



UniCEUB - Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas Sociais

Beatthriz Pinheiro de Carvalho

A obrigatoriedade da defesa técnica no Processo Administrativo Disciplinar

Brasília 2011

Beatthriz Pinheiro de Carvalho

A obrigatoriedade da defesa técnica no Processo Administrativo Disciplinar

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Rodrigo Fernandes.

Brasília 2011

Carvalho, Beatthriz Pinheiro de.

A obrigatoriedade da defesa técnica no Processo Administrativo Disciplinar. Beatthriz Pinheiro de Carvalho. Brasília – DF, 2011.
54f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.
Orientador: Rodrigo Fernandes.

1. Processo administrativo disciplinar. Advogado. Ampla defesa.

CDU

Beatthriz Pinheiro de Carvalho

A obrigatoriedade da defesa técnica no Processo Administrativo Disciplinar

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Rodrigo Fernandes.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em _____.

Banca examinadora:

Prof: Rodrigo Fernandes
Presidente da Banca Examinadora

Prof:
Integrante da Banca Examinadora

Prof: _____ **da** _____ **Banca** _____ **Examinadora**

Dedico este trabalho de conclusão aos meus pais, grandes responsáveis pela minha convicção em sempre buscar o justo e o correto em todos os passos da minha vida.

Este trabalho foi um dos mais difíceis da minha vida, trabalhando oito horas e fazendo faculdade ao mesmo tempo, a superação e a determinação tiveram que se elevar ao máximo para conseguir sobrepor o cansaço.

Assim, agradeço primeiramente a Deus, pois sem Ele, nada seria possível. Obrigada pelo dom da vida e pelo fim de mais essa etapa.

À minha família, que sempre acreditou no meu potencial e me motivou a estudar, e por terem me proporcionado condições financeiras e emocionais para que eu viesse me tornar a profissional e mulher que sou.

Aos amigos queridos de faculdade, que sempre estiveram disponíveis para tirar minhas dúvidas e dividir suas próprias experiências.

Ao meu noivo, que me apoiou em todos os momentos, aguentou minhas crises de estresse e sempre me disse que eu conseguiria e que eu sou inteligente.

A todos que já citei, agradeço por acreditarem no meu potencial, no meu profissionalismo e ouvir minhas idéias e meus devaneios.

Sem vocês tudo seria mais difícil. Obrigada!

“Cometer injustiças é pior que sofrê-las.”

Platão

RESUMO

Este trabalho busca demonstrar os fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca da obrigatoriedade de advogado no processo administrativo disciplinar, discutindo as disposições da Lei nº. 9.784/99 e da Lei nº. 8.112/90, bem como da Súmula nº. 343 do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula Vinculante nº. 5 do Supremo Tribunal Federal. Analisar-se-á tudo com base nos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Palavras-chave: Processo administrativo disciplinar. Servidor Público. Devido processo legal. Contraditório e ampla defesa. Advogado.

ABSTRACT

This paper seeks to demonstrate the statutory grounds, doctrinal and jurisprudential concerning the obligation of counsel in administrative disciplinary proceedings, arguing the provisions of Law no. 9784/99 and of Law no. 8112/90 and Precedent. 343 of the Superior Court of Justice and Binding Precedent no. 5 of the Supreme Court. It will examine all based on the constitutional principles of due process, contradictory and full defense.

Keywords: Administrative disciplinary proceedings. Public Servant. Due process of law. Contradictory and full defense. Lawyer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	10
1.1 Poder Disciplinar.....	10
1.2 Previsão legal	12
1.3 Sujeitos no processo administrativo disciplinar.....	14
1.4 Fases do processo administrativo disciplinar.....	16
1.5 Sanções disciplinares	20
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS	23
2.1 Princípio da Legalidade	23
2.2 Princípio do Devido Processo Legal	25
2.3 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa	26
3. A PRESENÇA DE ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	30
3.1 Considerações iniciais	30
3.2 A Súmula nº. 343 do Superior Tribunal de Justiça.....	36
3.3 A Súmula Vinculante nº. 5 do Supremo Tribunal Federal.....	39
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo Disciplinar deriva da prerrogativa que a Administração Pública tem de cominar padrões de conduta a seus agentes, com o escopo de manter a ordem em sua estrutura interna. Desta forma, o processo administrativo disciplinar é o instrumento legalmente cabível para o exercício deste poder, o qual poderá resultar em aplicação de pena administrativa, visando sempre a manutenção e a retomada do regular e eficiente funcionamento da máquina administrativa.

A Lei nº. 8.112/90 dispõe sobre Estatuto do servidor público civil federal e, como tal, estabelece os direitos e deveres da relação entre a Administração Pública federal e seus agentes. Entretanto, a referida lei deixa várias lacunas no que tange a este procedimento, o que exige complementação por meio de outras leis e demais fontes do Direito Administrativo, tais como princípios, doutrina e jurisprudência.

Este trabalho tem como escopo principal analisar a obrigatoriedade da defesa técnica no processo administrativo disciplinar, a qual está alicerçada no artigo 5º, inciso LV, e artigo 133, ambos da Constituição Federal, os quais dispõem acerca da aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa no processo judicial e administrativo e a indispensabilidade do advogado na administração da justiça.

O tema escolhido consiste em uma das maiores e mais modernas contendas na esfera do Direito Administrativo, pois apesar da existência de súmula vinculante sobre a matéria, não há uma real pacificação, nem na doutrina, nem na jurisprudência, quanto à amplitude conferida ao princípio da ampla defesa na modalidade processual ora analisada.

Diante disso, sua discussão mostra-se necessária e de suma importância para a aplicação concreta do Direito Administrativo Disciplinar, como forma de alcançar seu objetivo principal, penalizando de forma correta e justa as condutas que ofereçam perigo concreto ao regular exercício da função administrativa.

Nesse contexto, esta monografia analisará a seguinte problemática: é obrigatória a defesa técnica no processo administrativo disciplinar? Por que existe

contradição entre os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal?

Visando alcançar a meta proposta, a monografia será estruturada em três capítulos, onde o tema será tratado de forma sistemática, observando todos os critérios indispensáveis à solução da problemática apresentada.

Assim, antes de adentrar na questão central do presente trabalho, se faz necessário contextualizar o mesmo, o que não pode ser realizado sem que se discorra sobre o processo administrativo disciplinar e seus elementos essenciais. Desta forma, no primeiro capítulo serão apresentados os sujeitos do processo disciplinar, bem como suas fases procedimentais e as sanções disciplinares legalmente previstas.

No segundo capítulo serão abordados os princípios constitucionais aplicáveis no processo disciplinar, tais como o princípio da legalidade, contraditório, ampla defesa e o devido processo legal. Ressalte-se que são vários os postulados administrativos consagrados na Carta Magna, porém serão abordados apenas os princípios essenciais para o desenvolvimento do tema proposto.

Por fim, no terceiro capítulo será enfrentada a real problemática deste trabalho, ou seja, as disposições legais e os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da obrigatoriedade da presença de advogado no processo administrativo disciplinar, sempre buscando trazer os enfoques constitucionais que demonstram a relevância do assunto em discussão.

1. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

No ordenamento jurídico brasileiro, a figura do processo administrativo disciplinar (PAD) constitui espécie do gênero processo administrativo, e se constitui em um instrumento composto por um conjunto de atos coordenados visando a apuração e punição de condutas irregulares praticadas pelos servidores públicos. O PAD deve ser instaurado sempre que a autoridade administrativa tiver ciência da prática de uma infração funcional por parte do servidor público e, sendo condenado, poderá ser-lhe aplicado as penas de suspensão superior a trinta dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade ou destituição do cargo em comissão.

1.1 Poder Disciplinar

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim conceitua essa prerrogativa da Administração Pública:

Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso dos estudantes de uma escola pública.¹

Por sua vez, Alexandre Moraes assevera que “o poder disciplinar é atribuído às autoridades administrativas e tem por finalidade a apuração e punição das faltas funcionais dos servidores públicos”.²

Hely Lopes Meirelles aduz que o poder disciplinar é “a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração”.³

A corroborar, tem-se, ainda, o conceito trazido por Odete Medauar:

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 86.

² MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 79.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 120.

O poder disciplinar que é atividade administrativa regida pelo direito administrativo, segundo normas do processo administrativo, visa à punição de condutas qualificadas em estatutos ou leis administrativas como infrações ou ilícitos, tem a finalidade de preservar de modo imediato a ordem interna do serviço para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem perturbação, dentro da legalidade e da lisura.⁴

Diante de tais conceitos doutrinários, infere-se que o poder disciplinar conferido às autoridades administrativas se consubstancia na aplicação de penalidades em resposta às irregularidades perpetradas por servidores públicos.

Como bem assevera Odete Medauar, o poder disciplinar pauta-se no poder hierárquico, contudo com ele não se confunde. Para a autora, o poder hierárquico é mais amplo que o poder disciplinar, pois este pode não se exercer totalmente na hierarquia direta entre servidores ou entre órgãos.⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que o poder hierárquico é uma prerrogativa decorrente do poder disciplinar. Entende a autora, em consonância com o posicionamento de Hely Lopes Meirelles, que o poder disciplinar é discricionário, pois em algumas situações, o legislador utiliza-se de expressões imprecisas, dando margem de escolha para a Administração.⁶

Ainda no tocante à discricionariedade do poder disciplinar, observam-se alguns aspectos que o corroboram, como por exemplo, a ausência de normas rigorosas quanto ao procedimento a ser seguido e a opção de escolha do administrador, em alguns casos, quanto à sanção a ser aplicada, sempre considerando a natureza e a gravidade da conduta e os danos que dela resultaram.⁷

Entretanto, como bem ressalta Hely Lopes Meirelles, não obstante a discricionariedade conferida ao Administrador, o Estado não pode se omitir na apuração de qualquer falta funcional, pois se consubstancia em um poder-dever. A não apuração pode ser considerada conivência, podendo, ainda, configurar crime contra a Administração Pública.⁸

⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 117.

⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 116.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 86.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 86.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 120.

Veja-se o posicionamento do autor:

Isto não significa, entretanto, que o superior hierárquico possa punir arbitrariamente, ou sem se ater a critérios judiciais. [...] O que se quer dizer é que a Administração pode e deve, atendo-se aos princípios gerais do Direito e às normas administrativas específicas do serviço, conceituar a falta cometida, escolher e graduar a pena disciplinar, em face dos dados concretos apurados pelos meios regulares – processos administrativos ou meios sumários -, conforme a maior ou menor gravidade da falta, ou a natureza da pena a ser aplicada.⁹

Verifica-se, assim, que a discricionariedade a ser utilizada pelo Administrador se apresenta sob dois prismas. No primeiro, ela mostra-se incabível no que se refere ao dever de apurar a infração, pois não se trata de uma mera faculdade, mas de um dever. Porém, existem determinados aspectos em que a discricionariedade se mostra admissível, como o exemplo dado anteriormente, na aplicação das penalidades cabíveis.

1.2 Previsão legal

O Processo Administrativo Disciplinar – PAD é o instrumento hábil para apurar a existência de infrações praticadas por servidores públicos, com a consequente aplicação das sanções cabíveis, na proporção do ilícito cometido.¹⁰

Contudo, apesar de ser um instrumento aplicado a todos os servidores públicos, até o presente momento não há regulamentação própria sobre o tema, sendo regido por diferentes estatutos funcionais de cada ente federativo. No âmbito da Administração Pública Federal, encontra-se regulamentando basicamente nos art. 143 a 182 da Lei nº. 8.112/90, que foi reproduzido pelo estatuto de diversos Estados e Municípios.¹¹

A Lei nº. 8.112/90 dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais e

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 121.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 121.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10. Ed: Lumen Juris, 2003, p. 789.

dispõe, em seu Título V – Do Processo Administrativo Disciplinar –, todas os preceitos e regulamentos a ele aplicáveis. Ressalte-se que, conforme aduz o art. 143, *caput*, do referido Estatuto¹², a apuração de tais condutas ilícitas podem ser realizadas mediante Processo Administrativo Disciplinar ou Sindicância. Porém, impende ressaltar que ambos os institutos não se confundem.

Conforme ensina Hely Lopes Meirelles, o processo administrativo “é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração”. Por sua vez, a sindicância seria, segundo o mesmo doutrinador, “o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator.”¹³

Veja-se o que dispõe a Lei 8.112/90:

Art. 145. Da sindicância poderá resultar:

I - arquivamento do processo;

II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;

III - instauração de processo disciplinar.

Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.

Assim, infere-se das disposições constantes no texto legal que a sindicância serve como um inquérito administrativo informativo do processo administrativo disciplinar. Todavia, nada impede que o processo administrativo disciplinar seja instaurado sem a devida sindicância.¹⁴

Portanto, em termos práticos pode-se dizer que para as punições disciplinares menos graves utiliza-se a sindicância e para as mais graves o processo administrativo disciplinar.

Ressalte-se, que a Lei nº.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, aplica-se subsidiariamente à Lei 8.112/90, segundo disposição expressa de seu art. 69:

¹² Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 211.

¹⁴ ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 18. Ed: Impetus, 2010. p. 253.

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes subsidiariamente os preceitos desta lei.

Por fim, pode-se asseverar que, conforme dispõe o artigo 84, inciso III e artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, ambos da Constituição Federal, é de competência privativa do chefe do executivo local a iniciativa de lei em matéria atinente ao regime jurídico do servidor público. Portanto, os Estados, Municípios e o Distrito Federal poderão instituir leis específicas sobre o processo administrativo disciplinar.

1.3 Sujeitos no processo administrativo disciplinar

Ao contrário do que ocorre nos processos judiciais, tanto nos cíveis como nos criminais, em que fazem parte do processo três elementos – autor, réu e juiz –, no processo administrativo disciplinar as partes são apenas duas, a Administração Pública e o servidor público.¹⁵

Desta forma, observa-se que a Administração Pública acumula as atribuições de instauradora e julgadora, que se faz representar pela autoridade competente e pelos membros da comissão processante. Por sua vez, o servidor público, figura como acusado pela prática de algum desvio funcional.¹⁶

A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que a comissão processante é um órgão estranho ao relacionamento entre funcionário e o superior hierárquico. Segundo ela, a comissão deve ser formada por servidores estáveis, não interinos e não exoneráveis *ad nutum*, de modo que seja garantida a imparcialidade do processo administrativo disciplinar.¹⁷

Para José Armando da Costa, além dos requisitos objetivos, ligados às suas particularidades funcionais, como a estabilidade no serviço público e a não

¹⁵ COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. 5. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 127.

¹⁶ COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. 5. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 127.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 603.

ocupação de cargos de confiança, os membros da comissão deverão comprovar, também, requisitos pessoais, como idoneidade moral e capacidade intelectual.¹⁸

A Lei nº. 8.112/90, em seus artigos 143 e 166, se utiliza do termo “autoridade” para referir-se à pessoa física acometida em cargo público, como a que possui competência para instaurar e julgar o processo administrativo disciplinar. Veja-se:

Art. 143 A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

Art. 166. O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.

Assim, verifica-se que Administração Pública atuará por meio de seus agentes públicos, pessoas físicas, que, em razão de função ou cargo público, são denominados como autoridade pública. Destarte, possivelmente será aquele que possua superioridade hierárquica ao acusado.¹⁹

Por fim, deve-se conceituar o pólo passivo do processo administrativo disciplinar, qual seja, o servidor público, que durante o processo poderá ser chamado de denunciado, imputado, acusado ou indiciado.²⁰

José dos Santos Carvalho Filho assim conceitua servidores públicos:

Todos os agentes que, exercendo com caráter de permanência uma função pública em decorrência de relação de trabalho, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica.²¹

Por sua vez, Celso Antonio Bandeira de Mello apresenta um conceito mais abrangente, considerando servidor público como “todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em

¹⁸ COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. 5. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 184.

¹⁹ LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 32.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 559.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 559.

cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público”.²²

O conceito legal, trazido pela Lei 8.112/90, em seu art. 2º, assevera que “para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público”.

Deste modo, pelos conceitos acima citados, aduz-se que todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho com a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias e fundações públicas podem ser considerados como servidor público, devendo, assim, sujeitar-se às normas de direito administrativo. Podendo, caso não as respeite, ser submetido a processo administrativo disciplinar para apurar eventuais ilícitos administrativos.

1.4 Fases do processo administrativo disciplinar

O art. 151 da Lei 8.112/90 assevera que o processo administrativo disciplinar possui três fases:

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:
I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;
II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;
III - julgamento.

De acordo com o artigo acima transcrito, observa-se que a primeira fase do processo disciplinar é a instauração, que deve ocorrer por meio de portaria inaugural, subscrita pela autoridade competente. A portaria deve conter o órgão perante o qual o processo tramitará, o fundamento legal, a narrativa dos atos ou fatos a serem apurados e, ainda, a designação da comissão processante.²³

Ressalte-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, tanto na portaria inaugural do processo disciplinar, como no mandado de notificação do acusado, é desnecessária minuciosa descrição dos fatos

²² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 224.

²³ COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. 5. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 147.

a serem apurados. Assim, apenas quando do indiciamento do servidor, posteriormente à fase instrutória, é que deve haver a descrição detalhada dos fatos a serem apurados. Nesse sentido, se observa os seguintes julgados:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ATO DE DEMISSÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES AFASTADAS. ORDEM DENEGADA.

1. Se a punição imposta ao impetrante foi baseada em prévio procedimento administrativo disciplinar, no qual se oportunizou ao acusado a possibilidade de acompanhar todos os atos processuais, bem como apresentar defesa escrita, não há que falar em nulidade do ato demissório por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

2. A interdição resulta sempre de uma decisão judicial que verifica a ocorrência, em relação a certa pessoa, de alguma das causas desta incapacidade. A sentença que decreta a interdição, via de regra, exceto quando há pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, tem efeito ex nunc. Na espécie, a sentença judicial de interdição posterior à data da impetração não atribuiu ao ato declaratório efeito ex tunc.

3. Impõe-se, na espécie, a observância do princípio pas de nullité sans grief, na medida que não evidenciado prejuízo ao contraditório e à ampla defesa do impetrante, no âmbito do PAD.

4. A Portaria inaugural de processo administrativo disciplinar está dispensada de trazer em seu bojo uma descrição minuciosa dos fatos a serem apurados pela Comissão Processante, bem como a capitulação das possíveis infrações cometidas, sendo essa descrição necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória.

Precedentes.

5. Inexistência de nulidade na punição sofrida pelo impetrante, demissão, pelo fato de ter sido imposta por autoridade no exercício interino do cargo de Ministro de Estado.

