

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**MARCELA MORETTO**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O DIREITO À AMPLA DEFESA:  
PARADOXOS DO CONTEÚDO ENUNCIADO PELA SÚMULA VINCULANTE Nº 5  
DO STF.**

**SÃO PAULO**

**2018**

**MARCELA MORETTO**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O DIREITO À AMPLA DEFESA:  
PARADOXOS DO CONTEÚDO ENUNCIADO PELA SÚMULA VINCULANTE Nº 5  
DO STF.**

Artigo Científico apresentado à banca examinadora da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dr<sup>a</sup>. Irene Patrícia Nohara

**SÃO PAULO  
2018**

Moretto, Marcela  
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O DIREITO À  
AMPLA DEFESA: PARADOXOS DO CONTEÚDO ENUNCIADO PELA  
SÚMULA VINCULANTE N° 5 DO STF / Marcela Moretto. --  
São Paulo, 2018.  
34 f.

Orientadora: Irene Patrícia Nohara.  
TCC (Graduação - Direito) - Universidade  
Presbiteriana Mackenzie, 2018.

1. Processo Administrativo Disciplinar. 2.  
Contraditório. 3. Ampla Defesa. 4. Súmula Vinculante.  
5. Defesa Técnica. I. Nohara, Irene Patrícia. II.  
Título.

**MARCELA MORETTO**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O DIREITO À AMPLA DEFESA:  
PARADOXOS DO CONTEÚDO ENUNCIADO PELA SÚMULA VINCULANTE Nº 5  
DO STF.**

Artigo Científico apresentado à banca examinadora da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data: \_\_/\_\_/\_\_

Nota: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Irene Patrícia Nohara  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Lilian Regina Gabriel Moreira Pires  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Mestrando Daniel Scheiblich Rodrigues  
PPGDPE da Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço diariamente por todos aqueles que contribuíram de alguma forma para a conclusão desse projeto.

Primeiro agradeço ao meu pai Angelo e a minha mãe Magali, os quais fizeram com que minha graduação se tornasse realidade e ao meu amor Octavio por me dar o suporte emocional durante toda jornada.

Às professoras Irene Nohara e Lilian Pires, por todo apoio e disponibilidade para com as minhas ideias e dificuldades, além de me fornecerem a mais completa bibliografia.

E, por fim, mas muito importante, aos companheiros de profissão que fiz na Advocacia Sandoval Filho, Dr. Diego, Dr. Jefferson, Dr<sup>a</sup>. Carina, Dr. Lucas e Dr. Ricardo, os quais me deram diversas sugestões e amplo conteúdo jurídico para desenvolver a presente pesquisa.

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O DIREITO À AMPLA DEFESA:  
PARADOXOS DO CONTEÚDO ENUNCIADO PELA SÚMULA VINCULANTE Nº 5  
DO STF**

**Marcela Moretto**

Graduanda no curso de Direito pela  
Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
morettomarcela20@gmail.com

**RESUMO**

O ordenamento jurídico que rege as sanções administrativas disciplinares contempla os requisitos necessários que devem ser observados no momento de se levar a diante a imputação de uma infração ao administrado, como, por exemplo, a instauração do processo administrativo disciplinar e a observância do devido processo legal. Com isso, a controvérsia ora analisada, com base no método hipotético-dedutivo, com a análise doutrinária e, no método indutivo, com base na pesquisa jurisprudencial, reside na amplitude que se deve atribuir aos princípios da ampla defesa e do contraditório, constantes no devido processo legal, em relação à facultatividade da presença do advogado nos processos administrativos disciplinares. Essa análise adentrou ao âmbito dos Tribunais Superiores, sendo que, de um lado, o Superior Tribunal de Justiça entendia ser obrigatória a presença do advogado em todas as fases do PAD (Súmula nº 343) e, de outro lado, o Supremo Tribunal Federal sustentou a ideia de que a ausência de defesa técnica por advogado não ofende os princípios previstos na Constituição Federal de 1988, a partir da Súmula Vinculante nº 5. Assim, o presente trabalho tem por escopo analisar a evolução dessa problemática, demonstrando diversos entendimentos sobre os princípios e o processo administrativo disciplinar, para ao fim questionar os pressupostos da Súmula Vinculante nº 5, atualmente em vigor.

