainda, a relevância da aplicação do princípio do informalismo na seara do procedimento administrativo. sendo bastante elucidativas as palavras de Hely Lopes Meirelles sobre o assunto, *ipsis litteris*:*

O princípio do informalismo dispensa ritos sacramentais e formas rígidas para o processo administrativo (...). Bastam as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental. (...) Realmente, o processo administrativo deve ser simples, despido de exigências formais excessivas, tanto mais que a defesa pode ficar a cargo do próprio administrado, nem sempre familiarizado com os meandros processuais. Todavia, quando a lei impõe uma forma ou uma formalidade, esta deverá ser atendida, sob pena de nulidade do procedimento, mormente se da inobservância resultar prejuízo para as partes. (...)”

¹ Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. Maiheiros: São Paulo. p. 655/656. (citado no parecer da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo constante do processo de consulta 82769397)



Até mesmo para a ausência de defesa técnica elaborada por advogado o entendimento é o de que não fere a Constituição. Ou seja, não se caracteriza como cerceamento de defesa ou ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Essa é a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 434.059/DF, que culminou com a edição, no ano de 2008, da súmula vinculante nº 5 do STF, que aduz que *"a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição"*.

Sobre a edição da súmula vinculante nº 5 do STF, o Procurador-geral do Estado do Espírito Santo, no parecer à consulta do Consecor, apresenta os motivos que levaram o STF a decidir de tal forma, argumentando o seguinte:

"Registre-se que a edição da referida súmula ocorreu por ocasião do julgamento de recurso extraordinário por meio do qual se questionava acórdão proferido pelo Colendo STJ que, em sede de mandado de segurança, anulou portaria de demissão de servidora pública, ao fundamento de que o processo administrativo disciplinar não teria respeitado a garantia do devido processo legal, uma vez que a mesma não havia sido representada por advogado. Entendimento este sumulado pelo STJ, no verbete n. 343, que aduz que "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplina?"

O que leva à conclusão lógica de que, se devidamente garantido o direito à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa será exercida em sua plenitude no âmbito do processo administrativo, e assim, a negativa de participação de advogados nas reuniões do CONSECOR não importará em ofensa ao art. 5º, inciso LV, da CF/88."

A conclusão a que chegou a Procuradoria Geral do Estado sobre o tema, lançada no parecer jurídico da lavra do Procurador-geral do Estado, Dr. Alexandre Nogueira Alves, ou seja, a de que não havendo previsão de sustentação oral na legislação que regulamenta o julgamento de processos no CONSECOR, não é possível a participação de advogados nas sessões do conselho, e que essa negativa não importa em ofensa ao art. 5º, inciso LV, da CF/88, é a que perfilho, não restando dúvidas, ao meu ver, que outro entendimento poderia existir.



Como relatei, sempre me pautarei em proferir decisões que estejam simetricamente alinhadas às decisões ocorridas no Conselho Estadual de Correição do Poder Executivo. Pois, tanto ele como o Consect, são presididos pelo Secretário da Secont e, resguardadas as especificidades de cada conselho, possuem as características de serem conselhos que visam apurar e sancionar atos ilícitos praticados contra a administração pública. Entendo, portanto, que a Secont não pode tratar os conselhos de forma díspar.

Após a análise da proposição e contextualização jurídica, utilizando-me do parecer da PGE que segue anexo ao presente, **VOTO**, desta forma, no sentido de não ser cabível a participação de Advogados nas sessões do Consect.

Vitória, 18 de dezembro de 2020.

Fabício Ceccato Borgo
Auditor do Estado
Conselheiro Relator

Acompanham o voto:



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

Processo n.º: 82769397

Interessado: CONSECOR

Assunto: Consulta. Participação de advogados em sessões do CONSECOR.

1. Do relatório.

Trata-se de consulta formulada pela CONSECOR às fls. 01/02 sobre a possibilidade de participação de advogados nas sessões realizadas pelo Conselho.

Questiona a Consulente:

"[...] 1 – É possível, em caso de solicitação, a participação de advogados em reuniões do CONSECOR?"

