



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

BERNARDO BLATT CARUSO

**A SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 5 E A FRAGILIZAÇÃO DA AMPLA
DEFESA.**

BRASÍLIA

2024

BERNARDO BLATT CARUSO

**A SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 5 E A FRAGILIZAÇÃO DA AMPLA
DEFESA.**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientador(a): Prof. Dra. Karla Margarida Martins Santos.

BRASÍLIA

2024

BERNARDO BLATT CARUSO

**A SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 5 E A FRAGILIZAÇÃO DA AMPLA
DEFESA.**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Prof. Dra. Karla Margarida Martins Santos.

BRASÍLIA, ABRIL DE 2024

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

Dedico este trabalho aos meus pais, Monica e Luiz Claudio. Sem vocês eu nada seria.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as bênçãos e pelo dom da vida.

Aos meus pais, Monica Blatt Caruso e Luiz Claudio de Santana e Caruso, por sempre terem acreditado em mim e por não medirem esforços para que eu conseguisse a realização de mais um sonho, compartilhando comigo, desde o início da minha vida, todas as minhas conquistas.

Ao meu irmão, Eduardo Blatt Caruso, pela lealdade, pela mais sincera e genuína amizade que tenho em minha vida e por estar sempre ao meu lado. Meu melhor amigo.

À minha namorada, Vitória Silva, por toda afetividade, paciência e por estar ao meu lado me acompanhando, me incentivando, me dando forças e por nunca ter descreditado em mim.

A toda minha família pela motivação, credibilidade e por estarem sempre presentes na minha vida.

À minha orientadora, Prof. Dra. Karla Margarida Martins Santos, pela grandiosa contribuição ao nascimento e desenvolvimento do presente trabalho.

Aos meus amigos pelo companheirismo e amizade.

Por fim, a todos que direta e indiretamente contribuíram para a conquista desse objetivo.

“Quanto mais aumenta nosso conhecimento,
mais evidente fica nossa ignorância”. (John F.
Kennedy)

RESUMO

Um dos princípios fundamentais em um Estado que segue o modelo democrático de direito é o princípio do devido processo legal. Este princípio é diretamente associado ao direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, os quais estão estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV. A CF/88, estabelece a igualdade entre os processos judiciais e administrativos. O objetivo desta monografia é analisar se a Súmula Vinculante nº 5 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que dispensa a representação legal por um advogado no processo administrativo disciplinar, poderia ter reduzido ou mesmo infringido o direito de defesa do cidadão que responde a um PAD. É objeto deste trabalho a análise da atuação dos Tribunal Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal ao editar súmulas, deste último vinculante, acerca da obrigatoriedade ou não da presença de advogado na defesa técnica do particular no processo administrativo disciplinar. Este trabalho se propõe, ainda, a apresentar os fundamentos que ensejaram na edição de tais súmulas, mostrando algumas correntes doutrinárias que se debruçaram sobre o tema. Para esse fim, foi utilizado como técnica para o estudo, pesquisas bibliográficas, textos de leis, revistas, periódicos, artigos, manuais e jurisprudências, com a devida utilização do método qualitativo. O STJ entendeu que a presença do advogado era obrigatória em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Por outro lado, o STF sumulou o entendimento de que a ausência do advogado no tipo de processo em tela, não ofende a Constituição. Em muitos casos, especialmente em procedimentos administrativos mais complexos, é altamente recomendável que as partes envolvidas sejam representadas por um advogado. Isso ocorre porque um advogado possui o conhecimento jurídico necessário para entender as nuances legais do processo e para garantir que os direitos e interesses de seus clientes sejam adequadamente protegidos, e então se garanta uma ampla defesa adequada, uma vez que do outro lado do processo temos o Estado com todas as suas forças e servidores capacitados, no conflito administrativo.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Servidor público. Processo Administrativo Disciplinar. Ampla defesa. Súmula Vinculante.

ABSTRACT

One of the basic principles in a democratic State of law is the principle of due legal process. This principle is directly associated with the fundamental right to full defense and adversarial proceedings, which are established in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, in its article 5, item LV. CF/88 establishes equality between judicial and administrative processes. The objective of this monograph is to analyze whether Binding Precedent No. 5 by the Federal Supreme Court (STF), which dispenses with legal representation by a lawyer in the administrative disciplinary process, could have reduced or even infringed the previously mentioned right. In many cases, especially in more complex administrative procedures, it is highly recommended that the parties involved be represented by a lawyer. This is because a lawyer has the necessary legal knowledge to understand the legal nuances of the process and to ensure that the rights and interests of their clients are adequately protected, and then guarantee a broad and adequate defense, since on the other side of the process we have the State with all its forces and capable servants, in the administrative conflict.

Keywords: Administrative Law. Public Server. Administrative Disciplinary Procedure. Right to full defense. Binding Precedent.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	10
<u>CAPÍTULO I – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</u>	13
1.1 O PROCESSO ADMINISTRATIVO	13
1.2 PROCESSO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	15
1.3 AUTONOMIA DOS ENTES FEDERADOS E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA	17
<u>CAPÍTULO 2 – O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES</u>	21
2.1 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	21
2.2 FASES DO PAD	24
2.2.1 INSTAURAÇÃO	25
2.2.3 INQUÉRITO	26
2.2.4 JULGAMENTO	27
2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO PAD	28
2.3.1 LEGALIDADE	28
2.3.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL	30
2.3.4 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	31
<u>CAPÍTULO 3 – ATUAÇÃO DO ADVOGADO NO PAD</u>	33
3.1 O INSTITUTO DA SÚMULA VINCULANTE	33
3.2 OBRIGATORIEDADE DA DEFESA TÉCNICA	35
3.3 SÚMULA N. 343 DO STJ	38
3.4 SÚMULA VINCULANTE N. 5	41
<u>CONCLUSÃO</u>	46
<u>REFERÊNCIAS</u>	48

INTRODUÇÃO

O foco desta monografia é analisar os aspectos constitucionais relacionados à Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal. Serão examinadas as repercussões decorrentes da falta de representação técnica por um advogado em processos administrativos disciplinares, bem como será feita uma análise a respeito do processo administrativo disciplinar no Brasil.

A questão da necessidade de representação por advogado no processo administrativo disciplinar gerou divergências na doutrina e na jurisprudência do Brasil. Inicialmente, o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça até 2007 era de que a defesa técnica nesse tipo de processo era uma faculdade do acusado. No entanto, houve uma mudança de entendimento nesse tribunal, que passou a considerar indispensável a presença de advogado no processo administrativo disciplinar. Essa nova interpretação foi oficializada na Súmula nº 343 do STJ, publicada no Diário de Justiça da União em 21 de setembro de 2007, estabelecendo que “é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. Tal entendimento teve como fundamento, dar maior concretude aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Entretanto, no ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF decidiu de maneira diversa, negando a ocorrência de cerceamento de defesa e de violação constitucional nos casos de ausência de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar.

Não bastasse a questionável decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário, os eminentes Ministros do STF aprovaram súmula com efeito vinculante — a Súmula Vinculante nº 5 — que assumiu a seguinte redação: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

O processo administrativo, assim como o judicial, é moldado pelo atendimento de certos princípios que estão consagrados na CF/88, como o contraditório e a ampla defesa. Dentre seus objetivos estão a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da administração, sempre observando a legalidade dos atos e evitando quaisquer vícios e nulidades do processo. As decisões administrativas devem decorrer de processos, estando estes sujeitos a regras específicas. Contudo, há uma particularidade nos

processos administrativos que é a possibilidade da dispensa de defesa técnica feita por um advogado no processo. Tal entendimento é consolidado por meio da Súmula Vinculante n.5, do STF, editada no ano de 2008, segundo a qual “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. O enunciado foi elaborado apesar (ou em razão) da existência prévia da Súmula 343 do STJ, diretriz processual fundamentalmente oposta: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Todavia, se faz necessário uma análise mais técnica a respeito do assunto, pois é um tema palpitante e que suscitou divergências na doutrina e jurisprudência. Deve-se analisar sua pertinência nos processos reais, tendo em vista que a Constituição assegura o contraditório e ampla defesa nos processos administrativos. No Processo Administrativo Disciplinar, dentre seus efeitos está a possibilidade de demissão de um servidor público e demais consequências negativas que um servidor que responder ao PAD poderá sofrer.

Em 2007, o STJ através da Súmula 343, estabeleceu que: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.” Na época foi considerado um avanço da jurisprudência, pois um servidor que tenha ao seu lado uma defesa técnica, poderá construir uma tese defensiva livre e independente de quaisquer laços hierárquicos que lhe imponham restrições.

É um tema que, por mais que esteja atualmente sumulado pelo STF, já sofreu e ainda sofre críticas. A inteligência do art.133, CF, preceitua que o advogado é indispensável à realização da administração da justiça em sentido amplo, não só no âmbito judicial como obviamente no âmbito administrativo também. A própria OAB já apresentou proposta ao STF para o cancelamento da referida súmula número 5.