Palavras-chaves: Processo Administrativo Disciplinar. Contraditório. Ampla Defesa. Súmula Vinculante. Defesa Técnica. Advogado.

## **ABSTRACT**

The legal system governing disciplinary administrative sanctions contemplates the necessary requirements that must be observed when carrying out the imputation of an infraction to the administered, as for example, the initiation of the administrative disciplinary process and the observance of due process of law. The controversy now analyzed, based on the hypothetical-deductive methods, with the doctrinal analysis, and the inductive method, based on the jurisprudential research, lies in the extent to which the principles of ample defense and contradictory, due process of law, in relation to the optional presence of the lawyer in disciplinary administrative proceedings. This analysis entered the scope of the Superior Courts, and on the one hand, the Superior Court of Justice considered that the presence of the lawyer in all phases of the PAD (Summary 343) was mandatory and, on the other hand, the Federal Supreme Court the idea that the absence of technical defense by a lawyer does not offend the principles set forth in the 1988 Federal Constitution, based on Binding Summary 5. Thus, the present work aims to analyze the evolution of this problem, demonstrating several understandings about the principles and the administrative disciplinary process, in order to question the assumptions of Binding Summary nº 5, currently in force.

Keywords: Disciplinary Administrative Procedure. Contradictory. Ample Defense. Binding Summary. Technical Defense. Lawyer.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Do Processo Administrativo como gênero - 2.1. As Modalidades de Processo Administrativo - 2.2. Análise do Processo Administrativo Disciplinar - 3. Princípios de observância necessária nos Processos Administrativos - 3.1. Contexto constitucional do Devido Processo Legal - 3.2. Contraditório e Ampla Defesa no Processo Administrativo Disciplinar - 4. A Defesa Técnica em Processos Administrativos Disciplinares: Faculdade ou Necessidade? - 4.1. A Ideia por trás da edição da Súmula nº 343 do STJ - 4.2. O “consequencialismo” observado pelo STF e a edição da Súmula Vinculante nº 5 - 4.3. O Impacto do conteúdo enunciado pela Súmula Vinculante nº 5 do STF – 5. Conclusão - Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O processo administrativo previsto no ordenamento jurídico brasileiro é gênero do qual o processo administrativo disciplinar é espécie. Com isso, temos que o processo administrativo disciplinar (PAD) tem por objetivo a investigação e o esclarecimento acerca de eventual infração disciplinar por parte do servidor público, com a garantia do devido processo legal, envolvendo a ampla defesa e o contraditório, e a fundamentação para a decisão final tomada.

Nesses termos, incorrendo o servidor em condutas que gerem sanções como penas de suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade e destituição de cargo em comissão, deverá ser submetido ao processo administrativo em comento, conforme disposto na Lei nº 8.112/90. A Constituição Federal ainda prevê, em seu artigo 41, a obrigatoriedade do PAD para a aplicação das penas que impliquem perda de cargo para servidor estável, assegurando a ampla defesa.

Ora, para que ao fim do PAD haja atos administrativos válidos, não se pode deixar de observar os princípios constitucionais e administrativos aplicáveis, como é o caso da ampla defesa e do contraditório.

Nesse diapasão, a controvérsia ora analisada por meio do método hipotético-dedutivo, com a análise doutrinária, e do método indutivo, com base na pesquisa



jurisprudencial, visa abarcar a compreensão acerca das implicações da facultatividade da defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar.

A necessidade de acompanhamento de advogado para a defesa técnica do particular no processo administrativo disciplinar tornou-se assunto polêmico o bastante para que o Superior Tribunal de Justiça elaborasse a Súmula nº 343, que entende pela obrigatoriedade do advogado em todas as fases do PAD.