6. Ordem denegada. (sem grifo no original) ²⁴

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5/STF. NÃO OBRIGATORIEDADE DE DEFESA TÉCNICA POR ADVOGADO. AMPLA DEFESA DEVIDAMENTE OBSERVADA NO CASO. NULIDADE DA PORTARIA INAUGURAL E DO MANDADO DE NOTIFICAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE QUESITOS. NÃO-CONFIGURAÇÃO.

1. Nos termos da Súmula Vinculante nº 5/STF, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição Federal, desde que seja concedida a oportunidade de ser efetivado o contraditório e a ampla defesa, como no caso.

2. O impetrante foi notificado da instauração do processo, bem como para acompanhar a oitiva de todas testemunhas, tendo oportunidade de acompanhar todo o processo administrativo. Entretanto, como optou por não comparecer aos atos designados, a comissão processante nomeou defensor "ad hoc" para patrocinar sua defesa em todos os atos do procedimento instaurado, nos termos da legislação em vigor. Nesse

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 14.836/DF**. Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010

contexto, não resta configurada a alegada violação ao princípio da ampla defesa.

3. De acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, apenas quando do indiciamento do servidor, posteriormente à fase instrutória do processo administrativo disciplinar, deve haver a descrição detalhada dos fatos a serem apurados, desnecessária na portaria inaugural e no mandado de notificação do processo disciplinar.

4. A ausência de comprovação do prejuízo impede a decretação de nulidade de processo administrativo, em razão da ausência de intimação para acompanhamento da produção da prova pericial que, no caso em tela, sequer foi requerida pela comissão processante, mas sim recomendada pelo relatório final da comissão de sindicância, procedimento prévio ao PAD que ora se quer anular.

5. In casu, a perícia contábil, foi inconclusiva e, por esse motivo, não respaldou a decisão da comissão processante, que se baseou em outros elementos probatórios para concluir pela responsabilidade do impetrante na prática dos fatos apurados.

6. Segurança denegada. (sem grifo no original) ²⁵

Desta forma, infere-se que o Superior Tribunal de Justiça confere à portaria inaugural apenas o objetivo de dar publicidade à designação da comissão processante e do processo administrativo disciplinar. Assim, somente na fase seguinte – instrução –, é que se faz necessário especificar pormenorizadamente a descrição dos fatos.

Deste modo, após a portaria de inauguração e a notificação do servidor, segue-se para a segunda fase do processo disciplinar, denominada inquérito administrativo, a qual, como colacionado, possui três subfases. ²⁶

A primeira delas é a instrução, que consiste na produção de provas para a exata elucidação dos fatos, a qual deverá ser conduzida pela comissão processante, conforme disciplina o art. 155 da Lei 8.112/90. Confira:

Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

Ressalte-se que ao servidor é assegurada a faculdade de acompanhar todo o procedimento de produção de provas, conforme dispõe o art. 3º da Lei

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 13.188/DF**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010.

²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 224.

9.784/99²⁷, a qual, como retro mencionado, deve ser aplicada subsidiariamente às normas constantes na Lei 8.112/90.²⁸

Assim, após toda a produção de provas necessárias e aptas a ensejar o convencimento e prolação da decisão, parte-se para a segunda subfase do inquérito administrativo – a defesa.²⁹

A Constituição Federal traz, em seu artigo 5º, inciso LV, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes".

Em razão disso, é assegurado ao acusado o direito de apresentar a sua versão acerca dos fatos, requerer a produção de provas, se opor às provas produzidas pela comissão processante e, por fim, o direito a uma defesa técnica.³⁰

Assim, conforme dispõe o artigo. 161, §1º, da Lei 8.112/90, depois de "tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas". Ato contínuo deverá o servidor público ser citado para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, podendo ter total acesso aos autos, a fim de se atingir o efetivo cumprimento do direito de defesa.³¹

Após a defesa, a comissão processante deverá produzir um relatório que, segundo a redação do artigo 165 do mesmo diploma legal, "resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção", finalizando, assim, a segunda fase do processo disciplinar.³²

²⁷ Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 224.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.63.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.63.

³¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 819.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 927.

Ressalte-se que o relatório é uma peça informativa, na qual a comissão poderá concluir pela inocência ou não do acusado, e deverá ser acompanhada da devida fundamentação. Em seguida, o relatório deverá ser encaminhado à autoridade julgadora, dando início a última fase do processo disciplinar – o julgamento.³³

No prazo de 20 (vinte) dias, a ser contado do recebimento do processo, a autoridade julgadora deverá proferir a sua decisão que, conforme dispõe o artigo 168, deverá acatar o relatório da comissão processante, salvo quando contrário às provas dos autos.³⁴

Inferre-se, por fim, segundo disposição expressa do artigo 174 que “o processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada”.

1.5 Sanções disciplinares

Segundo o artigo 127 da Lei 8.112/90, as sanções disciplinares que poderão ser aplicadas em caso de condenação por parte da autoridade administrativa competente são: advertência; suspensão; destituição de cargo em comissão ou função comissionada; cassação de disponibilidade e de aposentadoria e demissão.³⁵

Diógenes Gasparini assevera que a advertência é aplicada de forma verbal em casos de inobservância de dever funcional, consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, quando injustificável penalidade mais gravosa. Afirma ainda que a advertência não constará nos assentamentos do servidor e, em razão disso, o autor a avalia como a pena mais branda.³⁶

³³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.604.

³⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 294.

³⁵ COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. 5. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 28.

³⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 812.

Por sua vez, a suspensão “será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias”, conforme a redação do artigo 130 do diploma legal.

O Estatuto dos Servidores Públicos Civis Federais prevê a possibilidade da penalidade de suspensão ser convertida em multa, quando houver conveniência para o serviço ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço. Sendo assim, a multa consiste em uma penalidade pecuniária e o valor será abatido diretamente na folha de pagamento do servidor condenado, podendo ser de forma parcelada ou unitária.³⁷

Ressalte-se, porém, que a lei administrativa não define reincidência. Em razão disso, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que por ser o processo administrativo disciplinar informado pelos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, o acusado só poderá sofrer as consequências dos atos após a comprovação definitiva da culpa, tal como ocorre no Direito Penal. Veja-se trecho do voto condutor proferido pelo Relator, Ministro Paulo Medina, no MS Nº 7.792 – DF:

Na norma penal, a lei exige, expressamente, a condenação judicial, com trânsito em julgado, por fato e em processo anteriores. *Mutatis mutandis*, a reincidência administrativa deve obedecer às mesmas regras, vale dizer: condenação administrativa por infração anterior, antes da prática do novo fato ilícito. A lei se refere a "fatos punidos", não a fatos "puníveis". Tratando de fatos punidos, a punição há de ser anterior. A reincidência não pode decorrer de fatos, mesmo que cronologicamente distantes, apurados no mesmo processo administrativo.[...] Ademais, em se tratando de pena de advertência, que visa "alertar" o servidor para que não cometa novas faltas, o instituto estaria sendo reduzido, se permitir a reincidência por fato punido com advertência, antes que esta fosse dada.³⁸

Portanto, aduz-se que a pena de suspensão só poderá ser aplicada após condenação definitiva por fato cometido antes da prática do novo fato apurado e também não pode decorrer de fatos que, mesmo que cronologicamente distantes, foram apurados no mesmo processo disciplinar.

³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 294.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 7.792/DF**, Rel. Ministro PAULO MEDINA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2004, DJ 03/05/2004, p. 92.

A destituição de função comissionada acarreta o rebaixamento do infrator que exerce uma função gratificada e pode ser aplicável ao servidor efetivo ou não.³⁹

Por sua vez, a cassação de aposentadoria ou disponibilidade, segundo a Lei nº. 8.112/90, é aplicada ao servidor que, enquanto em exercício, praticou falta punível com demissão.⁴⁰

Por fim, tem-se a penalidade de maior gravidade: a demissão. Esta retira o infrator do quadro público, inabilitando-o para o exercício de cargo público por 05 (cinco) anos ou de forma definitiva, a depender da infração cometida. Além de implicar, conforme preconiza o art. 136 da Lei 8.112/90, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo de eventual ação penal cabível.⁴¹

Das diversas hipóteses de infrações puníveis com demissão, pode-se citar o abandono de cargo, a inassiduidade habitual, os crimes contra a Administração Pública, insubordinações graves, as improbidades administrativas, corrupção, dentre outros.⁴²

Urge ainda mencionar que a aplicação das penas deverão ser sopesadas conforme a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos acarretados ao serviço público, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais do servidor.⁴³

³⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 812.

⁴⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 295.

⁴¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 813.

⁴² MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 295.

⁴³ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 295.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

Neste segundo capítulo, tratar-se-á dos princípios constitucionais aplicáveis no âmbito do processo administrativo disciplinar, responsáveis por nortear a atuação da Administração Pública.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preconiza no *caput* do seu artigo 37 que “a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Tais princípios deverão ser observados em toda e qualquer atividade administrativa.

Ademais, o constituinte originário trouxe, ainda, princípios específicos aplicáveis no âmbito do processo administrativo disciplinar, com o escopo de preservar a legalidade e a justiça na relação direta entre Administração Pública e seus subordinados.

Assim, este trabalho abordará apenas os princípios constitucionais, diretamente relacionados ao tema proposto, quais sejam, os princípios da legalidade, contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é o postulado basilar de todos os Estados de Direito e está previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, onde assevera que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.⁴⁴

O doutrinador Hely Lopes Meirelles assim se pronuncia acerca do referido postulado:

A legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar,

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 67.

sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.⁴⁵

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim se manifesta:

Segundo o princípio da legalidade a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, no âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.⁴⁶

A corroborar, têm-se ainda os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

O administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba.⁴⁷

Desta forma, observa-se que este postulado determina, no âmbito do Direito Administrativo, que a Administração Pública só pode atuar nos exatos termos da lei, ou seja, somente poderá fazer o que a lei determina ou, pelo menos, o que a lei permite, diferentemente dos administrados que podem fazer tudo o que a lei não proíbe.