Os administrados e a administração pública estão amparadas com direitos e deveres previstos tanto na CF/88 quanto na Lei de Processos Administrativos Federais. Os defensores da necessidade da defesa técnica no PAD, argumentam que independentemente da complexidade das imputações feitas ao servidor público, apenas o profissional tecnicamente capacitado - o advogado - terá condições de proporcionar ao acusado uma defesa efetivamente ampla. Isso vai ao encontro do art. 5, LV, da CF “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”. Dessa forma, só seria possível extrair o

máximo dos meios e recursos inerentes ao princípio da ampla defesa, por meio da presença do advogado no PAD.

Assim, pretende-se promover reflexão crítica sobre o papel da defesa técnica nos processos administrativos, sua compatibilidade com a CF, bem como aos princípios do contraditório e ampla defesa, assim como a importância dessa lei e sua aplicabilidade nos demais entes federados que não a União.

Este trabalho se propõe, ainda, a apresentar os fundamentos que ensejaram na edição de tais súmulas, mostrando algumas correntes doutrinárias que se debruçaram sobre o tema. Para esse fim, foi utilizado como técnica para o estudo, pesquisas bibliográficas, textos de leis, revistas, periódicos, artigos, manuais e jurisprudências, com a devida utilização do método qualitativo.

CAPÍTULO I – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 O PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo administrativo brasileiro possui aspectos e origens que se relacionam com o sistema jurídico inglês, uma vez que o Brasil adotou o sistema inglês de jurisdição única, também conhecido como sistema de controle judicial. Esse sistema foi estabelecido na nossa Constituição, no artigo 5º, inciso XXXV, onde é reconhecido como um princípio fundamental, o da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional. Esse princípio é garantido como um direito individual e é considerado uma cláusula imutável, conforme estipulado no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição de 1988. De acordo com Madeira (2022, p. 13), este dispositivo estabelece que a lei não pode impedir que o Poder Judiciário examine qualquer lesão ou ameaça a direitos, o que significa que todo e qualquer conflito, seja de natureza administrativa ou privada, pode ser analisado pelo Judiciário.

Porém, por mais que vigore no Brasil o sistema de jurisdição única, não significa retirar da Administração Pública o poder de autotutela. A autotutela da administração pública brasileira refere-se ao poder que a administração possui para revisar, anular ou revogar seus próprios atos administrativos, quando estes forem ilegais ou contrários ao interesse público. Esse poder é uma das características do princípio da legalidade, que estabelece que a administração pública deve agir estritamente dentro dos limites da lei.

Assim sendo, a autotutela permite que a administração pública corrija seus próprios erros ou ilegalidades, garantindo assim a conformidade de seus atos com a legislação vigente e o interesse público. Esse princípio é fundamental para a eficiência e a legitimidade da atuação administrativa.

Entretanto, como bem salientamos acima, afirmar que no Brasil o controle da legalidade da atividade administrativa é efetivado pelo Poder Judiciário não significa retirar da Administração Pública o poder de controlar seus próprios atos, o que se dá pelo dever de autotutela. No Brasil, temos órgãos de cunho administrativo, com competência específica para decidir conflitos dessa natureza. O diferencial é que, no sistema da jurisdição única, as decisões dos órgãos administrativos não são dotadas da força e da definitividade que caracterizam as decisões do Poder Judiciário. Os órgãos administrativos pacificam aqueles litígios administrativos, no entanto, suas decisões não fazem coisa julgada em sentido próprio, ficando sujeitas à revisão pelo Judiciário, sempre mediante provocação, em regra, do administrado que não concorda com a decisão proferida no litígio administrativo em que participou como parte. (MADEIRA, 2022, p. 13)

No contexto de um Estado Democrático de Direito, em que os direitos e garantias individuais e coletivos são valorizados, é inconcebível uma Administração que possa operar sem estar sujeita a limitações constitucionais e democráticas, protegendo assim o interesse público. Para viabilizar esse papel do Estado, o processo é inserido no âmbito administrativo como um meio de legitimar o exercício do poder, um poder que está sujeito à legalidade e moralidade administrativa, bem como as formas previstas para controle e fiscalização.

Maria Sylva Zanella Di Pietro (2014), ao conceituar o controle da Administração Pública, leciona que no exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os próprios atos. Em complemento, a autora afirma que:

[...] pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico. (DI PIETRO, 2014, p.89).

Assim, o processo se torna uma expressão dos limites constitucionais dos atos administrativos e um meio de garantir uma atuação em sintonia com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, além de proteger os direitos individuais dos cidadãos. Conseqüentemente, o papel do processo administrativo nos dias de hoje é essencial para a concretização de uma relação justa e transparente entre o Estado e a sociedade.

O processo administrativo genérico, assim como o judicial, tem guarida plena na CRFB e, portanto, guarda consigo todas as prerrogativas inerentes ao tipo. Especificamente o processo administrativo disciplinar (PAD), espécie de processo instaurado para apurar conduta ilegal de agentes públicos – e puni-los conforme a gravidade de seu ato –, possui características bem próprias, que demanda uma atenção maior e uma melhor observância aos princípios que norteiam as garantias individuais.

Outro aspecto importante é que o processo administrativo oferece mecanismos para revisão e controle das decisões da Administração Pública. Isso inclui recursos administrativos internos e a possibilidade de revisão judicial, garantindo que as decisões sejam tomadas de acordo com a lei, de maneira justa e imparcial, e oferecendo aos cidadãos a oportunidade de contestar decisões consideradas injustas ou ilegais.

Visto todos estes conceitos, chega-se à conclusão que o controle administrativo interno ou controle administrativo, que também foi definido em dado momento como um princípio da Administração Pública indireta, é regido, amparado e guarda subordinação a outros princípios do Direito Administrativo. Além dos princípios explícitos na Carta Maior brasileira (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), mantém relação também, entre outros, com os princípios trazidos no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999³⁴, denominada lei do processo administrativo federal, princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (BOLZAN DE ALMEIDA, 2020, p. 533).

1.2 PROCESSO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Para uma correta aplicação do devido processo legal no âmbito do processo administrativo é necessário observar legitimidade do procedimento. Este conceito essencial ressalta que a validade das decisões administrativas em um Estado democrático de Direito deve estar intrinsecamente ligada ao cumprimento de um procedimento predefinido. Assim sendo, as autoridades administrativas devem seguir um conjunto de regras e etapas pré-estabelecidas ao tomar decisões, garantindo transparência, imparcialidade e justiça em todo o processo. Essa observância não apenas fortalece a confiança dos cidadãos nas instituições públicas, mas também assegura que os direitos e interesses dos envolvidos sejam devidamente protegidos e respeitados ao longo do procedimento.

“O processo é o meio que pode se desenvolver por mais de um modo, que é o procedimento. Como escrevemos em outra ocasião, ‘processo é o meio, o instrumento juridicamente criado para se realizar uma determinada finalidade. Difere de procedimento, que é o modo pelo qual se atua...’ O processo é instrumento; o procedimento é a maneira de fazer ou agir, ou, como na hipótese em foco, de conduzir o processo. O processo identifica o objeto e a forma de exercer determinadas atividades administrativas; o procedimento é o modo de aperfeiçoar esta atividade”. (ROCHA, 1997, p.190).

A Constituição pátria em seu art. 37, caput, preconiza os critérios informadores do processo administrativo, que são os princípios básicos da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. "Art. 37 - 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."

Somando-se as normas contidas na Constituição e no Estatuto dos Servidores Públicos, a Lei nº 9.784/99 acrescentou a este rol, de forma expressa, outras garantias que deverão ser observadas pelo Poder Público, ao dispor em seu artigo 2º que:

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

Processo administrativo e procedimentos administrativos são frequentemente tratados como sinônimos por alguns autores. No entanto, tecnicamente, são locuções que possuem significados diferenciados.

Não se confunde o processo com procedimento. O primeiro existe sempre como um instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos. O procedimento é um conjunto de formalidades que devem ser observados para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo (DI PIETRO, 2010, p.623).

1.3 AUTONOMIA DOS ENTES FEDERADOS E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

A questão da autonomia administrativa dos entes federados é abordada na Constituição Federal do Brasil de 1988. O texto constitucional reconhece e estabelece a autonomia política e administrativa dos diferentes entes federativos, que incluem a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios.

A Constituição Federal, em seu artigo 18 assevera que os entes federados autônomos, quais sejam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, possuem autonomia plena. Autonomia, no seu sentido amplo, significa ter a entidade integrante da federação capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração. No primeiro caso, a entidade pode criar sua própria Constituição ou Lei Orgânica; no segundo, pode organizar seu governo e eleger seus dirigentes; no terceiro, pode ela organizar seus próprios serviços.