Cerca de oito meses depois, o Supremo Tribunal Federal, tendo com base seu posicionamento conservador e o “consequencialismo” observado, resolveu por editar a Súmula Vinculante nº 5, ditando que a ideia de ausência de uma defesa técnica por meio do advogado não ofenderia os ditames principiológicos constitucionais.

Com todo o exposto, pretende-se passar pela evolução dessa problemática, analisando as teorias que cercam o processo administrativo punitivo, além de entender a doutrina que se formou sobre o tema, bem como abordar as diversas posições e correntes, evidenciando os institutos violados, para ao fim concluir pela necessidade do cancelamento da Súmula Vinculante em vigor e a edição de uma nova.

## **2. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO GÊNERO**

Para começar a entender do que se trata “processo”, necessário se faz analisar o vocábulo e seu conceito no mundo jurídico, mas especificamente no âmbito do direito administrativo.

O termo “processo”, em sua noção genérica, pode ser traduzido como “sequência de atos (autônomos ou conjugados com fatos) que podem ter existência e efeitos específicos, desenvolvido numa sucessão lógica preestabelecida (ou conhecida), com vistas a determinado fim anteriormente fixado (ou previsível).”<sup>1</sup> Assim, podemos entender que se busca através desse vocábulo um modo de proceder, um instrumento para avanço, progresso ou desenvolvimento.

---

<sup>1</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34

Em relação ao conceito que é auferido ao “processo” especificamente no âmbito jurídico, temos um sentido amplo, que abarca os instrumentos que os três Poderes do Estado – Judiciário, Legislativo e Executivo – utilizam para perseguir seus fins e realizar suas atribuições. Para que cada poder utilize seus próprios instrumentos, a Constituição Federal encarrega-se de ser base para suas criações, uma vez que estabelece as regras fundamentais de competência, de forma, de órgãos necessários, de atribuições, de prerrogativas, de obrigações, entre outros aspectos. Com isso, o processo administrativo, o processo legislativo e o processo judicial não podem ser e não são iguais.<sup>2</sup>

Diante disso, a base criada pela Constituição faz com que o processo seja instrumento viável a manter a independência e o equilíbrio das funções institucionais, garantindo o respeito às demais regras e aos princípios também assegurados pela Carta Magna.

Partindo dessa concepção, podemos dizer que o objetivo do processo jurisdicional seria compor um conflito de interesses, mediante aplicação do direito no caso em concreto, tal como levado à apreciação do Poder competente. Por um lado, se trata de relação jurídica entre partes litigantes e, por outro, a congruência de uma sequência de atos.

Assim, para Eduardo J. Couture, o processo se encontra dentro de um contexto jurisdicional que corresponde a uma sucessão de atos direcionados para a obtenção da coisa julgada, destinando-se à resolução de conflitos perante órgãos jurisdicionais.<sup>3</sup>

Necessário nesse ponto entender que se o processo é um meio, deve, então, ter uma finalidade. Segundo autor processualista, a finalidade de utilizar desse meio seria o exercício do Estado para sua função jurisdicional que compreende a composição de lides. Temos aqui o instrumento da jurisdição.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 765.

<sup>3</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Processual Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 123.

<sup>4</sup> COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Da necessidade de um código de processo administrativo. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, nº 15, 1994. p. 45.