Este princípio constitui uma das mais importantes garantias de preservação da ordem jurídica, pois estabelece os limites que restringem a atuação do Estado em benefício do bem-comum.⁴⁸

Assim, o postulado previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal aplica-se de forma mais rigorosa na Administração Pública, pois esta atua sem finalidade própria, mas em respeito àquela definida pela lei.

Ademais, ressalte-se que a Administração Pública deve observar não apenas ao disposto nas leis, em sentido estrito, mas também aos princípios jurídicos

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 67.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.61.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administraivo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 123.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 67.

e demais normas jurídicas emanadas do Estado, inclusive seus próprios atos normativos.⁴⁹

Portanto, verifica-se a nítida diferença da aplicação do princípio da legalidade para os particulares e para o Estado, pois este só pode fazer o que a lei determina ou autoriza, enquanto para aqueles prevalece a autonomia da vontade, podendo fazer tudo que a lei não impeça.

2.2 Princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal é um dos principais postulados processuais, uma vez que todos os outros princípios processuais são um desdobramento dele, pois assegura a observância do rito procedimental previsto em lei, conforme garante o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.⁵⁰

Alexandre de Moraes assevera que:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).⁵¹

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho afirma que:

O princípio do devido processo legal (due process of law) é daqueles mais relevantes quando se trata de examinar os efeitos da relação jurídica entre o Estado e os administrados. Trata-se de postulado inerente ao Estado de Direito, que como sabemos, foi à situação política em que o Estado reconheceu que, se um lado podia criar o direito, de outro tinha o dever de

⁴⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. Ed. São Paulo: Método, 2010, p. 194.

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18 Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 838.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 123.

submeter-se a ele: A lei, portanto, é o limite de atuação de toda a sociedade e do próprio Estado.⁵²

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira assim assevera:

O princípio [do devido processo legal] não se esgota em assegurar a regularidade do procedimento, abrangendo também a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas, e assim, influírem por meio do contraditório na formação do convencimento do juiz. Por tais razões, o aspecto mais essencial do devido processo legal é o de assegurar o contraditório e a ampla defesa.⁵³

Do exposto, aduz-se que este postulado garante ao servidor o direito a uma decisão fundamentada, observada a razoabilidade e proporcionalidade, além de ser ouvido, de apresentar defesa, produzir e contestar provas, dentre outros. Portanto, observa-se que o princípio do devido processo legal está intimamente ligado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porém é mais amplo que estes, pois engloba variadas garantias a fim de estabelecer a ordem jurídica e a legalidade processual e não apenas o direito de se defender das acusações como ocorre nestes últimos. Enfim, resume-se no direito a um processo formal e regular.

2.3 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

Estes postulados encontram-se previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o qual assevera que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Os referidos princípios também se encontram previstos na Lei nº. 9.784/99, em seu artigo 2º, observe-se:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18 Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 838.

⁵³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83-84.

Luiz Guilherme Marinoni explica a importância do direito de defesa, a qual confere legitimidade ao exercício do poder jurisdicional, *in verbis*:

[...] É fácil perceber que o direito de defesa constitui um contraponto ao direito de ação. A jurisdição, para responder ao direito de ação, deve necessariamente atender ao direito de defesa. Isso pela simples razão de que o poder, para ser exercido de forma legítima, depende de participação dos sujeitos que podem ser atingidos pelos efeitos da decisão. É a participação das partes interessadas na formação da decisão que confere legitimidade ao exercício da jurisdição. Sem efetividade do direito de defesa, estaria comprometida a própria legitimidade do exercício do poder jurisdicional. [...] A defesa também é garantida constitucionalmente na esfera administrativa (CR/88, art. 5º, LV). Nada mais natural, pois é exercido poder estatal, cuja legitimidade, assim como no caso de poder jurisdicional, depende da abertura à participação ou à defesa.⁵⁴

João Trindade Cavalcante Filho assevera que a ampla defesa é formada por dois elementos: a autodefesa e a defesa técnica. É o que se infere do posicionamento do autor:

A doutrina costuma apontar que a ampla defesa se manifesta de duas formas: a autodefesa e a defesa técnica. Por meio da primeira, quem se defende é o próprio acusado, quando chamado a apresentar a própria versão dos fatos (geralmente no ato de interrogatório); já a segunda é exercida por um profissional legalmente habilitado (advogado constituído ou dativo), atenta sobretudo a aspectos técnico-jurídicos que por vezes passariam despercebidos a um leigo.

Costuma-se realizar a distinção apontada acima para afirmar que, enquanto a autodefesa é facultativa, a defesa técnica é, via de regra, obrigatória. Essa construção é apropriada no Direito Processual Penal, mas inadequada ao processo administrativo disciplinar, que envolve situações em geral menos graves e de elaboração jurídica bem menos intrincada que as presentes no processo judicial de natureza punitiva.⁵⁵

Veja-se o posicionamento do autor Luciano Ferraz acerca dos princípios do contraditório e da ampla defesa:

Em primeiro lugar, é necessário esclarecer que os princípios do contraditório e da ampla defesa se completam. A ampla defesa sugere a extensão em que deve ser concebido o direito. O adjetivo ampla não quer significar irrestrita, mas indica que ao interessado é dado manifestar-se, desde que de maneira lícita, com plenitude no transcorrer do processo

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 311.

⁵⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Presença Facultativa de Advogado no Processo Disciplinar** – Idas e Vindas da Jurisprudência e a Súmula Vinculante nº 5. Revista Zênite de Direito Administrativo e IRF – IDAF, Curitiba, ano VIII, n.86, p.147-150, set. 2008.

administrativo. O contraditório apresenta o meio, a forma com que se deve da manifestação da defesa, demonstrando a estrutura dialética das situações ativas e passivas em que se vê inserido o interessado ao longo do processo.⁵⁶

A corroborar, as palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

Costuma-se fazer referência ao princípio do contraditório e da ampla defesa como esta mencionado na Constituição. Contudo, o contraditório é natural corolário da ampla defesa. Esta, sim, é que constitui o princípio fundamental e inarredável. Na verdade, dentro da ampla defesa já se inclui, em seu sentido, o direito ao contraditório, que é o direito de contestação, de redarguição a acusações, de impugnação de atos e atividades. Mas outros aspectos cabem na ampla defesa e também são inderrogáveis, como é o caso da produção de prova, do acompanhamento dos atos processuais, da vista do processo, da interposição de recursos e, afinal, de toda a intervenção que a parte entender necessária para provar suas alegações. Só é vedada aos interessados a utilização de meios procrastinatórios ou ilícitos que, pretextando buscar a verdade dos fatos, tenham por fim desviar o objetivo do processo, Nesse caso, não há uso, mas abuso de direito.⁵⁷

Observa-se, assim, que tais princípios preconizam que deve ser concedida a oportunidade ao servidor público de se defender das acusações que lhe são atribuídas e, ainda, de contestar as provas trazidas pela Administração Pública e produzir prova contrária. Porém, não se trata apenas do direito a se manifestar nos autos, mas também do direito à defesa técnica.

Romeu Felipe Bacellar Filho assevera que:

O princípio da ampla defesa, aplicado ao processo administrativo disciplinar, é compreendido de forma conjugada com o princípio do contraditório, desdobrando-se I) no estabelecimento da oportunidade da defesa, que deve ser prévia a toda decisão capaz de influir no convencimento do julgador; II) na exigência de defesa técnica; III) no direito à instrução probatória que, se de um lado impõe à Administração a obrigatoriedade de provar suas alegações, de outro, assegura ao servidor a possibilidade de produção probatória compatível; IV) na previsão de recursos administrativos, garantindo o duplo grau de exame no processo.⁵⁸

⁵⁶ FERRAZ, Luciano. **Due processo of Law e parecer prévio das cortes de contas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano 1. N.9, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.96.

⁵⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**, Max Limonad, 2003.

No mesmo sentido, é o posicionamento de Odete Medauar:

A Constituição Federal de 1988 alude, não a simples direito de defesa, mas, sim, a ampla defesa. O preceito ampla defesa reflete a evolução que reforça o princípio e denota elaboração acurada para melhor assegurar sua observância. Significa, então, que a possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos, não pode ser restrita, no contexto em que se realiza. Daí a expressão final do inciso LV, “com os meios e recursos a ela inerentes”, englobados na garantia, refletindo todos os seus desdobramentos, sem interpretação restritiva.⁵⁹

Diógenes Gasparini exemplifica o princípio da ampla defesa como o direito do acusado de saber que está e porque está sendo processado; de ter vista do processo; de indicar e produzir as provas; de ter advogado; de conhecer com antecedência a realização de diligências e atos instrutórios para acompanhá-los; de recorrer.⁶⁰

Ressalte-se que o princípio do contraditório é pressuposto legítimo ao exercício da defesa e que não parece possível a promoção de uma defesa adequada por pessoa que não é detentora de conhecimentos jurídicos para contestar a acusação. Logo, sem o respeito adequado ao princípio do contraditório, não haveria respeito ao devido processo legal.⁶¹

Desta forma, é evidente a ligação direta entre a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, pois são preceitos fundamentais que dão forma aos sistemas processuais. Em outras palavras, pode-se dizer que a ampla defesa e o contraditório servem como fundamentos para o postulado do devido processo legal.