2 – Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, em quais situações deverão ser autorizadas a presença em plenário? Os advogados poderão fazer sustentação oral e acompanhar o voto dos conselheiros? [...]"

É o relatório, no essencial. Passo a apreciação.

2. Da análise jurídica.

2.1 Da inexistência de previsão de sustentação oral nas reuniões do CONSECOR.

Questiona a Consulente sobre a possibilidade de participação de advogados nas reuniões realizadas pelo CONSECOR, quando houver solicitação.

A normatização do processo administrativo encontra-se submetida ao princípio da disciplina reguladora difusa, no que se incluem as disposições da Lei Complementar Estadual n. 847/2017 quanto a Resolução CONSECOR n. 001/2017, dentre outras.

E tanto a Lei Complementar Estadual n. 847/2017 quanto a Resolução CONSECOR n. 001/2017 não preveem a possibilidade de participação de advogados nas sessões de

1



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

juízo do Conselho.

Nesta seara, o inciso LV do art. 5º preconiza 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”.

Sobreleva mencionar que o texto constitucional não expõe, com clareza, as práticas a serem desenvolvidas nos processos administrativos a fim de que seja respeitada a ampla defesa. É preciso, assim, identificar a linha mestra a respeito do tema em exame: para que seja respeitado o princípio da ampla defesa no processo administrativo, basta que seja assegurado o direito de ser representado por advogado constituído. O litigante tem a faculdade de se utilizar da defesa técnica, o que não pode ser negado pela Administração. Porém, trata-se de direito disponível, e não obrigação imposta ao acusado ou a Administração.

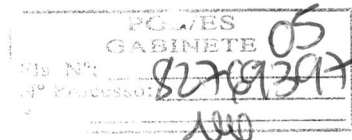
A garantia da ampla defesa exterioriza-se, pois, por meio de diversos elementos, dentre os quais a mera faculdade de o litigante dispor de defesa técnica. E como direito fundamental de caráter processual, possui âmbito de proteção estritamente normativo, comportando, assim, maior margem de apreciação pelo legislador na definição de seu conteúdo.

Assim, no caso, a legislação de regência atende de forma plena o comando constitucional, **ao assegurar a ampla liberdade no exercício do direito de defesa, mediante a oportunização de defesa técnica no bojo do processo administrativo.**

Destaco, ainda, a relevância da aplicação do princípio do informalismo na seara do procedimento administrativo, sendo bastante elucidativas as palavras de Hely Lopes Meirelles¹ sobre o assunto, *ipsis litteris*:

“[...] O princípio do informalismo dispensa ritos sacramentais e formas rígidas para o processo administrativo [...]. Bastam as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental. [...] Realmente, o processo

¹ Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. Malheiros: São Paulo. p. 655/656.



Governo do Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Estado

administrativo deve ser simples, despido de exigências formais excessivas, tanto mais que a defesa pode ficar a cargo do próprio administrado, nem sempre familiarizado com os meandros processuais. Todavia, quando a lei impõe uma forma ou uma formalidade, esta deverá ser atendida, sob pena de nulidade do procedimento, mormente se da inobservância resulta prejuízo para as partes. [...]"

Infere-se, pois, que a legislação estadual assegura, de forma plena, o exercício do direito de defesa, tendo em vista os mecanismos recursais nela previstos.

Mas não é só.

2.2 Da Súmula Vinculante n. 5 do STF.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme quanto à desnecessidade da presença de advogado nos processos administrativos disciplinares.

Inclusive, no julgamento do RE 434.059/DF o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, concluiu que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição Federal.

No referido precedente, o Excelso Pretório definiu o direito à defesa consagrado no art. 5º, LV, da CF/88, como consistindo no direito de informação, no direito de manifestação e no direito de ver seus argumentos considerados. Assim, se garantidos tais direitos, não se poderia falar em ofensa ao princípio da ampla de defesa.