O professor Raul Machado Horta sintetiza e aprofunda mais sobre o tema:

“Ao expedir as normas que configuram a organização federal, a Constituição defere ao Estado o poder de organização própria, designando como fontes do poder autônomo de organização a Constituição e as leis estaduais. Nesse cerne organizatório, situa-se a autonomia do Estado-Membro, que caracteriza e singulariza o Estado Federal, de modo geral, e o Estado Federal Brasileiro, de modo particular, no domínio das formas estatais. A autonomia provém, etimologicamente, de *nómos* e significa, tecnicamente, a edição de normas próprias.” (HORTA, 1999, p.339)

Uma das implicações da autonomia legislativa e administrativa é a competência de cada ente para legislar sobre o direito administrativo que será aplicado às suas próprias administrações. “Portanto, o direito administrativo é uma categoria especial entre os assuntos jurídicos sujeitos à legislação, não sendo abordado nas disposições dos artigos 21 a 30 que tratam da divisão de competências”. (CUNHA, 2014, p. 139).

O Art.1º da Lei 9.748/99 estabelece que: “Art. 1o - Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.”

Assim sendo, em uma primeira análise, constatamos se tratar de uma Lei Federal que traz normas gerais sobre o assunto, portanto não é uma lei nacional. O legislador ao restringir o âmbito de aplicação, visou respeitar a autonomia dos demais entes federados para organizar

e exercer sua atividade administrativa, e sendo assim possível que cada ente federado crie a sua própria lei de processo administrativo.

A autonomia administrativa significa que cada ente federado tem a capacidade de organizar e gerir seus próprios assuntos internos, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. Isso inclui a prerrogativa de estabelecer suas estruturas de governo, elaborar leis e regulamentos específicos para suas administrações, criar políticas públicas e prestar serviços aos seus cidadãos. Em São Paulo, por exemplo, existe a lei 10.177/98, que é uma lei estadual de processo administrativo. Contudo, depois de uma série de controvérsias jurídicas, o assunto parou no STJ, que se posicionou de forma que a aplicação da lei 9.784/99 pelos Estados e Municípios deve se dar de forma subsidiária, ou seja, quando há lacunas na legislação própria local. Não raras as vezes, quando um município dispõe de lei específica é uma cópia da Lei 9.784/99 com poucas alterações. Vide exemplo do Distrito Federal, que simplificou esse entendimento do STJ através da lei 2.834/01.

Cada ente federado possui órgãos e poderes próprios para exercer sua autonomia administrativa e política. Por exemplo, os estados têm suas assembleias legislativas, governadores e secretarias estaduais, enquanto os municípios possuem suas câmaras municipais, prefeitos e secretarias municipais.

É importante ressaltar que a autonomia administrativa não significa soberania plena, uma vez que os entes federados estão sujeitos aos princípios e normas gerais estabelecidos na Constituição Federal. Além disso, a autonomia administrativa não impede a cooperação e coordenação entre os entes federados, especialmente em áreas de interesse comum, como segurança pública, saúde e educação, por meio de instrumentos como convênios e consórcios intermunicipais.

Em suma, a questão da autonomia administrativa dos entes federados é uma característica fundamental do sistema federativo brasileiro, garantindo que cada ente tenha poderes próprios para governar e administrar seus assuntos internos, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal.

Com base na regra da autonomia política e sua consequência na independência legislativa dos entes federados, é importante esclarecer que existem matérias que são de competência concorrente. Nesses casos, cabe à União editar normas gerais, enquanto aos estados-membros e ao Distrito Federal é conferida a competência para legislar, fixando

normas específicas de acordo com suas necessidades e peculiaridades, desde que respeitem os parâmetros estabelecidos pela União.

A competência concorrente significa que tanto a União quanto os estados e o Distrito Federal têm o poder de legislar sobre determinadas matérias, mas em âmbitos distintos. A União estabelece as normas gerais que devem ser observadas em todo o país, enquanto os estados-membros e o Distrito Federal têm a prerrogativa de complementar essas normas, adaptando-as às suas realidades regionais.

Essa divisão de competências é estabelecida pela Constituição Federal, que define quais matérias são de competência exclusiva da União, quais são de competência exclusiva dos estados e do Distrito Federal, e quais são de competência concorrente, ou seja, compartilhada entre a União e os entes subnacionais.

Ao tratar de competência concorrente, a Constituição estabelece que a União deve editar normas gerais sobre determinada matéria, cabendo aos estados e ao Distrito Federal a competência para legislar de forma específica dentro desse tema, desde que respeitem os parâmetros estabelecidos pela União.

Dessa forma, a autonomia política dos entes federados não implica uma independência legislativa total e absoluta. Ainda há a necessidade de coordenação e harmonização entre a União e os estados, garantindo que as normas gerais sejam seguidas e que as normas específicas atendam às particularidades regionais, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal.

Entre as consequências da autonomia legislativa e administrativa estaria a competência de cada ente para legislar sobre o direito administrativo que será aplicado à suas administrações. Dessa forma, o direito administrativo é espécie peculiar entre os temas jurídicos legíveis, não estando presente nas regras dos artigos 21 a 30 referentes à divisão de competências. (CUNHA, 2014, p. 139).

Neste sentido, surgem correntes doutrinárias que abordam a distinção e as peculiaridades entre processo administrativo e autonomia administrativa. Há aqueles que consideram que as matérias administrativas de caráter processual estariam abarcadas por esta autonomia, de forma que cada ente subnacional terá competência para organizar o seu sistema de processo administrativo; e há também quem diz que a autonomia abrangeria somente o direito administrativo material, sendo as matérias processuais, tanto em caráter

jurisdicional quanto legislativo e administrativo, de competência legislativa privativa da União, por força do art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

CAPÍTULO 2 – O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES

2.1 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

No sistema jurídico do Brasil, o processo administrativo disciplinar (PAD) constitui-se como um mecanismo composto por uma série de atos coordenados com o objetivo de investigar e punir comportamentos irregulares praticados por funcionários públicos. O processo punitivo, também denominado de processo sancionador ou disciplinar, é o instrumento utilizado pela administração para apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido (art. 148 da Lei Federal n. 8112/90).

O Processo Administrativo Disciplinar é compreendido como a ferramenta que a Administração Pública utiliza na apuração de supostas infrações cometidas por agentes públicos no exercício de seus cargos, empregos e funções. O texto constitucional garante a todos os acusados o respeito ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório, o que inclui a presença da defesa técnica ao acusado, como premissa básica de garantia dos princípios de ampla defesa e contraditório. (FERNANDES; MARTINS, 2022, p.82)

Edimur Ferreira de Faria (2007), em sua obra, conceitua o processo administrativo disciplinar como um procedimento punitivo amplo, destacando-se pela sua complexidade em termos de formalidades e processos. Seu propósito é investigar atos ou condutas que violem a Constituição, a legislação, regulamentos, contratos ou outros atos, seja por parte de administrados ou de servidores públicos, fornecedores, concessionários, permissionários, contribuintes, entre outros.

O autor supracitado acrescenta ainda que este tipo de processo deve subordinação à todos os princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis e indispensáveis à sua formação, os quais, se não forem observados adequadamente, poderá tornar nulo todo o processo por vício irremediável.

O PAD deve ser iniciado sempre que a autoridade administrativa tomar conhecimento da ocorrência de uma transgressão funcional por parte do servidor público, e conforme estabelece a Lei 8.112/90, caso seja considerado culpado, ele poderá ser sancionado com

medidas disciplinares como suspensão superior a trinta dias, demissão, cassação de aposentadoria, disponibilidade ou remoção do cargo em comissão.

Esses processos devem ter necessariamente o contraditório, a ser exercido pelo acusado, em que lhe será garantida oportunidade de ampla defesa (art. 5, LV, da Constituição Federal de 1988), com estrita observância do devido processo legal, sob pena de nulidade da sanção imposta.

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) está intrinsecamente ligado ao poder disciplinar da administração pública. O poder disciplinar é uma das prerrogativas do Estado, por meio da qual a administração exerce o controle sobre seus servidores, garantindo a regularidade e o bom funcionamento dos serviços públicos.

Portanto, o PAD é uma ferramenta fundamental para o exercício do poder disciplinar, pois permite que a administração pública aplique sanções quando necessário, garantindo a eficácia e a regularidade da gestão pública.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“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. (...) No que diz respeito aos servidores públicos, o poder disciplinar é uma decorrência da hierarquia” (Direito Administrativo, 2014, p. 95-96)

Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro* (2012), por sua vez, conceitua 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”.

A partir dos conceitos doutrinários acerca do tema, conclui-se que o poder disciplinar atribuído às autoridades administrativas consiste na imposição de sanções como resposta às infrações cometidas por servidores públicos.

No que se refere à discricionariedade do poder disciplinar, podem ser identificados diversos aspectos que a respaldam, como a falta de normas rígidas quanto ao procedimento a ser adotado e a possibilidade de o administrador, em determinadas situações, ter a liberdade de escolher a sanção a ser aplicada, levando sempre em consideração a natureza e a gravidade da conduta, bem como os prejuízos decorrentes da mesma. No entanto, conforme destacado

por Hely Lopes Meirelles (2012), apesar da discricionariedade conferida ao Administrador, o Estado não pode se abster de investigar qualquer irregularidade funcional, uma vez que isso representa um poder-dever. A falta de apuração pode ser interpretada como conivência e, além disso, pode configurar um crime contra a Administração Pública.