Entretanto, para diversos administrativistas, com exceção de Hely Lopes Meirelles<sup>5</sup>, o entendimento se difere, pois defendem que o Estado não desenvolve, em sua totalidade, uma função jurisdicional, mas também função administrativa. Assim, mesmo quando julga conflitos de interesse, conferindo a aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, ele não desempenha função jurisdicional, pois lhe faltaria:

(1) inércia: a Administração pode iniciar um processo administrativo de ofício, como se observa do conteúdo do art. 5º da LPA; (2) substitutividade: a Administração, ao julgar um processo administrativo, não se substitui às partes, porque a relação jurídica não se triangula como no processo judicial, o que não significa que não deva atuar com isenção, havendo regras de impedimento e suspeição aplicadas ao processo administrativo – cf. arts. 18 a 21 da lei -, e a exigência de motivação das decisões tomadas; e (3) definitividade: no sistema de jurisdição una, que é o adotado no Brasil, apenas o Poder Judiciário pode dar a última palavra, que será definitiva a partir da produção da coisa julgada.<sup>6</sup>

Nesse diapasão, após a explanação a respeito do conceito de processo no ordenamento jurídico vigente e tendo apresentado diferentes tipos de ponto de vista, necessário se faz analisar a discussão fervorosa da doutrina acerca da distinção entre os termos processo e procedimento.

Pode-se dizer que o primeiro existe como instrumento nos termos já narrados, onde, por exemplo, tudo o que a Administração Pública faz dentre o que for necessário para alcançar o ato final objetivado fica registrado em um processo. Já o procedimento seria o rito, ou seja, o conjunto de requisitos que devem ser seguidos para que seja realizado um ato administrativo válido; seria um requisito essencial para a atividade estatal. Nesses termos, temos que o procedimento é forma de desenvolver um processo, o que não quer dizer que todo procedimento necessariamente se converterá em processo.<sup>7</sup>

Por sua vez, pensamento diverso desse se encontra no ensinamento de Marcello Caetano, segundo o qual processo e procedimento são termos sinônimos,

<sup>5</sup> Adota um conceito demasiadamente amplo de função jurisdicional, que compreenderia também o exercício das atividades de outros Poderes. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 557).

<sup>6</sup> NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20-21.

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 767.

com significado pautado na sucessão ordenada de atos estabelecidos, objetivando a formação ou execução da decisão de um órgão (pessoa jurídica de direito público).<sup>8</sup>

Em que pese haver diferentes tipos de interpretação e entendimentos para esses dois vocábulos, é certo que atualmente não se encontram problemas em adotar a expressão “processo administrativo” para designar os meios e o desenvolvimento adotado pela Administração Pública para solução de impasses. Inclusive, o próprio poder legislador colocou fim a essa controvérsia, empregando tal expressão oficialmente na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e na Constituição Federal, diante dos artigos 5º, inciso LV; 41, §1º, inciso II e 247, parágrafo único.

## **2.1. MODALIDADES DE PROCESSO ADMINISTRATIVO**

Durante as últimas décadas, a doutrina tem se voltado a classificar o processo administrativo, isso porque, nos países que se admite a dualidade de jurisdição, ou seja, o contencioso administrativo atuando ao lado da jurisdição comum, é possível admitir a existência de dois tipos de processo administrativo: o gracioso e o contencioso. Essa divisão foi explicada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>9</sup>, segundo a qual no processo gracioso os próprios órgãos da Administração atuam para fazer valer a letra da Lei, com vistas aos interesses estatais. Assim, para chegar ao ato final pretendido, a Administração pratica uma série de atos precedentes que constituem o processo em si, culminando na formação de um ato administrativo final.

No que tange ao processo administrativo contencioso, este se desenvolve perante um órgão com independência, imparcialidade e competência para proferir decisões com força de coisa julgada sobre as lides entre administrado e Administração. Nos países que não adotam o contencioso administrativo, essa fase

---

<sup>8</sup> CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 511.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p. 768 e 769.

se desenvolve perante o Poder Judiciário, pois apenas esse tem o poder de proferir decisões com a força de coisa julgada necessária.<sup>10</sup>

Com a Constituição de 1988, o Brasil passou a adotar o processo administrativo que ora classificamos como gracioso, afastando o contencioso administrativo por meio do artigo 5º, inciso XXXV, onde reconheceu unidade para a jurisdição.