⁵⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 112.

⁶⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 810.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 317- 319.

3. A PRESENÇA DE ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Neste último capítulo, abordar-se-á a real problemática proposta, ou seja, serão demonstrados os fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca da obrigatoriedade de advogado no processo administrativo disciplinar, discutindo as disposições da Lei nº. 9.784/99 e da Lei nº. 8.112/90, bem como da Súmula nº. 343 do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula Vinculante nº. 5 do Supremo Tribunal Federal.

3.1 Considerações iniciais

Primeiramente cumpre lembrar que o processo administrativo disciplinar não possui regulamentação própria, sendo as Leis nº. 8.112/90 e 9.784/99 aplicadas subsidiariamente aos regulamentos funcionais dos entes federativos, ou seja, somente incidirão quando houver omissão por parte da legislação estadual, como prevê o art. 69⁶² da Lei 9.784/99. Todavia, em caso de ausência de lei elaboração normativa específica, nada impede que sejam utilizadas para resolução dos conflitos internos.⁶³

Neste sentido, é o que dispõe Petrônio Braz:

Em se tratando de processo administrativo específico, o disciplinar, rege-se por lei própria de cada ente federativo, aplicando-se as normas da Lei nº. 9.784/99 subsidiariamente. [...], todavia, cumpre ser observado que referida Lei tem caráter de norma geral, pelo que deve ser aplicada em todos os processos administrativos regulados por leis especiais, que regulem procedimentos próprios.⁶⁴

Feita esta consideração inicial, cabe verificar o que as mencionadas leis federais dispõem com relação ao tema proposto para este capítulo.

⁶² Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

⁶³ CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Reflexos da Lei 9784/99 no processo administrativo disciplinar no âmbito da administração federal**. Disponível em: <http://www.ufmg.br/pfufmg/index.php/artigos>. Acesso em: 26 set. 2011.

⁶⁴ BRAZ, Petrônio. **Processo Administrativo Disciplinar**. Campinas/SP: Servanda, 2007, p. 44.

Dispõe o art. 153 do Estatuto dos Servidores Públicos – Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990:

Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.

Observa-se que este dispositivo praticamente reproduz quase que literalmente a norma do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal⁶⁵. Dessa forma, não resta dúvida de que o art. 153 atende à garantia constitucional.

Todavia, o artigo 156 da mesma lei assim prevê:

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Como bem ressaltou o Ministro Arnaldo Esteves Lima, em voto proferido no Mandado de Segurança nº 9.807/DF, nota-se certa contradição entre ambos os dispositivos. Deve prevalecer a regra do art. 153 que pressupõe a atuação de advogado da defesa, porque ela está compatível com o inciso LV do art. 5º da Constituição, que assegura, no processo administrativo, a ampla defesa. Porém, o art. 156, por ser contraditório, deve ser interpretado conforme a Constituição, podendo ser entendido da seguinte forma: quando se diz que "é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio", ao invés de "ou" deveria ser "e", isto é, o servidor tem o direito de acompanhar o processo, mas deve estar assistido de advogado. É uma forma de compatibilizar tal norma e interpretá-la em conformidade com a Constituição, prevalecendo, dessa forma, a regra do art. 153.⁶⁶

A Lei nº. 9.784/99, por sua vez, garantiu ao servidor acusado a faculdade de se fazer acompanhar por advogado no processo administrativo, salvo quando a obrigatoriedade for expressa em lei, como assevera seu artigo 3º:

⁶⁵ Art. 5º. (...)

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. 3ª Seção. **MS 9.807/DF**, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2007, DJ 11/10/2007, p. 287.

Art. 3º. O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

[...]

IV – fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória à representação, por força de lei.

Observa-se, assim, que tanto a Lei nº. 8.112/90 como a Lei nº. 9.784/99 legitimam a facultatividade do advogado no processo administrativo disciplinar, pois não exigem a presença de advogado ou defensor dativo para que seja exercido o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Contudo, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

A Carta Magna estabelece, ainda, em seu art. 133, que "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, dentro dos limites da lei". No mesmo sentido é o que assevera o art. 2º da Lei 8.906/94, o qual institui o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, que assim dispõe: "o advogado é indispensável à administração da justiça".

Diante o exposto, é imperioso ressaltar que se vive em um Estado Democrático de Direito, onde a Carta Constitucional é a norma que fundamenta a validade do sistema jurídico, de forma a limitar a atuação dos Poderes e dos indivíduos, devendo todas as demais normas estar em conformidade com ela.⁶⁷

Dessa forma, entende-se que, apesar do disposto nas Leis nº. 8.112/90 e nº. 9.784/99, a presença de advogado ou defensor dativo é essencial para garantir o direito constitucional à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral, nos termos da Carta Constitucional.

⁶⁷ SOARES, Henrique Carlos. Súmula Vinculante nº 5 – (In) dispensabilidade do Advogado nos Processos Administrativos Disciplinares. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 31, v. 3, p. 7-21, jul. 2008.

A doutrina se mostra dividida. Doutrinadores como o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho, Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro defendem a facultatividade da presença de advogado no processo administrativo disciplinar.

José dos Santos Carvalho Filho assevera que:

O acusado pode atuar por si mesmo, elaborando a sua defesa e acompanhando o processo, ou fazer-se representar por advogado devidamente munido da respectiva procuração. A representação, portanto, constitui uma faculdade outorgada ao acusado, como já consagrou – corretamente a nosso ver - a mais autorizada doutrina. Não obstante, como garantia do princípio do contraditório, exige-se a presença de defensor dativo no caso de estar o acusado em lugar incerto e não sabido, ou na hipótese de revelia. Fora dessas hipóteses, contudo, é dispensável a presença de advogado.⁶⁸

Hely Lopes Meirelles também entende que “é admissível à defesa pelo próprio acusado ou por advogado regularmente constituído para o processo”.⁶⁹

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que o princípio do contraditório será respeitado se a comissão processante oportunizar ao servidor o acompanhamento da fase da instrução do processo, com ou sem defensor, não sendo, portanto, obrigatória a constituição de advogado.⁷⁰

Porém, alguns doutrinadores, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Diógenes Gasparini e Odete Medauar defendem a obrigatoriedade da presença de advogado no processo disciplinar, para que haja o respeito ao postulado constitucional da ampla defesa. Desta forma, para esses autores, somente com a participação efetiva de profissional inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil é que se poderá garantir defesa ampla ao servidor processado.

Diógenes Gasparini entende que o servidor deve estar acompanhado de advogado em todos os atos da fase da instrução e da defesa. Caso contrário, resta ofendido o princípio constitucional da ampla defesa.⁷¹

⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 913.

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 662.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

⁷¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 810.

Compartilhando o mesmo entendimento, Odete Medauar corrobora afirmando que caso o indiciado não constitua advogado, a Administração deverá nomear-lhe defensor dativo, sob pena de nulidade do processo.⁷²

Nas palavras de Bartira Pereira Dantas:

A Constituição Federal não restringiu a cláusula do *due process of Law* ao âmbito do processo judicial, mas, ao revés, reconheceu-lhe aplicação expressa na seara administrativa, razão pela qual há que se divergir absolutamente da concepção de facultatividade da defesa no processo administrativo disciplinar.⁷³

No mesmo sentido é o posicionamento de Sebastião José Lessa, que assevera: “só o profissional habilitado, no caso o advogado, é dotado do conhecimento técnico e jurídico capaz de viabilizar de maneira segura e eficiente os meios e os recursos relacionados ao contraditório e à ampla defesa”.⁷⁴

Acerca da indispensabilidade do advogado, tem-se ainda o ensinamento do Professor Celso Ribeiro Bastos:

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

(...)

A assistência do defensor é um direito do acusado, em todos os atos do processo sendo obrigatória, independentemente da vontade dele. Não basta portanto que haja um defensor nem é suficiente que este se limite a participar formalmente do processo. É necessário que da sua atividade se extraia uma defesa substantiva do acusado. Em caso contrário, o juiz há de considerar que esta não se dá *pro reo*, mas sim na tutela da jurisdição. Por vezes o ingresso do advogado nos autos não se traduz em uma apresentação de elementos consubstanciadores de algo suscetível de ser tido como uma peça que vise a absolvição do réu ou ao menos o abrandamento da sua condenação. Estas exigências de uma defesa real,

⁷² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 112.

⁷³ DANTAS, Bartira Pereira. **Processo legal devido no âmbito disciplinar. (des)necessidade de defesa técnica?** Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20091207232626.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2011.

⁷⁴ LESSA, Sebastião José. **Processo Administrativo Disciplinar: A Súmula nº 343: STJ: DJ 21.09.07: Defesa técnica: Presença do advogado**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 84, p. 8, fev. 2008.

substantiva, impõem-se a nosso ver mesmo nos casos em que o réu, por ser advogado, resolva assumir a sua própria defesa.⁷⁵

Portanto, parcela da doutrina segue o entendimento de que a ausência de defesa técnica exercida pelo advogado habilitado infringe os princípios da ampla defesa, pois considera a autodefesa um verdadeiro desequilíbrio na relação processual, pois o servidor, muitas vezes, não tem o conhecimento jurídico exigido para se defender, conforme bem afirma Horácio Augusto Mendes de Sousa:

Ademais, a autodefesa, por si só, realizada pelo agente público, muitíssimas vezes desprovido da formação técnico- jurídica necessária ao controle da legalidade dos atos praticados no processo administrativo disciplinar, não é suficiente para a formação da decisão administrativa justa, que deve ser fruto do confronto igualitário e equilibrado entre a pretensão punitiva da Administração Pública e a resistência à pretensão punitiva formulada pelo agente público.⁷⁶

Por meio desse entendimento é razoável concluir que nos processos disciplinares em que não for garantida a defesa técnica, serão nulos por violação direta aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, e contraditório. Portanto, tratando-se de vício insanável, fica manifesta a importância do causídico, que tem a função de garantir o equilíbrio na relação processual para que seja garantido o direito a ampla defesa do servidor.