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. (MEIRELLES, 2007, p. 126)

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é a forma adequada para investigar a ocorrência de infrações cometidas por servidores públicos e impor as sanções apropriadas, de acordo com a gravidade da transgressão. No âmbito da Administração Pública Federal, a regulamentação básica encontra-se nos artigos 143 a 182 da Lei nº 8.112/90. A Lei nº 8.112/90 estabelece o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, Autarquias e Fundações Públicas Federais, e em seu Título V, que trata do Processo Administrativo Disciplinar, apresenta todos os princípios e regulamentos aplicáveis a ele. É importante destacar que, de acordo com o artigo 143, a apuração de condutas ilícitas pode ser realizada por meio de um Processo Administrativo Disciplinar ou por meio de uma Sindicância. No entanto, é fundamental ressaltar que esses dois institutos não se confundem.

Conforme Hely Lopes Meirelles, o processo administrativo é utilizado para investigar e punir faltas graves cometidas por servidores públicos e outras pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados órgãos da Administração. Por outro lado, a sindicância, de acordo com o mesmo autor, é um procedimento sumário utilizado para esclarecer irregularidades no serviço, a fim de permitir a instauração subsequente de um processo disciplinar e a punição do infrator.

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.

Das disposições presentes no texto legal, pode-se inferir que a sindicância desempenha o papel de um inquérito administrativo, semelhante à um inquérito policial, guardadas as devidas proporções. No entanto, não há impedimento para a instauração do processo disciplinar sem a realização prévia da sindicância. Em termos práticos, pode-se dizer que a sindicância é utilizada para punições disciplinares menos graves, enquanto o processo administrativo disciplinar é aplicado em casos mais graves.

Concernente aos objetivos do processo administrativo disciplinar, a AGU traz em seu Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância, os seguintes: “a) esclarecer se houve a prática de infração disciplinar por determinado servidor público e suas circunstâncias; b) garantir que o servidor (acusado) tenha oportunidade de defesa em relação aos fatos a ele imputados e; c) respaldar a decisão da autoridade julgadora.

Sobre os objetivos do PAD, o autor José Cretella Júnior afirma que:

O objetivo do processo administrativo disciplinar é a tutela da hierarquia através da apuração imediata da falta cometida e, em seguida, da aplicação justa da pena cominada no Estatuto do Funcionário, na sua perspectiva esfera (União, Estado ou Município). Para as punições disciplinares menos graves basta a apuração por meios sumários [...] ou sindicâncias; para as mais graves é de rigor o processo administrativo. (CRETILLA JÚNIOR, José, 2004, p.89)

Ressalta-se que a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, é aplicada subsidiariamente à Lei 8.112/90, conforme estabelecido de forma expressa pelo artigo 69 da referida lei 9.784/99. “Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se lhes subsidiariamente os preceitos desta lei.”

2.2 FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD)

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD), conforme estipulado na Lei 8.112/90, segue um procedimento composto por três fases: a fase de instauração, o inquérito administrativo (que inclui a fase de instrução e defesa) e o julgamento. É relevante destacar o caráter acusatório desse processo, o que implica seguir os trâmites legais tanto na esfera administrativa quanto na judicial. Cada fase do devido processo legal deve ser observada,

sem descuidar do princípio da celeridade, que também é esperado em um processo administrativo.

Em um contexto ditado pela Lei nº 8.112/90, que tem servido de paradigma para os demais regimes disciplinares estaduais, o processo administrativo disciplinar possui três fases: a instauração, o inquérito administrativo e o julgamento. No inquérito administrativo tem-se a atuação da comissão de disciplina, levando à concreção três subfases: a instrução, a defesa e o relatório final conclusivo. Somente findada a fase de inquérito administrativo há de se proceder à decisão do processo, por meio do julgamento. (DEZAN, Sandro Lúcio, 2017, p.241).

2.2.1 INSTAURAÇÃO

A iniciativa para instaurar o processo administrativo disciplinar ocorre por meio de uma portaria emitida pela autoridade competente e publicada no Diário Oficial. Essa portaria deve conter detalhes técnicos, como a descrição da infração supostamente cometida pelo servidor público acusado, garantindo-lhe assim a oportunidade de exercer plenamente o direito à ampla defesa e ao contraditório.

A sua instauração há que se basear em auto de infração, representação ou peça equivalente (p. ex: Despacho, Portaria), iniciando-se com a exposição minuciosa dos atos ou fatos ilegais ou administrativamente ilícitos, atribuídos ao acusado, e indicação da norma ou convenção em tese infringida.

O processo disciplinar poder ser iniciado de forma autônoma ou com informações trazidas de uma sindicância prévia (conhecida em doutrina como sindicância conectiva), que, após constatar (i) a suposta autoria e ou materialidade ilícita ou (ii) que a sanção a ser aplicada ao servidor infrator é de suspensão superior a trinta dias, proporciona a apuração em contraditório, levada a efeito por meio do instrumento hábil para tal mister, qual seja o processo disciplinar. Nestes dois últimos casos há sindicância prévia a subsidiar a instauração de processo disciplinar.

Dessa forma, caso não haja uma comissão permanente designada, é formada uma comissão processante. Conforme o artigo 149 da Lei Federal 8.112/90, essa comissão é composta pela autoridade competente e por três servidores públicos estáveis, os quais devem

agir com autonomia, imparcialidade e discricção, seguindo todas as normas legais estabelecidas.

Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97) § 1º A Comissão terá como secretário servidor designado pelo seu presidente, podendo a indicação recair em um de seus membros. § 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

O processo possui um prazo de 60 dias para ser concluído, os quais podem ser prorrogados por período igual. No entanto, a eventual impossibilidade de conclusão dentro desse prazo não implica necessariamente na nulidade do processo, conforme estabelece o artigo 169 da Lei 8.112/90.

2.2.2 INQUÉRITO

A fase do inquérito no Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é uma etapa crucial em que são realizadas investigações para apurar os fatos relacionados à conduta do servidor público acusado.

Para essa imputação do ilícito e a aplicação da norma ao caso concreto, com produção do ato administrativo de julgamento da lide, vale-se de procedimento administrativo investigativo, geralmente uma sindicância ou uma instrução preliminar, e de procedimento administrativo em paridade de armas, processo administrativo sancionador, formando, nesse último caso, como dito, uma relação jurídica linear, dual – Administração e particular, pessoa física ou jurídica (a depender da relação de sujeição regente do caso) – em contraditório.

Durante o inquérito, a comissão processante realiza a produção de provas, que pode incluir a coleta de documentos, depoimentos de testemunhas, realização de perícias, entre outras medidas investigativas. Após a produção de provas, o servidor público acusado é interrogado pela comissão processante, tendo a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos e sua defesa.

Ao longo do inquérito, a comissão pode realizar diligências adicionais e solicitar apoio técnico, se necessário, para esclarecer os fatos em questão. Ao final do processo investigativo, a comissão elabora um relatório final, contendo todas as informações relevantes sobre a investigação, incluindo as provas coletadas, os depoimentos das testemunhas, o interrogatório do acusado e suas considerações sobre o caso.

Este relatório final é encaminhado à autoridade julgadora, que irá analisar as informações apresentadas e decidir sobre a continuidade do processo disciplinar e as eventuais sanções a serem aplicadas, se for o caso.

Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas. § 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe a vista do processo na repartição.

2.2.3 JULGAMENTO

Acabada a fase de instrução, ao servidor público processado administrativamente, lhe é assegurado o direito de “vista” dos autos, com a devida notificação para apresentar, no prazo legal, sua defesa. O professor Fabrício Bolzan de Almeida (2020, p. 566), que “embora esta fase seja denominada de defesa, na realidade as normas referentes à instauração e à instrução do processo já têm em vista propiciar a ampla defesa ao servidor”.

Após a conclusão da defesa, a Comissão procede à elaboração e apresentação do relatório, que possui caráter opinativo sobre a situação do servidor público sujeito ao processo administrativo disciplinar. Este relatório pode recomendar tanto a absolvição quanto a punição do servidor. Assim como em outros processos, o relatório deve detalhar os elementos fundamentais do processo que levaram à sua conclusão.

Destaca-se que o relatório não vincula a autoridade competente, responsável por julgar o servidor público. Em outras palavras, a autoridade julgadora não está obrigada a seguir a recomendação apresentada no relatório da Comissão e pode decidir de acordo com sua própria análise e entendimento do caso.

Ademais, o servidor tem o direito de ser notificado sobre a decisão da autoridade julgadora e de recorrer da decisão, caso discorde dela. O recurso pode ser dirigido à própria

autoridade julgadora ou a uma instância superior dentro da Administração Pública, conforme previsto na legislação vigente. Na Administração Pública Federal, o prazo para recurso do julgamento do Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é estipulado pela Lei nº 9.784/1999. De acordo com a lei, o prazo para interposição de recurso é de 10 dias corridos a contar da data da ciência ou da divulgação oficial da decisão.

No sistema de direito administrativo sancionador, noticiado o ilícito, ao Estado apresentam-se os deveres de (i) iniciar a persecução pré-processual (se for o caso) e ou processual e, sendo o caso e após o desenvolvimento do devido processo legal, (ii) aplicar a sanção correspondente, uma vez elucidada a autoria e a materialidade ilícita, imputada à pessoa física ou jurídica a ele vinculado por relação jurídica de direito material. (DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, 2021, p.689-709).