No mais, podemos encontrar classificações como processo administrativo técnico e o jurídico, adotada pelo jurista Guimarães Menegale<sup>11</sup>. Essa classificação parte da ideia de que nos processos provocados pela própria Administração existem duas fases: a decisória e a executória. A primeira refere-se a escolha de meios e técnicas, seria uma fase interna relacionado ao processo técnico exigido; a segunda seria voltada para a adaptação da vontade da Administração aos interesses dos administrados, e então, aplica-se a fase jurídica, entendida como externa.

Por fim, afinando a classificação, Lúcia Valle Figueiredo ainda classifica os processos administrativos em sentido estrito, em face ao texto constitucional, entre revisivos por provocação, os sancionatórios e os disciplinares.<sup>12</sup>

Em que pese todas as modalidades narradas, e a adoção da graciosa pelo ordenamento jurídico brasileiro, no presente trabalho será analisado especificamente o processo administrativo na espécie disciplinar o qual, no âmbito federal, está previsto pela Lei nº 9.784, de 29/01/1999, com alterações, a qual visa a proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.<sup>13</sup> (Art.1º).

---

<sup>10</sup> “Um dos aspectos em que existem diferenças sensíveis entre o processo judicial e o administrativo é o que diz respeito à coisa julgada e à preclusão. Enquanto no processo judicial existe a coisa julgada material (autoridade da sentença, que passa a fazer lei entre as partes) e a coisa julgada formal (imutabilidade da sentença, dentro do processo em que foi proferida, por não ser cabível mais qualquer recurso), no direito administrativo, só existe a coisa julgada formal, na medida em que o encerramento do processo, pelo não cabimento de novos recursos na via administrativa, torna imutável a sentença naquele específico processo; mesmo assim, existe a possibilidade de revisão ex officio dos atos viciados por ilegalidade. No entanto, não é possível falar em coisa julgada material, porque a decisão pode ser revista em outro processo e não adquire imutabilidade no sentido em que esta existe no processo judicial; a decisão não faz lei entre as partes”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Princípios do processo judicial no processo administrativo. Conjur*, Rio de Janeiro, 2015.)

<sup>11</sup> MENEGALE, Guimarães. *Contribuição à teoria do processo administrativo*. RDA 2, fasc. 2. p. 473.

<sup>12</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Brasil: Malheiros, 2008. p. 442.

<sup>13</sup> 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.

## 2.2. ANÁLISE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Segundo o artigo 41 da Constituição Federal o processo administrativo disciplinar é obrigatório para os casos que impliquem em pena de perda do cargo para funcionários estáveis.

Com isso, o processo administrativo começa a ser regulamentado pela Lei nº 8.112/90 que prevê o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Na Lei em comento, exige-se a realização desse processo para a aplicação das penas de suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, e destituição de cargo em comissão (artigo 146).

Para as outras sanções, a apuração do ilícito poderá ser feita por meios sumários, desde que resguardados os princípios constitucionais e administrativos do contraditório e da ampla defesa. Assim, a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar.<sup>14</sup>

Ainda, importante notar que o Brasil adotou o sistema misto, no qual o processo é realizado por comissões disciplinares (comissões processantes), as quais são órgãos não pertencentes à relação entre funcionários e superior hierárquico, de forma a assegurar a imparcialidade, sendo a decisão final proferida por autoridade competente.<sup>15</sup>

Diante de todas as previsões para sanções aos administrados, o processo administrativo será analisado com mais embasamento segundo o previsto pela Lei nº 9.784/99, que foi apresentada no tópico anterior.

Pode-se dizer que a Lei nº 9.784/99 foi elaborada visando não só desenhar a atuação da Administração na busca pelos direitos e fins públicos, mas, também, com a intenção de uma maior participação e resguardo do particular frente aos órgãos estatais.

---

<sup>14</sup> LOPES, Hálisson Rodrigo. A verdade real e o processo administrativo disciplinar. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011.