Como observa-se da leitura da v. decisão proferida pelo Excelso Pretório, é possível identificar que a conclusão alçada fundamentou-se, a saber, na: i) Desnecessidade de defesa técnica; ii) Necessidade de defesa técnica somente se a complexidade da questão assim a exigir; iii) Indispensabilidade do advogado apenas à administração da justiça, assim considerando somente o exercício da função jurisdicional (art. 133 da CF); iv) A exigência de defesa técnica significaria uma defesa transbordante; v) a obrigatoriedade da defesa técnica implicaria no asoerramento da Defensoria Pública; vi) O exercício do contraditório é



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

facultativo ao acusado, tal como no processo civil; vii) A necessidade de defesa técnica no processo penal justifica-se por tratar-se de um direito indisponível; viii) É facultativa a nomeação de procurador, que não precisa ser advogado (art. 156 da Lei 8.112/90).

O restou assim ementado:

Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE 434059, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008)

O julgamento do RE 434.059/DF culminou com a edição, no ano de 2008, da Súmula Vinculante n. 5 do STF, que aduz que “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Referido enunciado não elimina o direito de defesa, nem o direito de se defender por advogado. O que traduz é que não é obrigatória a presença do advogado no processo administrativo disciplinar.

Registre-se que a edição da referida súmula ocorreu por ocasião do julgamento de recurso extraordinário por meio do qual se questionava acórdão proferido pelo Colendo STJ que, em sede de mandado de segurança, anulou portaria de demissão de servidora pública, ao fundamento de que o processo administrativo disciplinar não teria respeitado a garantia do devido processo legal, uma vez que a mesma não havia sido representada por advogado. Entendimento este sumulado pelo STJ, no verbete n. 343, que aduz que “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

O que leva à conclusão lógica de que, se devidamente garantido o direito à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa será exercida em sua plenitude no âmbito do processo administrativo, e assim, a negativa de participação de advogados nas reuniões do CONSECOR não importará em ofensa ao art. 5º, inciso LV, da CF/88.



PGJ/ES
GABINETE
Fls. Nº: 82762397
Nº Processo: 82762397
R.: [assinatura]

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Na ocasião do julgamento do RE em epígrafe, os Ministros do STF manifestaram claramente a preocupação em obstar os efeitos da Súmula n. 343/STJ, visto que a divergência de entendimento entre os Tribunais Superiores acarrearía grave insegurança jurídica, além da multiplicação de processos idênticos.

Como pontuou o Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, “[...] a existência de súmula do STJ justifica a edição de súmula vinculante em caráter excepcional. Exatamente por isso, acho que devemos afirmar o contrário do que está na súmula do STJ, dizendo que não é obrigatória a defesa técnica por advogado em processo administrativo. [...]”.

Registre-se que o Conselho Federal da OAB propôs, ainda no ano de 2008, o cancelamento da referida súmula (PSV n. 58), o que foi rejeitado, por maioria, pelo STF.

No pedido inicial, o Conselho Federal da OAB alegou, preliminarmente, a ausência dos pressupostos constitucionais para a edição de súmula vinculante, a saber: i) ausência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional; e ii) ausência de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. No mérito, firmou, em suma, que o conteúdo da súmula contrariaria o direito fundamental ao contraditório e ampla defesa.

Em seu voto vencido, o Eminentíssimo Ministro Edson Fachin aventou que o STF, posteriormente à Súmula, teve novas decisões a respeito do tema, *ipsis litteris*:

“[...] considero, no entanto, que as exceções reconhecidas em sede de reclamação, assim como o alcance possível de ser atribuído ao direito à ampla defesa à luz do que indicado na jurisprudência comparada, estão a indicar que o verbete sumular pode, de fato, prejudicar eventual aperfeiçoamento da compreensão do Tribunal sobre a matéria. [...]”

Também a Lei 9.784/99, em seu art. 3º, IV (“direito de fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei”), reconheceu ao legislador espaço para a conformação de situações em que a presença do advogado poderia ser considerada obrigatória. Noutras palavras, inexistente vedação constitucional



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

para reconhecer o direito à assistência legal obrigatória no âmbito do processo administrativo disciplinar. [...]

Porém, os precedentes citados dizem respeito à falta grave cometida no âmbito do sistema penitenciário, afetos à execução penal, no que não se coadunam com o caso vertente.