Assim, a doutrina tradicional tem sustentado que a imputação administrativa é formada por três elementos, quais sejam: o elemento físico, o elemento moral e o elemento legal, devendo o intérprete e aplicador do direito administrativo sancionador aferir, nessa ordem, se a pessoa acusada praticou o fato (elemento físico), se tal prática foi voluntária, dispensável a análise de ocorrência de dolo ou culpa (elemento moral) e, por fim, se esse agir voluntário ofendeu a lei administrativa (elemento legal). Com a resposta afirmativa para todas essas fases do iter, constatar-se-á a imputação administrativa punitiva, responsabilizando-se o particular, pessoa física ou jurídica. (DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, 2021, p.689-709).

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO PAD

Apresentada a legislação, conceituação, princípios, objetivos e aplicação do PAD, faz-se necessário chamar a atenção para alguns princípios que o norteiam, buscando garantir a igualdade entre as partes litigantes e, naturalmente, no PAD, estes princípios devem ser observados. Resta claro que ao se falar em processo, independentemente do ramo do Direito – seja civil, penal, administrativo, tributário entre outros, a igualdade de armas entre as partes deve ser respeitada. Além de respeitada, deve, o Estado, proporcionar meios que garantam efetivamente a litigância justa e proporcional, de modo a não penalizar uma parte ou outra no mesmo processo.

2.3.1 LEGALIDADE

O princípio da legalidade é um dos princípios fundamentais em todos os Estados de Direito e está previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

“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, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.” (MEIRELLES, 2004, p.87)

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016) se manifesta no sentido de que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, diferentemente das relações entre particulares, onde prevalece a autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.

O princípio da legalidade é de suma importância no Direito Administrativo, pois estabelece que a Administração Pública só pode agir dentro dos limites impostos pela lei. Enquanto os indivíduos têm liberdade para fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública está restrita a agir estritamente de acordo com o que a lei determina ou permite. Esse princípio é uma garantia crucial para a preservação da ordem jurídica, pois estabelece os limites que restringem a atuação do Estado em prol do bem comum. É importante ressaltar que esse postulado, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, é aplicado de maneira mais rigorosa à Administração Pública, já que ela atua em conformidade com as finalidades estabelecidas pela lei, em vez de buscar seus próprios interesses.

Existe, portanto, uma clara distinção na aplicação do princípio da legalidade entre os particulares e o Estado. Enquanto o Estado só pode agir de acordo com o que a lei determina ou autoriza, os particulares têm autonomia da vontade e podem realizar todas as ações que não sejam expressamente proibidas pela lei. Essa diferença reflete a natureza e o papel distintos desempenhados pelo Estado e pelos indivíduos na sociedade. O princípio da legalidade impõe limites específicos à atuação do Estado, garantindo assim a segurança jurídica e a proteção dos direitos dos cidadãos. Ademais, ressalte-se que a Administração Pública deve observar não apenas ao disposto nas leis, em sentido estrito, mas também aos princípios jurídicos e demais normas jurídicas emanadas do Estado, inclusive seus próprios atos normativos.

2.3.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal é um dos pilares fundamentais do sistema processual, uma vez que todos os demais princípios processuais derivam dele. Ele assegura que o procedimento legalmente estabelecido seja observado, garantindo assim a proteção dos direitos individuais. O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, consagra esse princípio ao estabelecer que ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Isso significa que todas as pessoas têm o direito a um processo justo, no qual sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais, como o direito à ampla defesa, ao contraditório, à imparcialidade do julgador, à produção de provas e à fundamentação das decisões judiciais e administrativas.

“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 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).” (MORAES, Alexandre de. 2017, p.124).

O devido processo legal deve amparar todos os cidadãos e tem por base no sistema brasileiro, na cláusula *due process of law*, expressamente prevista na CF/88. Amparando assim, todos os meios de defesa previstos tanto nos processos judiciais como nos administrativos.

“[...] para um cidadão sofrer o alcance de uma norma, seja em processo judicial seja em processo administrativo, torna-se necessário que o parâmetro da legalidade seja obedecido. O devido processo legal ampara o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)”. (AGRA, Walber de Moura. 2018, p.259).

Pode-se concluir que o princípio do devido processo legal assegura ao servidor público o direito a uma decisão fundamentada, considerando a razoabilidade e a proporcionalidade. Além disso, o servidor tem o direito de ser ouvido, apresentar defesa, produzir e contestar provas, entre outros direitos processuais. O princípio do devido processo legal está intrinsecamente relacionado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porém é mais abrangente, uma vez que engloba diversas garantias com o objetivo de estabelecer a ordem jurídica e a legalidade processual, não se limitando apenas ao direito de

se defender das acusações como nos casos desses últimos princípios mencionados. Assim, bem define Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.

Na primeira parte, a norma constitucional demonstra que a garantia incide em todo e qualquer processo judicial, inclusive no administrativo. Na segunda parte a norma afirma que são assegurados “o contraditório e ampla defesa”, juntando os dois direitos, e após acrescenta que a “ampla defesa” é assegurada “com os meios e recursos a ela inerentes”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 2015, n.p).

2.3.3 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Esses postulados estão expressamente previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que 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."

Além disso, esses princípios também estão previstos na Lei nº 9.784/99, em seu artigo 2º, que estabelece os princípios básicos do processo administrativo. Essa lei regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e garante, entre outros aspectos, o direito ao contraditório e à ampla defesa aos envolvidos em processos administrativos. Esses princípios visam garantir um processo justo e equilibrado, no qual todas as partes possam apresentar seus argumentos, contestar as acusações e produzir provas em sua defesa.

A defesa, no caso dos processos administrativos – disciplinares ou não, só é ampla e plena se existir a capacidade técnica entre o Estado e particular, por meio de seu patrono.

A defesa leiga, sem advogado, não é ampla, mas restrita. Em processos sancionadores, como ocorre com o processo penal e com o processo administrativo sancionador (disciplinar ou não), que visa a imposição de penalidade ao servidor ou administrado, ressalta a importância de observar-se a garantia constitucional da ampla defesa, motivo por que nesses processos é imprescindível que a defesa do acusado seja técnica, isto é, feita por advogado. Por essa razão não se pode ter como atendido o princípio constitucional da ampla defesa, se não se der advogado ao acusado, no processo penal e no processo administrativo sancionador. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. 2012, p.185).

O princípio da ampla defesa garante ao servidor público o direito de se defender das acusações que lhe são imputadas. Isso inclui a oportunidade de contestar as provas

apresentadas pela Administração Pública e de produzir provas em sua defesa. No entanto, a ampla defesa não se resume apenas ao direito de se manifestar nos autos, abrange também o direito à defesa técnica. Isso significa que o servidor tem o direito de ser assistido por um advogado ou defensor público, caso deseje, para garantir uma defesa qualificada e fundamentada juridicamente. A presença da defesa técnica é essencial para assegurar a efetividade do direito de defesa do servidor público.

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. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. 2010, n.p)

CAPÍTULO III – ATUAÇÃO DO ADVOGADO NO PAD

3.1 O INSTITUTO DA SÚMULA VINCULANTE

A introdução da súmula vinculante no Brasil ocorreu por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que ficou conhecida como a Reforma do Judiciário. Essa emenda alterou o artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, estabelecendo o procedimento para a elaboração, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A súmula vinculante começou a ser efetivamente aplicada no país a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em dezembro de 2004. “A pretensão de incorporar no direito brasileiro um instituto jurídico com efeitos jurídicos equivalentes aos da súmula vinculante é anterior à Emenda Constitucional n. 45 de 2004.” (SORMANI; SANTANDER, 2007, p. 79)

No ano de 2006, foi sancionada a Lei n. 11.417, cujo objetivo é regulamentar o art. 103-A da Constituição Federal e disciplinar a edição, revisão e o cancelamento das súmulas vinculantes. No preâmbulo, tem-se no art. 2º, caput, reprodução análoga ao art. 103-A, caput, da magna-carta, vejamos:

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei. (BRASIL, 2006).

As atualizações foram introduzidas ao longo do conjunto de normas. A partir do primeiro parágrafo desse dispositivo legal, observa-se que o foco que guiará os enunciados das súmulas é “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja [...] controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.” (BRASIL, 2006).

A edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante só podem ser propostos pelos legitimados, previstos no Art.3º da Lei 11.417/2016, constituindo-se então, um rol taxativo de legitimados.

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII – partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares (BRASIL, 2006).

O efeito vinculante significa que o entendimento consolidado em uma súmula vinculante deve ser seguido por todos os órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública, tanto na esfera federal quanto nas estaduais e municipais. Conforme dito anteriormente, a súmula vinculante não é uma lei, uma vez que não é definida assim pela Constituição, e muito provavelmente não era essa a intenção do poder constituinte reformador ao inseri-lo no texto constitucional, especialmente porque não vincula o legislador, mas apenas a Administração Pública e o Judiciário. Na visão de (NERY JR, 2019), se assim não fosse, devido à falta de um órgão judicial superior para realizar o controle da decisão, o Supremo Tribunal Federal se tornaria quase um legislador constitucional ou uma espécie de intérprete único e autêntico da Constituição, funções que não lhe competem.