<sup>15</sup> NOHARA, Patrícia Irene. *Direito administrativo*. 2. v. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 67.

Também não se pode deixar de lado a base que sustenta a existência de um chamado “processo administrativo”, no qual se estabelece com princípios constitucionais positivos, implícitos e explícitos.

Tantas peculiaridades fazem com que o processo administrativo em si preencha um regime jurídico diverso daqueles outros institutos da disciplina de Direito Administrativo, autorizando seu estudo em apartado dos outros ramos dessa disciplina.

Os objetivos do processo administrativo disciplinar – PAD -, podem ser resumidos entre investigação e esclarecimento acerca de infração disciplinar por parte do servidor público, garantia do devido processo legal, com ampla defesa do servidor e fundamentação para a decisão final tomada.

De plano, a instauração desse processo dá-se mediante provocação de um interessado ou por iniciativa da própria Administração Pública, a qual, mesmo com a provocação do interessado, irá atuar de acordo com seu próprio interesse e para atender às suas finalidades.

Assim, podemos considerar que o processo administrativo, enquanto garantia constitucional e em sentido mais amplo, é voltado para diversos aspectos, entre eles, a garantia da proteção dos direitos dos administrados, o melhor cumprimento dos fins da Administração e a exequibilidade do Estado Democrático de Direito.

Quanto às fases, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, todos os processos que envolvem a solução de um conflito ou que resultem de uma decisão vinda da Administração, possuem ao menos quatro fases: instauração (artigos 5º a 8º), instrução (artigos 29, 30, 36, 38, 42 e 45), defesa e decisão (artigo 49). Como forma de sustentar esse argumento, temos que a Lei nº 9.784/99 estabelece normas pertinentes a essas fases e sobre recursos.<sup>16</sup>

Importante ressaltar que não havendo elementos suficientes para que seja instaurado o processo, a autoridade competente determinará previamente a realização de sindicância. Caso seja determinada a instauração e após autuado o processo, os autos serão encaminhados à comissão designada, que o instaura por meio de uma portaria, na qual constam os nomes dos servidores envolvidos, a

---

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 767.

infração de que são acusados, com descrição sucinta dos fatos e indicação dos dispositivos legais.

A portaria mencionada deve ser elaborada nos exatos termos, com a finalidade de resguardar a legalidade do processo, sendo essencial à defesa quando conter as informações necessárias (elementos que permitam os servidores conhecer as alegações contrárias). Nesse momento, caso o fato constitua ilícito penal, a comissão processante irá comunicar as autoridades policiais e o Ministério Público, fornecendo as informações de que dispuser.

Desde já é evidente que a comissão deverá dar ao indiciado a oportunidade de acompanhar a instrução, com ou sem defensor, podendo refutar todas as provas contra ele apresentadas, por meio de razões escritas, “pessoalmente ou por advogado da sua escolha; na falta de defesa, a comissão designará funcionário, de preferência bacharel em direito, para defender o indiciado”.<sup>17</sup>

O indiciado será citado, antes de iniciada a instrução, devendo estar instruída com cópia da portaria. Além disso, poderá acompanhar a inquirição de testemunhas e até mesmo fazer perguntas, por intermédio da comissão, devendo ser acompanhado de seu defensor.

Ao fim da defesa, a comissão apresentará relatório, contendo a absolvição ou a aplicação de determinada penalidade, devendo tal decisão ser motivada e justificada. Poderá também, a autoridade julgadora, entender pela nulidade processual ou, até mesmo, determinar novas diligências.

Após a decisão final e concluído o processo, caberá pedido de reconsideração e os recursos hierárquicos pertinentes, além da revisão admitida na legislação estatutária.

Como demonstrado, o processo administrativo disciplinar como previsto hoje pelo ordenamento jurídico constitui-se em diversas fases e inúmeros procedimentos os quais devem ser obrigatoriamente observados, de forma a constituírem um ato administrativo válido.