Ademais, tal tese não foi acolhida pela maioria dos Ministros, eis que, na visão do Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, “[...] não acho que elas tenham importado em mudança de jurisprudência, porque a Súmula se refere ao típico processo administrativo disciplinar no âmbito da Administração Pública e não propriamente no âmbito de infrações do sistema penitenciário. [...]”. E pontuou que “[...] eu acho que não houve mudança de jurisprudência, nem vislumbro, com todas as vênias e apesar do brilho da sustentação e dos votos que me antecederam, uma mudança que me animasse a mudar uma súmula. [...]”.

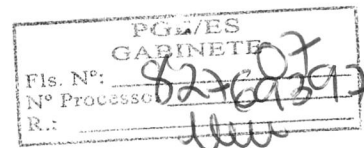
Da mesma forma, observou o Eminentíssimo Ministro Teori Zavascki que “[...] A jurisprudência do Supremo, depois da aprovação da súmula, não produziu - que eu saiba - nada que possa colocar em dúvida a higidez de seu enunciado. [...]”. E complementou:

“[...] A súmula não está eliminando o direito de defesa, nem o direito de se defender por advogado. Ela não está eliminando esse direito.

O que ela está dizendo é que não é obrigatória a presença do advogado. Se nós dissermos que esse enunciado ofende a Constituição, teremos mais razões para afirmar que também ofenderiam a Constituição aquelas normas que, em processo judicial, dispensam a presença de advogado, como foi salientado aqui. [...]

E como observou o Ministro Barroso, é preciso considerar - acho que o Ministro Ricardo também falou nisso - que as decisões dos processos administrativos estão sujeitas à ampla revisão no âmbito jurisdicional, no qual sim haverá defesa técnica necessária.

Por outro lado, simplesmente cancelar essa súmula, conforme a proposta feita pelo Ministro Marco Aurélio e pelo Ministro Fachin, neste momento, seria restaurar uma situação de insegurança total. Nós simplesmente devolveríamos à jurisdição normal uma discussão que a súmula buscou eliminar. Nós vamos operar no sentido oposto àquilo que é a finalidade de uma súmula vinculante. [...]”



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

Vislumbra-se que o STF reafirmou o posicionamento no sentido de que não é obrigatória a presença de advogado no âmbito do processo administrativo, sem que tal importe em violação ao direito de defesa.

Destarte, sendo dispensável a defesa técnica em processo administrativo, mostra-se desnecessária a presença da parte ou de seu advogado em sessão de julgamento, cujas ausências não implicam em qualquer nulidade.

Por conseguinte, a ausência de previsão de sustentação oral e participação das sessões do CONSECOR, não induz ao cerceamento de defesa.

2.3 Da jurisprudência posterior à edição da Súmula Vinculante n. 5.

Em que pese em um momento anterior não haver entendimento uníssono na jurisprudência pátria sobre o tema, após a edição da Súmula Vinculante n. 5 a questão restou pacificada.

A este respeito, o Excelso Pretório:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO DISCIPLINAR. DIREITO DE DEFESA TÉCNICA. 1. O exercício da ampla defesa e do contraditório em Processo Administrativo Disciplinar prescinde da presença de advogado. Precedentes. 2. A falta de defesa técnica por advogado habilitado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição Federal. RE 434.059/DF. Súmula Vinculante STF 5. 3. Agravo regimental improvido. (STF, AI-Agr 473.883, relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 27/04/2010, DJe: 21/05/2010)

Em consonância, a jurisprudência pátria:

MANDADO DE SEGURANÇA Â- PROCESSUAL CIVIL Â- PRELIMINAR Â- INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA Â- REJEIÇÃO Â- DECISÃO ATACADA Â- NATUREZA ADMINISTRATIVA Â- DEMISSÃO DE MAGISTRADO SEM VITALICIEDADE - SÚMULAS 267 E 268, STF Â- NÃO APLICAÇÃO Â- APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO Â- ART. 5º, XXXV, CR Â- GARANTIA FUNDAMENTAL Â- MÉRITO Â- PRESENÇA DA