Ao contrário das leis, que são elaboradas pelo Poder Legislativo seguindo um processo legislativo formal e democrático, as súmulas vinculantes são criadas pelo Poder Judiciário, especificamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e não passam por um processo legislativo típico. Isso significa que não há um debate público ou participação popular no processo de criação das súmulas vinculantes, o que pode levantar questões sobre a

legitimidade democrática dessas decisões. Além disso, o procedimento de aprovação das súmulas vinculantes é diferente do processo legislativo tradicional, o que pode gerar preocupações sobre a transparência e a *accountability* do Judiciário. Na realidade, a súmula vinculante surgiu em um contexto de busca pela modernização do Judiciário, como pode ser extraído da exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 45. A criação desse instituto ocorreu em meio a um cenário de modernização do sistema judicial diante de uma situação crítica enfrentada pelo Poder Judiciário, que lidava com um alto número de processos, resultando em atrasos na resolução dos casos. Isso levou à proposição de uma solução para essa crise de funcionalidade (CANOTILHO, 2018, p. 8483 e 8485).

Repisa-se, que, no regime democrático brasileiro, o protagonista legitimado a inovar o ordenamento jurídico positivado é a coletividade, através de seus representantes, de modo que o Supremo Tribunal Federal, ao conceder eficácia vinculadora e erga omnes aos seus precedentes exerceria atividade atípica e, possivelmente, inconstitucional. (LINS E SILVA, 2014).

Dentre as conclusões sobre as súmulas vinculantes, expõe o entendimento do Conselho Nacional de Justiça que:

Ainda que esse procedimento se justifique para proteger o acesso à justiça, como se deu no caso deste enunciado sumular, vale questionar: até que ponto o requisito de “reiteradas decisões” pode ser relativizado? Além do mais, em que sentido deve ser entendida a expressão “reiteradas decisões”, quando o Tribunal tem utilizado um, dois ou três precedentes como fundamento de criação da súmula? Não há, nos debates, a indicação da justificação para a utilização de apenas de um precedente para a instituição da Súmula Vinculante. A preocupação do legislador, ao estabelecer esse critério como necessário para a edição das súmulas vinculantes, decorre justamente da força normativa vinculante que elas possuem. Ao olvidar-se deste ponto corre-se o risco de o Judiciário adotar um raciocínio típico do Poder Legislativo, indo além da mera “aplicação do direito” e correndo o risco de desrespeitar o princípio da separação dos poderes (CNJ, 2015, p. 40-41).

Os grandes debates sobre a eficiência ou não das súmulas vinculantes continuam entre os doutrinadores, ora relatando-a com alta carga de celeridade processual, ora como prejudicial e contra o princípio da livre convicção do juiz. Outra questão de grande proeminência desponta no cenário processual atual: o voluntarismo judicial, dando ênfase à introdução do Poder Judiciário em atribuições típicas do Poder Legislativo e o elevado

alcance das decisões judiciais com a possibilidade de legislar positivamente, como no caso das súmulas vinculantes.

3.2 OBRIGATORIEDADE DA DEFESA TÉCNICA

Neste capítulo, serão apresentados os fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais relacionados à obrigatoriedade de advogado no processo administrativo disciplinar. Serão discutidas as disposições da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e da Lei nº 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União.

Além disso, serão abordadas as Súmulas nº 343 do Superior Tribunal de Justiça e nº 5 do Supremo Tribunal Federal, que têm relevância na temática em questão. O objetivo é analisar e debater a exigência ou não da presença de advogado no processo administrativo disciplinar, considerando os diversos argumentos e entendimentos presentes na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

Ressalta-se que tanto a Lei nº. 8.112/90 quanto a Lei nº. 9.784/99 permitem a não obrigatoriedade da presença de um advogado no processo administrativo disciplinar, uma vez que não exigem expressamente a sua participação para garantir o contraditório e a ampla defesa. Todavia, é necessário destacar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, estabelece que tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos, é assegurado aos litigantes e aos acusados em geral o direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes. Além disso, o artigo 133 da Constituição declara que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, desde que dentro dos limites da lei.

Reforçando o entendimento do art. 133, CF/88, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, previsto na Lei nº. 8.906/94, reforça a indispensabilidade do advogado à administração da justiça. Dessa forma, é fundamental ressaltar que vivemos em um Estado Democrático de Direito, em que a Constituição é a norma fundamental que fundamenta a validade de todo o sistema jurídico, estabelecendo limites para a atuação dos poderes e dos indivíduos. Portanto, todas as demais normas devem estar em conformidade com a Constituição, de forma a respeitar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Apesar do que está expresso nas Leis nº. 8.112/90 e nº. 9.784/99, a presença de um advogado ou defensor dativo é essencial para assegurar o direito constitucional à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, tanto em processos judiciais quanto administrativos. Isso ocorre porque o direito à ampla defesa abrange não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral, conforme estabelecido na Constituição Federal.

A atuação do advogado ou defensor dativo é fundamental para garantir que o acusado tenha pleno acesso aos instrumentos de defesa previstos em lei, incluindo a possibilidade de apresentar argumentos, produzir provas, contestar acusações e utilizar os recursos adequados. A presença do advogado assegura o equilíbrio entre as partes envolvidas no processo, conferindo maior segurança jurídica e proteção aos direitos individuais.

Considerando a amplitude e abrangência do direito à ampla defesa conforme estabelecido na Constituição, entende-se que a presença de um advogado é essencial para garantir a efetividade desse direito fundamental nos processos administrativos disciplinares, sendo uma forma de assegurar o devido processo legal e a justiça em consonância com os princípios constitucionais.

Em primeiro lugar, processo administrativo disciplinar pode levar, entre outras coisas, mas em última análise, à perda do cargo pelo servidor público. Cabe lembrar do art. 41, § 1.º, II e III da Constituição da República, que equipara, inclusive, o processo administrativo disciplinar ao processo judicial. Que se aplique ao processo administrativo as mesmas exigências do processo judicial. [...] Que hermenêutica "constitucional" é essa que subverte os institutos jurídicos exatamente em razão da sua constitucionalização? Ampla defesa é um instituto jurídico-processual e não se pode desconsiderar sua história institucional em nome de um falso imperativo axiológico de eficiência custe o que custar. Afinal, estaremos vivendo o que o Prof. Lenio Streck tão bem denuncia, uma espécie de "estado de exceção hermenêutico", instaurado por tal pragmatismo judicial, levado às últimas consequências. (ANDRADE, 2017, p. 43).

A súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a ausência de defesa técnica por um advogado ofende o art. 5º, LV, da Constituição Federal, não bastando à faculdade ao acusado para constituir uma defesa técnica. A presença do advogado no processo traria igualdade na relação jurídica entre o servidor e a administração pública.

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

posicionamento decorre da circunstância de que é exatamente na fase probatória que se colhem os elementos que servirão de suporte para a futura aplicação da penalidade administrativa. Por conseguinte, é imperioso que o servidor público acusado seja acompanhado de advogado ou de defensor público, para que, em tese, obtenha em seu favor uma defesa técnica. (ANDRADE, 2017, p. 40).

O mesmo entendimento é compartilhado por Rafael Pinto Cordeiro (2008, n.p), que afirma “a participação obrigatória do advogado nos processos disciplinares preveniria a ocorrência de nulidades no âmbito administrativo, festejando, entre outros, o princípio da economicidade, uma vez que evitaria ações judiciais para anulação de tais procedimentos.”

Conforme exposto acima, uma parte da doutrina segue o entendimento de que a falta de uma defesa técnica exercida por um advogado habilitado viola os princípios do contraditório e da ampla defesa. Isso ocorre porque a autodefesa é considerada um desequilíbrio real na relação processual, uma vez que o servidor muitas vezes não possui o conhecimento jurídico necessário para se defender.

"Possível aceitar que um leigo que não conhece o processo em sua complexidade (prescrição, juiz natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa) possa ser incumbido de manejar ingredientes tão complicados de modo a promover um trabalho que seja minimamente eficiente e à altura dos postulados constitucionais"(STF, 2016).

Em resumo, a presença de um advogado no processo administrativo proporciona segurança jurídica, garantia dos direitos do servidor, equilíbrio na relação processual e um processo mais justo e transparente. Na minha opinião, o advogado possui conhecimentos técnicos e jurídicos que permitem oferecer uma assessoria especializada ao servidor, garantindo que seus direitos sejam adequadamente protegidos e preservados durante todo o processo. O advogado orienta o servidor sobre como agir e se preparar para o processo administrativo, fornecendo informações sobre seus direitos, deveres e melhores estratégias de defesa. Isso ajuda o servidor a tomar decisões fundamentadas e a se preparar adequadamente para as etapas do processo. A presença do defensor técnico reduz a possibilidade de erros processuais e nulidades, pois ele tem o conhecimento necessário para evitar vícios e garantir que todas as etapas sejam cumpridas corretamente, seguindo as normas e regulamentos aplicáveis.