Dentre todos os detalhes que devem ser seguidos, os princípios constitucionais e administrativos não podem ser tidos como de menor relevância,

---

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 786.



uma vez que também podem justificar a anulação de um ato administrativo ou fase processual, se não observados.

Assim, no próximo tópico do presente trabalho serão analisados os princípios que devem ser garantidos às partes do processo administrativo como gênero e também da espécie disciplinar.

### **3. OS PRINCÍPIOS DE OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS**

Ao cabo do que foi dito no item anterior, um dos pilares que sustentam o desenvolver de um processo é o equilíbrio necessário entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

Esses pilares são componentes do regime jurídico-administrativo que possuem suas raízes constitucionais expressas ou implícitas. Assim, necessário apresentar quais são os princípios vetores do Direito Administrativo e do processo administrativo em sua espécie disciplinar.

A Constituição de 1988 trouxe em seu bojo a menção expressa a alguns princípios, os quais se submete a Administração Pública Direta ou Indireta, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e da eficiência (conforme se pode observar no artigo 37, *caput*, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98). Ainda, importante ressaltar que a Constituição Estadual de São Paulo ainda acrescenta em seu artigo 111, os princípios da razoabilidade, da finalidade, da motivação e do interesse público.

No entanto, tendo em vista que o presente estudo visa entender o processo administrativo disciplinar, interessante ressaltar que se aplicam os princípios relacionados pela Lei nº 9.784/99, a qual faz referência, no seu artigo 2º, aos princípios da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência.

No mais, como forma de pesquisa, iremos adentrar na análise da obrigatoriedade dos princípios do contraditório e da ampla defesa, relacionados com o devido processo legal, requisitos estes para que se alcance não só a validade do ato administrativo, como também sua forma mais justa para ambas as partes.

### 3.1 CONTEXTO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição da República, ao dispor sobre a atuação da Administração Pública, indicou alguns dos seus princípios norteadores e, antes de adentrarmos aos princípios da ampla defesa e do contraditório, deve-se analisar sua correlação com o devido processo legal, previsto originalmente pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, sob a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Com essa disposição, o legislador buscou a proteção processual do indivíduo, constituindo-se um direito fundamental ou uma garantia constitucional, inerente ao Estado Democrático de Direito.

Para Carlos Mário da Silva Velloso<sup>18</sup> o devido processo legal apresenta-se como um dos mais relevantes princípios de direito processual constitucional, pois representa a junção dos princípios do juiz natural, ou seja, do julgador previamente instituído pela ordem jurídica, que seja independente, imparcial e confiável; do contraditório, que se apoia no direito de defesa com vistas à cientificação do processo, acompanhamento dos autos, duplo grau de jurisdição, utilização de recursos, etc; e do procedimento regular, o qual envolve a obrigação de a Administração Pública oferecer garantias antes de tomar medidas que atinjam a liberdade e a propriedade dos administrados.

No que se refere ao processo administrativo, resume Egon Bockmann Moreira os itens a serem observados quando se trata da garantia do devido processo legal:

(1) exigência de fundamentação legítima e racional dos atos da Administração; (2) salvaguarda dos direitos fundamentais dos governados frente aos governantes, quando da revogação e anulação dos atos administrativos; (3) garantia da ampla defesa nos processos administrativos; (4) publicidade das decisões do Poder Público (que inclui o direito de obter vista dos autos dos processos); (5) direito de representação e petição aos Poderes Públicos; (6) vedação às chamadas sanções políticas ou administrativas (formas indiretas de cobrança e cerceamento da liberdade econômica e profissional).<sup>19</sup>

<sup>18</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Princípios constitucionais do processo*. In: Temas de Direito Público. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 204.

<sup>19</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 264.

Partindo dessa premissa, o devido processo legal deve ser entendido como a presença de itens necessários à validade e à eficácia do processo administrativo disciplinar, de forma a buscar o interesse da Administração, sem aviltar os direitos e deveres do administrado.