Diante disso, pode-se aduzir que a presença do advogado no processo administrativo gera estabilidade jurídica, possuindo o advogado *múnus* público, exercendo, assim, uma função essencial à Administração da Justiça, papel fundamental na edificação e solidificação do Estado Democrático de Direito, garantindo o pleno exercício do direito à ampla defesa e, ainda, assegurando menor probabilidade de eventuais nulidades e erros no decorrer do processo.

⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: (promulgada em 5 de outubro de 1988). 2. Ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 270-271.

⁷⁶ SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. **Novíssimas reflexões sobre a necessidade de advogado no processo administrativo disciplinar à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 89, p. 57, jul. 2008.

3.2 A Súmula nº. 343 do Superior Tribunal de Justiça

Em 12 de setembro de 2007, o Superior Tribunal de Justiça, após diversos precedentes em que se manifestou no sentido de se declarar a nulidade dos processos administrativos disciplinares em que o acusado defende-se pessoalmente, sem representação de advogado ou defensor dativo, editou a Súmula nº. 343 com a seguinte redação: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

O acórdão paradigma foi o Mandado de Segurança nº. 10.837/DF, cujo Relator foi Ministro Paulo Galotti, que teve seu voto vencido e teve como Relatora do Acórdão a Ministra Laurita Vaz, cuja ementa restou assim disposta:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DEFESA TÉCNICA CONSTITUÍDA APENAS NA FASE FINAL DO PROCEDIMENTO. INSTRUÇÃO REALIZADA SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. INEXISTÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INOBSERVADOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO.

1. Apesar de não haver qualquer disposição legal que determine a nomeação de defensor dativo para o acompanhamento das oitivas de testemunhas e demais diligências, no caso de o acusado não comparecer aos respectivos atos, tampouco seu advogado constituído – como existe no âmbito do processo penal –, não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica.

2. A constituição de advogado ou de defensor dativo é, também no âmbito do processo disciplinar, elementar à essência da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

3. O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a oportunidade ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas com a efetiva constituição de defensor durante todo o seu desenvolvimento, garantia que não foi devidamente observada pela Autoridade Impetrada, a evidenciar a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Precedentes.

4. Mandado de segurança concedido para declarar a nulidade do processo administrativo desde o início da fase instrutória e, por consequência, da penalidade aplicada. (grifou-se)⁷⁷

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 10837/DF**, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/06/2006, DJ 13/11/2006, p. 221.

Contudo, antes mesmo da edição da Súmula nº. 343 e do julgamento do MS 10.837/DF, já era consolidado o entendimento de que a ausência de defesa técnica no processo administrativo disciplinar ensejaria a sua nulidade, por ofensa aos princípios da ampla defesa e contraditório, conforme se aduz dos seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. POLICIAL MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO OU DEFENSOR DATIVO. PRECEDENTES. EMBARGOS REJEITADOS.

I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos.

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

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

IV - O julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, competindo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto, como ocorreu in casu, não havendo qualquer omissão no julgado embargado.

V - Inviável a utilização dos embargos de declaração, sob a alegação de pretensa contradição, quando a pretensão almeja – em verdade – reapreciar o julgado, objetivando a alteração do conteúdo meritório da decisão embargada.

VI - Embargos de declaração rejeitados. (grifou-se)⁷⁸

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ADVOGADO CONSTITUÍDO APÓS O INDICIAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PROVAS HÁBEIS A DAR SUPORTE À APLICAÇÃO DA PENALIDADE. ALEGAÇÃO GENÉRICA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em observância ao princípio da ampla defesa, é indispensável a presença de advogado ou de defensor dativo realizando a defesa de acusado em processo administrativo disciplinar, inclusive na fase instrutória.

2. No caso, todavia, a impetrante, que participou pessoalmente da fase instrutória, após o indiciamento, constituiu advogado que apresentou defesa escrita, na qual não alegou cerceamento de defesa ou vício na formação das provas e manifestou-se sobre todo o conjunto probatório, refutando

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no RMS 20148/PE**, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 29/05/2006, p. 269.

cada um dos fatos imputados, pelo que não houve demonstração de efetivo prejuízo para a defesa.

3. No tocante à ausência de provas, as alegações mostram-se genéricas, configurando fundamentação deficiente. Em nenhum momento da inicial, a impetrante discorreu de forma detalhada a respeito de eventuais vícios ou insuficiência das provas que serviram de suporte para aplicação da penalidade disciplinar de demissão.

4. Segurança denegada. (grifou-se)⁷⁹

O Superior Tribunal de Justiça, portanto, alegava que sem defesa técnica, durante toda a instrução processual, não haveria o cumprimento dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Esse entendimento decorria do fato de que é justamente na fase probatória que se adquirem os subsídios que darão sustentáculo para eventual aplicação da sanção administrativa. Logo, é imprescindível que o servidor público indiciado seja acompanhado de advogado ou de defensor público, para que, em tese, obtenha em seu favor uma defesa técnica.⁸⁰

Horacio Augusto Mendes de Sousa compartilha o mesmo entendimento:

É que a ampla defesa, desenvolvida no âmbito do processo administrativo disciplinar, só se torna efetiva com a possibilidade de preenchimento do binômio autodefesa e defesa técnica por advogado, sendo a primeira disponível, pelo próprio acusado, e, a segunda, indisponível.⁸¹

Ademais, como bem assevera Sebastião José Lessa, a Carta Magna de 1988 não fez distinção entre os processos administrativos e os processos judiciais, nem mesmo quanto à aplicação do princípio do devido processo legal em relação a ambos os processos, tendo, por conseguinte, tanto o servidor público acusado como o réu, os mesmos direitos e garantias fundamentais. Portanto, se não houver defesa técnica do indiciado no processo administrativo disciplinar, haverá nulidade absoluta.⁸²

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 10.172/DF**, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/06/2006, DJ 02/08/2006, p. 215.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 10.172/DF**, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/06/2006, DJ 02/08/2006, p. 215.

⁸¹ SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. **Novíssimas reflexões sobre a necessidade de advogado no processo administrativo disciplinar à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 89, p. 47- 58, jul. 2008.

⁸² LESSA, Sebastião José. **Processo Administrativo Disciplinar – A Súmula nº 343 – STJ – DJ 21.09.07 – Defesa Técnica – Presença do Advogado**. Fórum Administrativo. Belo Horizonte: Fevereiro, v. 8, n. 84, 2008, p. 7.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça formou seu entendimento também em analogia às normas processuais penais, pois os processos administrativos são muito similares aos criminais e, em razão disso, a presença de advogado seria obrigatória também nos processos administrativos disciplinares. Por isso, a participação de advogado ou de defensor dativo seria, também no processo administrativo disciplinar, essencial para a observação do direito constitucional à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.⁸³

A aludida súmula atribuía máxima efetividade aos direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois a imprescindibilidade de uma defesa técnica na esfera do processo administrativo disciplinar não decorre apenas do art. 153 da Lei nº. 8.112/90, mas da própria Carta Constitucional.⁸⁴

Desta forma, ao analisar a Súmula do E. Superior Tribunal de Justiça percebe-se a sua total compatibilidade com a Carta Magna, pois, muitas vezes, para o servidor é pior ser demitido do que receber uma sanção em processo criminal. Foi isso que o legislador constituinte quis e para respeitá-la, a solução é assegurar ao indiciado a presença do advogado, conforme a Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça.

Tal entendimento por parte do Superior Tribunal de Justiça foi extensivamente fundamentado, havendo perdurado por muitos anos até que o Supremo Tribunal Federal editou Súmula Vinculante em sentido diverso.

3.3 A Súmula Vinculante nº. 5 do Supremo Tribunal Federal

A Emenda Constitucional 45/2004 inseriu no contexto da Constituição Federal a Reforma do Judiciário e acrescentou ao seu texto o artigo 103-A, que trouxe o instituto da súmula vinculante, *in verbis*:

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 10.837/DF**, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/06/2006, DJ 13/11/2006, p. 221.