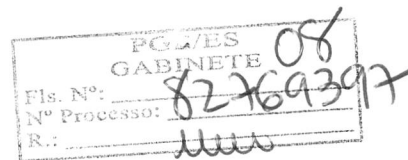


**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

PARTE OU ADVOGADO NA SESSÃO DE JULGAMENTO Â- DESNECESSIDADE Â - SÚMULA VINCULANTE n. 5, STF Â- DEFESA TÉCNICA PRESCINDÍVEL Â- PEDIDO DE ADIAMENTO Â- COMUNICAÇÃO AO RELATOR EM TEMPO HÁBIL - ÔNUS DA PARTE Â- SUSTENTAÇÃO ORAL Â- MERA FACULDADE - ORDEM DENEGADA 1. Não há de se falar em aplicação dos enunciados n. 267 e 268 da súmula do Supremo Tribunal Federal, dado que a decisão atacada, por cuidar de demissão de magistrado ainda não vitalício, possui natureza eminentemente administrativa. 2. A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXV, garante que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, afigurando-se a impetração contra decisão administrativa perfeitamente cabível, ainda que proferida por um Tribunal. Preliminar de inadequação da via eleita rejeitada. 3. **Determinando a súmula vinculante n. 5 que é dispensável a defesa técnica em processo administrativo, mostra-se desnecessária a presença da parte ou de seu advogado em sessão de julgamento, cujas ausências não implicam qualquer nulidade.** 4. É ônus da parte comunicar ao relator, em tempo hábil, sua intenção de ver adiada a sessão de julgamento, dado que a sustentação oral a ser realizada perante o Tribunal é mera faculdade da parte. 5. Ordem denegada. (TJ-PI - Mandado de Segurança MS 201200010045034, Publicação: 18/07/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE REINTEGRAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE REJEITADA. MÉRITO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR REGULAR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, COM A MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA. 1) [...]. 2) Mérito - O ponto controvertido suscitado pelo apelante é bastante delimitado, isto é, a sua irrisignação é especificamente pela inobservância da ampla defesa, nos seguintes termos: i) **não viabilização de sustentação oral requerida em alegações finais;** ii) **ausência de intimação para participar da sessão do julgamento que culminou com a demissão;** e iii) **obrigatoriedade da presença de advogado em todos os atos do processo disciplinar.** 3) **Pois bem, a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal é firme quanto à desnecessidade da presença de advogado nos processos administrativos disciplinares. O texto da Súmula Vinculante nº 05 é suficientemente claro, sendo que o simples fato de haver força vinculante faz desnecessárias maiores digressões sobre o tema.** 4) Decerto, as questões levantadas pelo apelante devem ser interpretadas sob a ótica da teoria das nulidades.

8



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

adotando-se o brocardo francês "pas de nullité sans grief", de que não há nulidade sem prejuízo. "In casu", repito, não restou comprovado nenhum prejuízo, tendo o apelante tecido questionamentos genéricos. **Ademais, a sua presença ao longo do procedimento, acompanhado de advogado, desde a colheita dos depoimentos até as alegações finais, com apresentação de peças de defesa infirmam o alegado cerceio de defesa. Destaco, ainda, a relevância da aplicação do princípio do informalismo na seara do procedimento administrativo. 5) A legislação aplicável ao apelante (LC n.º 03/1990), policial civil, não dispõe sobre sustentação oral em sessão nem acerca da necessidade de sua presença no julgamento. Por outro lado, todas as disposições legais foram observadas, conforme se pode verificar nos autos do processo administrativo disciplinar em apenso. 6) Recurso conhecido e improvido, com a manutenção integral da sentença. (TJES. Apelação 024990195299, Relator: RONALDO GONÇALVES DE SOUSA, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgamento: 21/06/2011, Publicação: 01/07/2011)**