3.3 SÚMULA N.343 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

A partir do ano de 2003, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) passou a ser provocado, recorrentemente, em sede recursal, sobre a matéria constitucional da ampla defesa nos procedimentos administrativos disciplinares. No dia 12 de setembro de 2007, em perfeita sintonia com os preceitos constitucionais e com uma interpretação preponderantemente pró-administrado, o Superior Tribunal de Justiça, após uma série de decisões anteriores em que se pronunciou sobre a nulidade de processos administrativos disciplinares nos quais o acusado se defende pessoalmente, sem a presença de um advogado ou defensor nomeado, estabeleceu a Súmula n. 343, publicada no *Diário de Justiça da União* em 21-9-2007 com o seguinte teor: "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar". "Foi sem dúvida um avanço na jurisprudência brasileira, preocupada em dar concretude aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório." (BACELLAR FILHO, 2013, p.319).

Cinco foi o número de precedentes que ensejaram na necessidade de sumular a referida redação, padronizando, então, este entendimento no STJ tendo, portanto, aplicabilidade não apenas na esfera federal, regida pela Lei nº 9.784/99, mas também em todos os processos administrativos sancionadores de todos os entes da federação (estados, municípios e Distrito Federal). Foram eles os Mandados de Segurança o MS 7.078-DF101; MS 9.201-DF102; MS 10.565-DF103; MS 10.837-DF104; e o Recurso em Mandado de Segurança RMS 20.148-PE105.106.

O acórdão foi o Mandado de Segurança nº. 10.837/DF, A Ministra Laurita Vaz foi a relatora do acórdão, e a ementa ficou redigida da seguinte forma:

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).

No entanto, mesmo antes da criação da Súmula nº. 343 e do julgamento do Mandado de Segurança nº. 10.837/DF, já era firmado o entendimento de que a falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar resultaria em sua anulação, por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Isso pode ser observado nos 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)
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.

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 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)

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.

Ratificando o disposto no voto dos Ministros que votaram em conformidade com a Súmula nº 343, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho afirma o seguinte:

A presença de advogado em processo administrativo disciplinar tornou-se obrigatória devido ao seu caráter peculiar em relação aos demais processos administrativos punitivos. Dotada de maior gravidade, suas penas mais severas atingem mais profundamente os bens jurídicos do agente público, Tanto é que o Egrégio Tribunal não exigiu a presença de advogado em todos os procedimentos administrativos punitivos, mas tão somente nos disciplinares. Desta forma, pode-se afirmar que o Superior Tribunal de Justiça deu ao princípio constitucional da imprescindibilidade do advogado uma natureza absoluta no tocante ao processo administrativo disciplinar.

Dessa maneira, ao examinar a Sumula do STJ, constata-se sua total compatibilidade com a Constituição Federal, pois, em várias ocasiões, para o servidor, é mais gravoso ser demitido do que receber uma penalidade em um processo penal. Essa foi a intenção do legislador constituinte e, para cumprir essa finalidade, é necessário assegurar ao acusado a presença de um advogado, de acordo com a Súmula nº 343 do Tribunal Superior de Justiça.

Esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi amplamente fundamentado, permanecendo por muitos anos até que o Supremo Tribunal Federal promulgou uma Súmula Vinculante com um entendimento divergente.

3.4 SÚMULA VINCULANTE N. 5

Com a intenção de sanar divergência jurisprudencial existente entre o Superior Tribunal de Justiça e o próprio Supremo Tribunal Federal, o Plenário do STF aprovou, em maio de 2008, após o julgamento do Recurso Extraordinário 434.059-3/DF, a Súmula nº. 5, de caráter vinculante, que estabelece o seguinte entendimento: **“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”**. O acórdão foi assim ementado:

Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (STF. Recurso extraordinário n. 434059. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 7-5-2008)

O Recurso Extraordinário 434.059/DF foi fundamentado no princípio constitucional da legalidade, especificamente no que diz respeito à exigência de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar. O recurso buscou discutir a constitucionalidade dessa exigência, alegando que a falta de defesa técnica não ofenderia a Constituição Federal.

Assim, o fundamento que justificou o Recurso Extraordinário 434.059/DF foi a interpretação do princípio da legalidade e a análise da constitucionalidade da exigência de assistência técnica por advogado nos processos administrativos disciplinares. 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.

E, com isso, foi consagrada manifesta inconstitucionalidade, em desprestígio às conquistas da doutrina em matéria de garantias constitucionais do processo administrativo disciplinar, suscitando repercussões negativas em todas as esferas da administração pública brasileira e autorizando solenemente a violação de direitos fundamentais do cidadão até então reconhecidos pela jurisprudência pátria. (BACELLAR FILHO, 2013, p.319).

O Ministro Carlos Ayres Britto destacou que, caso o Supremo Tribunal Federal adotasse uma posição divergente em relação à Súmula Vinculante em questão, isso poderia

sobrecarregar a Defensoria Pública. Em sua visão, a obrigatoriedade de assistência jurídica por parte da Defensoria Pública poderia aumentar consideravelmente se a presença do advogado fosse exigida nos processos administrativos disciplinares. “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”. Ora, estaríamos então admitindo a ideia de “reserva do possível” como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais.

Seguindo tal raciocínio, concluiríamos que os direitos fundamentais devem ser realizados pelo Poder Público na medida do financeiramente possível, de sorte que, se não houver recursos disponíveis, justifica-se a violação de tais direitos pela omissão estatal. Ou seja: o Estado só estaria obrigado a atender às imposições constitucionais relativas aos direitos fundamentais se isso não compromettesse em demasia os cofres públicos. (BACELLAR FILHO, 2013, p.330).

A Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal contrariou completamente o entendimento expresso e consolidado do Superior Tribunal de Justiça, que exigia a presença obrigatória de um advogado em todas as etapas do processo administrativo disciplinar. Com a emissão dessa súmula, a Suprema Corte revogou a Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, devido ao seu caráter vinculante, que deve ser seguido pelos tribunais, juízes e pela administração direta e indireta, conforme previsto no artigo 103-A da Constituição Federal. Importante ressaltar que a súmula vinculante não proíbe a participação do advogado no processo disciplinar. No entanto, devido à natureza facultativa de sua presença, a ausência do advogado não resultará mais na anulação do processo, como era entendido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle José Coelho Nunes (2009, n.p) consignam que, quanto a interpretação do STF em relação a presença obrigatória do advogado no PAD, há, ao menos, dois pontos relevantes a serem observados:

Em primeiro lugar, processo administrativo disciplinar pode levar, entre outras coisas, mas em última análise, à perda do cargo pelo servidor público. Cabe lembrar do art. 41, § 1.º, II e III da Constituição da República, que equipara, inclusive, o processo administrativo disciplinar ao processo judicial. Que se aplique ao processo administrativo as mesmas exigências do processo judicial.

[...]

Que hermenêutica "constitucional" é essa que subverte os institutos jurídicos exatamente em razão da sua constitucionalização? Ampla defesa é um instituto jurídico-processual e não se pode descon siderar sua história institucional em nome de um falso imperativo axiológico de eficiência custe o que custar. Afinal, estaremos vivendo o que o Prof. Lenio Streck tão bem

denúncia, uma espécie de "estado de exceção hermenêutico", instaurado por tal pragmatismo judicial, levado às últimas consequências.

Seria desejável que o Supremo Tribunal Federal tivesse realizado uma análise mais aprofundada sobre a dispensabilidade do advogado nesses casos, uma vez que a súmula vinculante, apesar de proporcionar uma aplicação mais uniforme do Direito em casos repetitivos, também pode limitar a independência dos magistrados de primeira instância, engessar a jurisprudência e dificultar a evolução do Direito. Vale ressaltar que a súmula vinculante, assim como todo o sistema jurídico brasileiro, não é imutável e pode ser revisada ou revogada conforme previsto em lei.

Conforme evidenciado na proposta de cancelamento da súmula, a ausência de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar afronta diretamente o direito fundamental à ampla defesa, assegurado pela Lei Maior em seu art. 5, LV, aos litigantes e aos acusados em geral, em processo administrativo e judicial. Para demonstrar a ofensa que a inditosa Súmula Vinculante n. 5 provocou ao tecido constitucional, basta analisar os frágeis e facilmente contraditáveis argumentos utilizados no acórdão que lhe ofereceu ensejo. (BACELLAR FILHO, 2013, p.320).

No entanto, a Constituição Federal restringe a legitimidade para propor a revisão ou revogação das súmulas vinculantes às partes que têm o direito de propor ação direta de inconstitucionalidade. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, apresentou ao STF proposta de cancelamento da referida súmula vinculante (PET/4285), nos termos da Lei n. 11.417/06.