⁸⁴ COSTA JÚNIOR, Álvaro Luiz Miranda. **Dos fundamentos da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça e a essencialidade do advogado no processo administrativo contencioso**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA. Belo Horizonte, ano 8, n. 88, p. 60-66, jun. 2008.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º - A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º - Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º - Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Desta forma, com o escopo de sanar divergência jurisprudencial existente entre o Superior Tribunal de Justiça e o próprio Supremo Tribunal Federal, o Plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou em maio de 2008, após o julgamento do Recurso Extraordinário 434.059/DF, a Súmula nº. 5, com efeito vinculante, que assim dispõe: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

No julgamento do RE 434.059-3/DF houve os mais variados fundamentos que justificassem a dispensabilidade do advogado no processo administrativo disciplinar, como por exemplo, a de que apenas os assuntos mais complexos ensejariam a inaptidão do servidor para realizar sua autodefesa e, portanto, justificariam a presença de defesa técnica. Ainda segundo o Supremo Tribunal Federal, a Lei nº. 8.112/90 faculta a presença de advogado, pois prevê expressamente a possibilidade do próprio servidor manifestar sua defesa.⁸⁵

O Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que o acompanhamento por advogado se configura como uma mera “faculdade que deve ser colocada à disposição do acusado, daquele que responde a processo judicial ou administrativo,

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 434059**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-172.

basta que seja intimado, para que possa, em querendo, oferecer a defesa, então não haverá nenhuma nulidade”.⁸⁶

Por sua vez, o Ministro Carlos Britto afirmou que caso o Supremo Tribunal Federal manifestasse entendimento em sentido contrário ao exarado na referida Súmula vinculante, possivelmente acarretaria uma situação de asoerbamento da Defensoria Pública, pois, segundo ele, “todas as vezes que em processo administrativo o servidor processado não optasse pela nomeação de procurador, a administração pública seria obrigada a remeter o caso para a defensoria pública”.⁸⁷

Ressalte-se que, mesmo com a Constituição Federal prevendo que a edição de súmula vinculante somente poderia se dar depois de reiteradas decisões, nos termos do art. 103-A⁸⁸, o Supremo Tribunal Federal editou esta súmula baseado em apenas três precedentes.⁸⁹

O primeiro deles foi o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº. 207.197/PR, julgado em 24 de março de 1998, cujo relator foi o Ministro Octavio Gallotti, cuja ementa restou assim disposta:

A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado.⁹⁰

Já o segundo precedente foi relatado pela Ministra Ellen Gracie, publicado no Diário de Justiça em 28 de junho de 2002. Trata-se do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 244.027/SP que recebeu a seguinte ementa:

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 434059**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-172.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 434059**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-172.

⁸⁸ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

⁸⁹ KOLBA, Silvana Fátima. **A presença de advogado no processo administrativo disciplinar:** aspectos polêmicos. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, p. 76.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 207197 AgR**, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 24/03/1998, DJ 05-06-1998.

Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória.⁹¹

Por fim, tem-se o Mandado de Segurança nº. 24.961/DF, em que o Ministro Carlos Velloso figurou como Relator, julgado em 24 de novembro de 2004:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. I. - A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa da coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado: AI 207.197-AgR/PR, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 05.6.98; RE 244.027-AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, "DJ" de 28.6.2002.

II. - Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Aplicação subsidiária do disposto no art. 236, CPC. Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial. III. - Mandado de Segurança indeferido.⁹²

Considerando os argumentos usados pela Corte Suprema observam-se tantos vícios formais como materiais de inconstitucionalidade, primeiramente porque a Súmula Vinculante nº 5 não preencheu os requisitos previstos na Carta Magna para a publicação de uma Súmula Vinculante, e em segundo porque seu conteúdo vai de encontro com princípios expressos na Constituição brasileira de 1988.⁹³

Verifica-se, assim, que a publicação dessa súmula está pautada exclusivamente em questões de ordem política e econômica, pois a segurança

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 244027 AgR**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 28-06-2002.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24961**, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2004, DJ 04-03-2005.

⁹³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle José Coelho. **A inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5**, 8 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12588>>. Acesso em: 26 set. 2011.

jurídica evocada pelos ministros do Excelso Pretório se refere aos interesses da administração pública e não dos servidores públicos.⁹⁴

A Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal se mostrou totalmente contrária ao exposto e consolidado entendimento do Superior Tribunal de Justiça que exigia a obrigatoriedade da presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Com a edição desta súmula a Corte Maior anulou a Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, devido ao seu efeito vinculante, que deve ser obedecida pelos Tribunais, Juízes e Administração direta e indireta, como prevê o *caput* do art. 103-A da Carta Magna.⁹⁵

Bartira Pereira Dantas assim se pronuncia sobre as súmulas vinculantes:

Neste passo, é de se ressaltar que, malgrado não possua efetividade legislativa, a inserção das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico pátrio reforçou a ideologia da observância obrigatória dos entendimentos sumulares dos Tribunais Superiores, mormente porque, consoante determinado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, as súmulas vinculantes tem caráter impeditivo de recursos. Vale dizer, não se admitirá a interposição de recursos quando manifestamente contrários ao entendimento esposado nas súmulas vinculantes.⁹⁶

Quanto aos efeitos da Súmula Vinculante nº 05, vale ressaltar que são de eficácia *ex tunc*, ou seja, retroativa, conforme se verifica do seguinte precedente em que o Superior Tribunal de Justiça havia, em sede de recurso ordinário, anulado a decisão proferida em processo administrativo disciplinar por ausência de defesa técnica. Logo após esta decisão, foi publicada a súmula vinculante nº. 05, e ao analisar os embargos de declaração opostos pela União, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão que havia anulado o processo administrativo,

⁹⁴ NUNES JUNIOR, Juarez Gomes. **A massa de incidência da súmula vinculante Nº 5, do STF.** Disponível em: <http://www2.forumseguranca.org.br/node/22658>. Acesso em: 27 set. 2011.

⁹⁵ GOMES, Norberto da Silva. **Supremo Tribunal Federal edita a Súmula Vinculante 5, e determina:** “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. In: OAB/SP. Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/comissoes/dir_militar/noticias/sumula_vinculante.pdf>. Acesso em: 22 set. 2011.

⁹⁶ DANTAS, Bartira Pereira. **Processo legal devido no âmbito disciplinar. (des)necessidade de defesa técnica?** Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20091207232626.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2011.

entendendo que a referida súmula vinculante possui eficácia *ex tunc*, nos termos do art. 4º⁹⁷ da Lei n.º 11.471/2006. Veja-se a ementa dos embargos de declaração:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRESENÇA DO ADVOGADO EM TODAS AS FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESNECESSIDADE. EDIÇÃO SÚMULA VINCULANTE N.º 5, DA EGRÉGIA SUPREMA CORTE. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA EX TUNC.

ART. 4.º DA LEI 11.417/2007.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padecer de omissão, contradição ou obscuridade, consoante dispõe o art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. A incidência da Súmula Vinculante n.º 5, da Excelsa Corte, *in casu*, mostra-se inarredável, ainda que mesma tenha sido editada após o julgamento do recurso em mandado de segurança em foco. É que, ao sumular o tema, o egrégio Supremo Tribunal Federal, de uma forma ou de outra, declarou a constitucionalidade de normas que regem o processo administrativo ao assentar que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição.

3. A declaração de constitucionalidade de dispositivos que orquestram o processo administrativo disciplinar confere eficácia *ex tunc* à Súmula Vinculante n.º 5, com arrimo no art. 4º, da Lei 11.417/2006.

4. Embargos de declaração acolhidos, com atribuição de efeito infringente aos mesmos, a fim de negar provimento ao recurso em mandado de segurança.(grifou-se)⁹⁸

Portanto, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, apesar de a edição do verbete sumular tenha se dado posteriormente ao julgamento do recurso em mandado de segurança, do qual os embargos de declaração foram opostos, reformou a decisão para reconhecer a prescindibilidade do advogado no processo administrativo disciplinar.

Ressalte-se, todavia, que a súmula vinculante não impede a participação do advogado no processo disciplinar. Agora, devido à facultatividade de sua presença, sua ausência apenas não importará mais em nulidade do processo, como era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.⁹⁹

⁹⁷ Art. 4º. A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no RMS 21719/DF**, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 20/04/2009.

⁹⁹ DANTAS, Bartira Pereira. **Processo legal devido no âmbito disciplinar. (des)necessidade de defesa técnica?** Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20091207232626.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2011.

O entendimento acerca da facultatividade da presença de advogado no processo disciplinar impera no Poder Judiciário em razão da Súmula Vinculante nº. 5 do Supremo Tribunal Federal, a qual deverá ser aplicada pelos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como por todas as esferas da Administração Pública.¹⁰⁰

O Supremo Tribunal Federal deveria ter melhor analisado a prescindibilidade do advogado em tais casos, pois a súmula vinculante, embora torne a Justiça mais célere ao uniformizar a aplicação do Direito em casos recorrentes, ela também engessa o Judiciário, susta a independência dos magistrados *a quo* e fossiliza a jurisprudência, impedindo a evolução do Direito.¹⁰¹

A súmula vinculante, bem como quase todo o ordenamento brasileiro, não é necessariamente eterna, podendo ser revista ou cancelada a qualquer tempo, na forma da lei. Todavia, a Constituição Federal restringe a legitimidade para propor a revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes àqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, quais sejam, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.¹⁰²

Verifica-se, assim, que diante da restrição imposta pela Carta Magna, a edição de súmulas vinculantes deve se pautar em critérios mais rigorosos, devendo o Supremo Tribunal Federal melhor analisar as consequências jurídicas que ocorrerão com a vinculação do seu entendimento.

Talvez, devido à grande dificuldade de se ingressar nos quadros públicos de alguns órgãos, há quem se olvide de que o quadro de servidores é constituído de

¹⁰⁰ SOARES, Henrique Carlos. **Súmula Vinculante nº. 5** – (In) dispensabilidade do Advogado nos Processos Administrativos Disciplinares. Revista IOB de Direito Administrativo. São Paulo, n. 31, v. 3, p. 7-21, jul. 2008.

¹⁰¹ FARIA, José Eduardo. **A Crise do Judiciário no Brasil**. In LIMA JR., Jayme Benvenuto. (Org.). Independência dos Juízes no Brasil: aspectos relevantes, casos e recomendações. Recife: Gajop; Bagaço, 2005.