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - NULIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO - OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL - INOCORRÊNCIA. 1. O procedimento administrativo sem oportunidade de defesa ou com cerceamento de defesa é nulo, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo administrativo, ou mais, especificamente, da garantia de defesa. Confirmam-se: STF, RE-AgR 492.985, relator Ministro Eros Grau, DJ: 02/03/2007 e RMS 24823, relatora Ministra Ellen Gracie, DJ: 19/05/2006. 2. No caso dos autos, verifica-se que o impetrante teve o pleno direito de exercitar sua defesa para questionar, na via administrativa, a exigência apontada na notificação fiscal. Com isso, não se há de dizer que se retirou do contribuinte o direito de questionar o seu mérito. 3. **Rejeitada a assertiva de violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla despesa, porquanto não atendido pelo órgão administrativo competente, o pedido formulado no sentido de ser notificado "quanto à hora e local da realização da sessão de julgamento" da impugnação apresentada "para que pudesse entregar memoriais e sustentar oralmente sua defesa".** 4. **Não há no ordenamento jurídico a obrigatoriedade de notificação do contribuinte quanto à hora e local da realização de julgamento administrativo.** 5. O impetrante foi intimado via Sedex sobre o teor da decisão proferida pela Administração Tributária, sendo-lhe facultada a interposição de recurso administrativo no prazo de trinta dias. 6. **A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição, a teor do disposto na Súmula**



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

*Vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal. 7. Consigne-se já ter o Supremo Tribunal Federal decidido no sentido de não ter a extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde se torna indispensável atuação de advogado. 8. A apresentação de memoriais não se configura ato indispensável à defesa em processo administrativo ou judicial (RHC 85.512, relator Ministro Carlos Velloso, publicado no DJ de 23/09/2005), o mesmo ocorre com a sustentação oral quando há peça escrita no processo contendo as razões de defesa. 9. **O exercício da sustentação oral, como elemento de defesa, comporta limitações e em determinados casos pode até mesmo ser suprimido, sem que isso caracterize violação à ampla defesa.** 10. A impossibilidade de sustentação oral no decorrer de processo administrativo fiscal de atribuição da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento São Paulo II, por ausência de preceito legal, não acarreta, por si só, cerceamento de defesa, se o órgão disponibiliza ao interessado ampla oportunidade de exercê-la pela forma escrita. Precedentes do STF e do TRF 1ª Região. 11. Consigne-se ter o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade do inciso IX do artigo 7º da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 por ocasião do julgamento da ADIN 1.105 ocorrido em 04/06/2010 e publicado no DJe de 15/08/2010. (TRF 3, AC Nº 0019102-75.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. MAIRAN MAIA, Publicado em 23/11/2012)*

Apelação Cível. Direito administrativo. Ação declaratória. Ação com objetivo de anular ato administrativo no qual o Autor foi licenciado, ex officio, a bem da disciplina, dos quadros da Corporação. Sentença de improcedência. Alegou o Apelante cerceamento de defesa, diante da inexistência de intimação do Apelante e do Advogado constituído para a sessão de julgamento. O Autor Apelante não logrou êxito em provar que houve qualquer violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa no Inquérito Administrativo, não cumprindo com o ônus probandi disposto no art. 333, I do CPC. As provas colacionadas nos autos são fartas, indicando que o Autor ofereceu ampla defesa no procedimento administrativo. In casu, o ato de exclusão contou com a devida motivação. A Comissão designada cumpriu todos os preceitos legais para o caso, até porque não cabe ao Poder Judiciário rever as decisões disciplinares da Administração Pública, se observados os procedimentos legais, bem como o princípio da razoabilidade, o que se verifica in casu. A ausência de eventual condenação na esfera judicial penal não vincula o mérito administrativo, este que concerne ao patente desvio de conduta, ensejando a punição mediante processo disciplinar. O Supremo Tribunal Federal, como