Importante mencionar a insegurança jurídica que a súmula vinculante gerou ao modificar um entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça e introduzir uma nova interpretação sobre a obrigatoriedade da presença do advogado. Isso pode levar a incertezas sobre a aplicação do direito nos casos concretos. Ademais, A súmula pode ser criticada por sua rigidez, uma vez que dificulta a evolução da jurisprudência. Ao estabelecer um entendimento vinculante, a súmula pode dificultar a adaptação do direito às mudanças sociais, tecnológicas e políticas. Considerando tais circunstâncias e lamentavelmente a constatação de que no Brasil a população em geral não possui pleno conhecimento de seus direitos, é difícil esperar que um servidor público tenha a capacidade técnica e jurídica necessária para se defender de forma adequada e garantir efetivamente seu direito constitucional à ampla defesa.

É consenso que nem todo homem médio é habilitado para atuar como advogado. Para isso, se faz necessário cursar com aproveitamento uma graduação em Direito, provar sua capacidade técnica em exame de

proficiência e se inscrever na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Logo, diante da complexidade do conhecimento técnico que um bacharel em Direito deve possuir, este, e somente este, terá condições de defender um agente público que esteja enfrentando um PAD pois, a menos que este processado seja também bacharel em Direito – ou que possua notório saber jurídico –, não dispõe da habilitação e conhecimento técnico necessário para exercer sua defesa plena e ampla diante de um processo de apuração com fins punitivos, tornando-se, o advogado, indispensável à manutenção da justiça. (ANDRADE, G. 2017, p.8)

Nesse sentido, respeitando opiniões divergentes, argumenta-se que a perspectiva garantista adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é a mais acertada, uma vez que a ampla defesa é um direito assegurado pela Constituição Federal e representa um dos princípios processuais essenciais, sendo indispensável para a realização da justiça. Independentemente da complexidade das imputações feitas ao servidor público, apenas o profissional tecnicamente capacitado – o advogado – terá condições de proporcionar ao acusado uma defesa efetivamente ampla.

Por fim, conforme Bacellar Filho (2013) preceitua, se no processo penal é pacífica a imprescindibilidade do advogado para a garantia de uma ampla defesa, por que razão no PAD, entendeu-se pela facultatividade, tendo em vista que o art. 5, LV, da CF, não faz qualquer distinção entre o processo judicial e processo administrativo.

CONCLUSÃO

É dever da administração pública investigar desvios e punir os servidores públicos responsáveis de acordo com os preceitos e regras estabelecidos pelo sistema legal. Para isso, utiliza-se do Processo Administrativo Disciplinar, um mecanismo regulamentado pelo direito administrativo e pelas normas constitucionais.

Como exposto anteriormente, o PAD deve estar em conformidade com todos os princípios constitucionais que se aplicam ao assunto. É crucial que esses princípios sejam observados em todas as fases do processo, pois sua não observância pode resultar na ilegalidade do mesmo. Especificamente, os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal são fundamentais para a adequada defesa técnica conduzida por um advogado durante o processo administrativo.

Após a publicação da Súmula Vinculante nº 5, não é mais obrigatório que o acusado tenha um advogado presente durante todo o processo administrativo disciplinar. O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que essa exigência não viola as garantias constitucionais. No entanto, esse entendimento não é compartilhado por muitos especialistas no assunto, conforme se extrai da doutrina presente neste trabalho. A falta de um advogado pode prejudicar a defesa, já que é necessário conhecimento técnico para apresentar argumentos adequados.

Com bases e fundamentação sólidas provenientes tanto da doutrina quanto da jurisprudência, destaca-se que o STJ tomou a decisão acertada ao estabelecer a Súmula nº 343. Essa medida assegurou uma defesa completa e abrangente aos indivíduos acusados em processos administrativos disciplinares, tornando obrigatória a presença de representação técnica por advogado nessas circunstâncias. Porém, o STF, ao introduzir a Súmula Vinculante nº 5 na tentativa de evitar um aumento de processos judiciais buscando revisar decisões administrativas já tomadas e com objetivo de reduzir os custos para o Estado, eliminando a exigência de advogado no PAD, o egrégio Tribunal assumiu uma postura extremamente protetora e acabou enfraquecendo, entre outros aspectos, os princípios essenciais do estado democrático de direito, do devido processo legal e da ampla defesa, ao tornar dispensável a presença de advogado nesses processos, levando uma ideia de informalidade ao processo administrativo disciplinar. Isso prejudica o acesso a um processo justo, especialmente para os servidores com remuneração mais baixa. Conforme mencionado

anteriormente, o fato de o cumprimento de um direito fundamental (ampla defesa), ampliar o trabalho das Defensorias Públicas, sobrecarregando-as, não pode ser empregado como argumento para autorizá-las a se despir de uma incumbência que lhes é constitucionalmente imposta.

Não é possível reduzir o papel crucial da defesa técnica nos processos administrativos disciplinares, pois o resultado de um PAD, afeta diretamente direitos que são considerados fundamentais. Assim, é essencial aplicar o devido processo legal e proporcionar uma ampla defesa tanto nos processos judiciais como nos administrativos sancionatórios, já que o resultado pode implicar diretamente nos direitos fundamentais dos envolvidos.

Portanto, sob a falsa ideia de que os servidores públicos em geral, são capazes de realizarem sua autodefesa com argumentos jurídicos e estratégias defensivas em um PAD, a súmula vinculante nº 5 acaba por prejudicar em especial os servidores públicos do baixo escalão e com menores remunerações, acarretando em penalidades injustas. Verifica-se então, que a sumula editada pelo STF, enseja um retrocesso no Direito Administrativo brasileiro em face da visível fragilização da ampla defesa, prevista no art. 5, LV, da CF.

A conclusão a que se chega, portanto, diante dos argumentos apresentados e discutidos, é a de que a presença do advogado proporciona um processo administrativo disciplinar mais justo, correto e privilegia os princípios consagrados em nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/5xxs1>. Acesso em: 17/04/2024.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 29. Ed. São Paulo: Método, 2021.

ANDRADE, G. Defesa técnica no processo administrativo disciplinar (PAD) no âmbito do serviço público federal. Uma análise sobre a possível inconstitucionalidade da Súmula Vinculante 5 do STF. Revista Jus Navigandi, ano 22, n. 5190, 16 set. 2017. Disponível em: [jus.com.br/artigos/60218] . Acesso em: 20.03.2024.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 27-64, jan./mar. 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo Administrativo Disciplinar. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. AGU. Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância – Corregedoria Geral da Advocacia da União. 1 ed. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2015. p. 12.

BOLZAN DE ALMEIDA, Fabrício. Manual de direito administrativo. – 4. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. Prática do processo administrativo. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

COELHO, Ricardo Corrêa. O público e o privado na gestão pública. 2009.

CORDEIRO, Rafael Pinto. Súmula Vinculante nº 5 gerou efeitos antidemocráticos. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n.1934, 17 out. 2008.

COUTINHO, M. S. O princípio da eficiência e sua aplicabilidade no serviço público. 2012.

DENYS, Debora Vasti da Silva Do Bomfim. Manual de processo administrativo disciplinar. 2019.

DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 1. p.689-709, 2021.

DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A processualidade ampla e o processo disciplinar, à luz do novo código de processo civil: um aporte à teoria processual administrativa. A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte: Fórum, v.17, n.68, p. 93-114, abr./jun. 2017. ISSN 1516-3210.

DEZAN, Sandro Lúcio, As fronteiras cognitivas do ato de indiciamento no processo disciplinar: breves notas sobre o caráter objetivo, limitado e não exauriente dessa específica fase de valoração jurídica. REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 2017, DOI: [<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v4n1p239-254>]

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo. Editora Forense. 29ª Ed. 2016

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 667.

FERNANDES, Felipe Gonçalves; MARTINS, José Francisco Machado. A (in)dispensabilidade da defesa técnica no Processo Administrativo Disciplinar e a (in)constitucionalidade da Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura-RDAI, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 81-114, abr./jun. 2022. DOI: [[10.48143/rdai.21.fernandesmartins](https://doi.org/10.48143/rdai.21.fernandesmartins)].

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 339-340.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. Direito administrativo. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2022. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 03 mar. 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 28. ed.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional - 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 - São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Zilma das Neves; VILARINHO, Lúcia Regina Goulart. In: Práticas em Gestão Pública Universitária; v. 7, n. 1 (2023)

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição federal comentada e legislação constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 231

OLIVEIRA, José R. Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro, Coleção Temas de Direito Administrativo.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle José Coelho. **A inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2107, 8 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12588>>. Acesso em: 27 mar. 2024.

OLIVEIRA, J. R. D. . (2024). O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO ÂMBITO DA PMPE E SUA (DES) CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. *Portal De Trabalhos Acadêmicos*, 1(2). Recuperado de <https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/academico/article/view/2622>

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. Revista de direito administrativo, vol. 209. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Scalco, maricler T. (2019). DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. *Anuário Pesquisa E Extensão Unoesc São Miguel Do Oeste*, 4, e21212. Recuperado de <https://periodicos.unoesc.edu.br/apeusmo/article/view/21212>

VIEIRA, Oswaldo da Silva. **Guia prático para defesa em processo disciplinar:** com ênfase na legislação que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito dos servidores civis e militares do estado de Minas Gerais. 1. ed. Jundiaí, SP: Paco e Littera, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 04 mar. 2024.