¹⁰² LOBO, Arthur Mendes. **Breves comentários sobre a regulamentação da Súmula vinculante**. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/8/16042010161145.pdf>. Acesso em: 26 set. 2011.

peças com nível de escolaridade variado, desde o ensino fundamental até a mais alta especialização e de diferentes áreas de atuação.

Diante disso e, infelizmente, da certeza de que o Brasil não é país onde as pessoas são conhecedoras dos seus direitos, não há como se esperar que o servidor público tenha capacidade técnica e jurídica para se defender da forma adequada e assim garantir o direito constitucional à ampla defesa.

Portanto, data vênua as opiniões em contrário, aduz-se que o entendimento garantista do Superior Tribunal de Justiça é o mais correto, pois a ampla defesa é garantida pela Constituição Federal, e um dos principais princípios processuais, sem o qual não há que se falar em justiça.

CONCLUSÃO

A Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, inciso LV, prevê o princípio do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes. Viu-se que a Constituição não mitigou sua aplicação no âmbito do processo administrativo, ao contrário, a equiparou ao processo judicial. Ressalte-se que o direito à defesa não se resume apenas em se manifestar no processo, mas engloba, além da autodefesa, a defesa técnica, a qual deve ser realizada por advogado.

No entanto, o art. 156 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis Federais e o art. 3º da Lei 9.784/99, facultaram a presença do advogado e, em consequência, mitigou a aplicação desses postulados sem se preocupar com sua evidente desarmonia com os preceitos contidos na Constituição Federal.

Apesar do disposto nas Leis 8.112/90 e 9.784/99, a presença de advogado ou defensor dativo é essencial para garantir o direito constitucional à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo.

O Superior Tribunal de Justiça, defendendo uma posição mais garantista quanto aos direitos do cidadão, firmou seu entendimento no sentido de assegurar ao servidor a defesa por um advogado, com o escopo de garantir o efetivo exercício do direito à ampla defesa e, ainda, assegurar menor probabilidade de eventuais nulidades e erros no decorrer do processo. Deste modo, segundo o entendimento do Tribunal Superior, se o servidor não constituísse advogado, a administração deveria nomear-lhe um defensor dativo, legalmente habilitado, sob pena de nulidade.

Com o desígnio de consolidar seu entendimento, a Corte Superior publicou, em setembro de 2007, a Súmula nº 343, a qual estabelecia ser obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Em razão disso, vários processos foram anulados, pois para o Superior Tribunal de Justiça a ausência de defesa técnica não permitia a efetiva aplicação dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Este foi o entendimento que prevaleceu até maio de 2008, quando o Supremo Tribunal Federal publicou a Súmula Vinculante nº 5.

A referida súmula vinculante reflete o entendimento da Corte Suprema, no sentido de que a ausência de advogado no processo disciplinar não ofende a Constituição. A interpretação abraçada pelos ministros da Corte Maior é no sentido de que a defesa técnica seria desnecessária para que o servidor pudesse exercer o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Assim, indaga-se qual a diferença entre os processos judicial, administrativo e administrativo disciplinar que explique o tratamento distinto a eles aplicado pela Suprema Corte, no sentido de que apenas no processo administrativo disciplinar o Pretório Excelso, por meio de súmula vinculante, tenha dispensado a presença de advogado e, portanto, de defesa técnica.

Talvez a Corte Suprema tenha sido negligente em aprovar súmula vinculante no sentido de dispensar a presença de advogado em tais casos, pois, o servidor público, na esmagadora das vezes, sequer conhece os procedimentos jurídicos e as normas legais, não tendo como se autodefender de forma efetiva.

Assim, a faculdade da presença de advogado no processo administrativo disciplinar, estabelecida pela Súmula Vinculante nº. 5, contraria expressamente a Constituição Federal, quando reconhece que a ausência de defesa técnica não ofende o princípio da ampla defesa e contraditório. Além da sua patente inconstitucionalidade, os magistrados *a quo* são obrigados a aplicar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tendo mitigado o seu livre convencimento motivado.

Dessa forma, apesar do entendimento defendido pela Corte Suprema ser majoritário em razão do efeito vinculante da referida súmula, não se pode negar que a habilitação técnica e jurídica do defensor é necessária para que a defesa do acusado seja eficaz, pois se o servidor não possuir conhecimentos jurídicos para contestar a acusação, não haverá respeito ao princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Diante do exposto, infere-se que apenas com a presença do advogado é que estará assegurada a igualdade entre a acusação e a defesa. A autodefesa poderá até ser renunciada, porém, a defesa técnica, além de obrigatória, é um direito do acusado e independe de sua vontade.

Portanto, pautado nos princípios constitucionais aplicáveis ao processo disciplinar, pode-se dizer que a presença do advogado deve ser entendida como obrigatória, já que o servidor acusado, na maioria dos casos, não possui competência técnica para exercer sua defesa. Sendo assim, observa-se que o equilíbrio na relação entre a Administração Pública e seus servidores é de grande importância para a preservação das garantias constitucionais na esfera do processo administrativo disciplinar, e só o advogado poderá garantir este equilíbrio na relação processual para que a ampla defesa do acusado seja garantida.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. Ed. São Paulo: Método, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; **Comentários à Constituição do Brasil**: (promulgada em 5 de outubro de 1988). 2. Ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Atualizada até emenda 56/07. In: *Vade Mecum acadêmico de direito*. 6. Ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. **Lei nº. 8.112 de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. In: *Vade Mecum acadêmico de direito*. 6. Ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. **Lei nº. 8.906 de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. In: **Vade Mecum acadêmico de direito**. 6. Ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. **Lei nº. 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: *Vade Mecum acadêmico de direito*. 6. Ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no RMS 20148/PE**, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 29/05/2006, p. 269.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 7.792/DF**, Rel. Ministro Paulo Medina, Terceira Seção, julgado em 24/03/2004, DJ 03/05/2004, p. 92.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. 3ª Seção. **MS 9.807/DF**, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, julgado em 12/09/2007, DJ 11/10/2007, p. 287.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 10.172/DF**, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/06/2006, DJ 02/08/2006, p. 215.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 10837/DF**, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/06/2006, DJ 13/11/2006, p. 221.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 13.188/DF**, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 14.836/DF**. Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Terceira Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 207197 AgR**, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 24/03/1998, DJ 05-06-1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24961**, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2004, DJ 04-03-2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 244027 AgR**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 28-06-2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 434059**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-172.

BRAZ, Petrônio. **Processo Administrativo Disciplinar**. Campinas/SP: Servanda, 2007.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Reflexos da Lei 9784/99 no processo administrativo disciplinar no âmbito da administração federal**. Disponível em: <http://www.ufmg.br/pfufmg/index.php/artigos>. Acesso em: 26 set. 2011

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10. Ed: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Presença Facultativa de Advogado no Processo Disciplinar – Idas e Vindas da Jurisprudência e a Súmula Vinculante nº. 5.** Revista Zênite de Direito Administrativo e IRF – IDAF, Curitiba, ano VIII, n.86, p.147-150, set. 2008.

COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar.** 5. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

COSTA JÚNIOR, Álvaro Luiz Miranda. Dos fundamentos da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça e a essencialidade do advogado no processo administrativo contencioso. Fórum Administrativo – Direito Público – FA. Belo Horizonte, ano 8, n. 88, p. 60-66, jun. 2008.

DANTAS, Bartira Pereira. **Processo legal devido no âmbito disciplinar. (des)necessidade de defesa técnica?** Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20091207232626.pdf> Acesso em: 11 mar. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FARIA, José Eduardo. **A Crise do Judiciário no Brasil.** In LIMA JR., Jayme Benvenuto. (Org.). Independência dos Juízes no Brasil: aspectos relevantes, casos e recomendações. Recife: Gajop; Bagaço, 2005.

FERRAZ, Luciano. **Due process of Law e parecer prévio das cortes de contas.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano 1. N.9, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Norberto da Silva. **Supremo Tribunal Federal edita a Súmula Vinculante 5, e determina:** “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. In: OAB/SP. Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/comissoes/dir_militar/noticias/sumula_vinculante.pdf>. Acesso em: 22 set. 2011.

KOLBA, Silvana Fátima. **A presença de advogado no processo administrativo disciplinar:** aspectos polêmicos. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao

Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, p. 76.

LESSA, Sebastião José. **Processo Administrativo Disciplinar** – A Súmula nº 343 – STJ – DJ 21.09.07 – Defesa Técnica – Presença do Advogado. Fórum Administrativo. Belo Horizonte: Fevereiro, v. 8, n. 84, 2008, p. 7.

LOBO, Arthur Mendes. **Breves comentários sobre a regulamentação da Súmula vinculante**. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/8/16042010161145.pdf>. Acesso em: 26 set. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES JUNIOR, Juarez Gomes. **A massa de incidência da súmula vinculante Nº 5, do STF**. Disponível em: <http://www2.forumseguranca.org.br/node/22658>. Acesso em: 27 set. 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

IVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle José Coelho. **A inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5.**, 8 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12588>>. Acesso em: 26 set. 2011.

SOARES, Henrique Carlos. **Súmula Vinculante nº. 5** – (In) dispensabilidade do Advogado nos Processos Administrativos Disciplinares. Revista IOB de Direito Administrativo. São Paulo, n. 31, v. 3, p. 7-21, jul. 2008.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Novíssimas **reflexões sobre a necessidade de advogado no processo administrativo disciplinar à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 89, p. 57, jul. 2008.