10



PGM/ES	01
GABINETE	
Fls. Nº:	5226939
Nº Processo:	
R.:	uuu

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

se sabe, sepultou a discussão acerca da necessidade da constituição de advogado em processo disciplinar através da edição do verbete n.º 5 de sua Súmula Vinculante. A ausência de intimação de advogado constituído no PAD não gera qualquer nulidade nos autos. Desprovimento do recurso. (TJ-RJ, APL 00161768220108190007, Data de publicação: 01/10/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECRETO Nº 70.235/72. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE ADMISSÃO DAS PARTES E SEUS ADVOGADOS NO JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1- A decisão agravada determinou à impetrada que promova a prévia intimação das partes e seus advogados dos julgamentos de primeira instância nos processos administrativos fiscais, assegurando seu acesso às sessões, inclusive com possibilidade de esclarecimento de questões de fato, sem, entretanto, assegurar a sustentação oral, por falta de previsão legal. 2- O exercício do direito de defesa traduz garantia de índole constitucional prevista no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, cuja observância deve ocorrer tanto na esfera administrativa quanto na judicial. É certo que o aludido princípio convive harmonicamente com o princípio da legalidade ("caput" do art. 37, CF). 3- A questão discutida neste recurso cinge-se ao alcance dos princípios da ampla defesa e do contraditório na esfera administrativa, ou seja, por ocasião do julgamento das impugnações oferecidas pelos contribuintes. 4- O procedimento aplicável ao julgamento das impugnações pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento é regido pelo Decreto nº. 70.235/72. 5- De acordo com os arts. 14 e 16 do citado Decreto, instaura-se com a impugnação da exigência fiscal a litigiosa fase do procedimento administrativo, na qual há possibilidade de apresentação das razões fáticas e jurídicas de insurgência, além da realização de pedido de diligências ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas. Segundo o § 4º do art. 16, a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, referindo-se a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. Após a regular instrução, com ampla possibilidade de produção de provas, é o processo remetido para julgamento pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento, conforme inciso I, do art. 25, do mesmo Decreto. 6- No julgamento administrativo em Primeira Instância, embasar-se-á a

11



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

Autoridade Fiscal nas razões deduzidas pelo contribuinte em sua impugnação, valendo-se das provas acostadas à referida peça, sem prejuízo de outras eventualmente deferidas/produzidas no feito, o que se mostra suficiente, ao referido momento processual, para garantia plena do contraditório e da ampla defesa. 7- Portanto, por falta de amparo legal ("caput" do art. 37, Lei Maior), não se cogita do "dever" de intimação do contribuinte da data, hora e local em que realizada a sessão de julgamento da impugnação. 8- Agravo de instrumento provido. (TRF 2, AI 0001923-78.2014.4.02.0000, Julgamento em 01/12/2015, 4ª turma Especializada, Rel. Des. Luiz Antonio Soares)

Denota-se que o entendimento que se uniformizou se coaduna como teor da Súmula Vinculante n. 5.

3. Conclusão.

Nesse contexto, não importa em ofensa ao art. 5º, inciso LV da CF/88 eventual negativa de participação de advogados nas sessões do CONSECOR.

Em face do exposto, **em resposta à consulta formulada, não havendo previsão de sustentação oral na legislação que regulamenta o julgamento de processos no CONSECOR, concluo não ser possível a participação de advogados, restando prejudicados os demais questionamentos.**

À CONSECOR.

Vitória/ES, 13 de agosto de 2018.


ALEXANDRE NOGUEIRA ALVES
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Gabinete / P.G.E.
Encaminhe-se a(o)
de comarca/secret
Em: 17/08/18

ASSINATURA

Documento original assinado eletronicamente, conforme MP 2200-2/2001, art. 10, § 2º, por:

FABRÍCIO CECCATO BORGÓ

AUDITOR DO ESTADO

SECONT - CHAC

assinado em 21/12/2020 12:09:12 -03:00



INFORMAÇÕES DO DOCUMENTO

Documento capturado em 21/12/2020 12:09:12 (HORÁRIO DE BRASÍLIA - UTC-3)
por FABRÍCIO CECCATO BORGÓ (AUDITOR DO ESTADO - SECONT - CHAC)
Valor Legal: ORIGINAL | Natureza: DOCUMENTO NATO-DIGITAL

A disponibilidade do documento pode ser conferida pelo link: <https://e-docs.es.gov.br/d/2020-Z8MF36>