Nesse passo, as violações aos dispositivos relativos à comunicação dos atos, instrução, decisão, recurso e revisão administrativa poderão ensejar a invalidação de todo o processo, como no caso dos processos disciplinares em que o Estado invade a esfera do particular, muitas vezes de forma auto-executória.<sup>20</sup>

Um segundo sentido a ser empregado ao devido processo legal seria o substancial, o qual é mais material do que o procedimental analisado acima e relaciona-se, geralmente, com o questionamento da racionalidade ou razoabilidade das leis ou atos normativos, tendo em vista os valores do âmbito constitucional.

Assim, o devido processo legal possibilitaria que os direitos e as liberdades dos administrados não sofram restrições além da adequada medida de satisfação do interesse público. Para isso, engloba em seu conceito, a observância de outros princípios previstos nas legislações concernentes.

Inclusive, pode-se defender que o devido processo legal possui maior correlação com o princípio da ampla defesa e do contraditório. Nesses termos, o Superior Tribunal de Justiça entende que o devido processo legal compreende o princípio do contraditório e da ampla defesa.<sup>21</sup>

Assim, a partir do contexto acima, cabe-se dizer que as definições de devido processo legal giram em torno da observância da ampla defesa e do contraditório, além de outros princípios (princípio da tipicidade; princípio da presunção de inocência; princípio da motivação das decisões e o princípio da prescrição), visando que o processo administrativo disciplinar tenha a maior validade e eficácia possível diante da necessidade de a Administração buscar seu objetivo.

---

<sup>20</sup> PIRES, Antonio Cecílio Moreira. Princípio do devido processo legal no processo administrativo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: *Direito Administrativo e Constitucional*. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 159.148/RJ*. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, autuado em 10 de dezembro de 1997. Acórdão publicado no Dje de 09 de novembro de 1998.

### 3.2 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Após o panorama do devido processo legal, adentramos ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Previsto originalmente pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o princípio do contraditório e da ampla defesa também foi recepcionado pela Lei nº 9.784/99, ora em análise, determinado no artigo 2º, *caput*, bem como pelo inciso VIII do parágrafo único do referido artigo.

Entretanto, pode-se dizer que mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988 haviam debates acerca da aplicação do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares. Isso porque tal princípio era tradicionalmente utilizado para amparar acusados em processos criminais, gerando uma influência no âmbito processual como um todo. Assim, alguns juristas como Hely Lopes Meirelles e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, nas obras que compõe a presente bibliografia, defenderam a aplicação desses princípios nos processos com atividade sancionatória disciplinares da Administração Pública.<sup>22</sup>

Nesse diapasão, os princípios do contraditório e da ampla defesa, ora constantes na Constituição Federal derivam da frase latina "*Audi alteram partem*" (ou *audiatur et altera pars*), que em tradução livre para o português seria "ouvir o outro lado", ou "deixar o outro lado ser ouvido bem".

Em primeiro lugar, o contraditório implica em bilateralidade do processo, compreendendo a necessidade das partes terem acesso e conhecimento daquilo que lhes é imputado, com a possibilidade de resposta ou defesa.

No âmbito do direito administrativo, apesar de haver a perspectiva de o Estado ter a necessidade de buscar o interesse público, jamais poderá haver a restrição de garantias individuais em razão do Estado Democrático de Direito, ou seja, a supremacia do interesse público não pode fulminar a dignidade humana e o devido processo legal.

Aqui podemos ver que o devido processo legal se funde com o contraditório, uma vez que ambos buscam a igualdade entre as partes, não só em relação aos direitos materiais envolvidos, mas também no tocante as oportunidades de defesa e

---

<sup>22</sup> NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 56-57.

resposta. E não podemos dizer que a Administração e o administrado estão no mesmo patamar em relação ao processo, mas proteger os direitos do administrado é buscar dar instrumentos para o particular participar das medidas estatais e ter acesso às motivações dos atos administrativos, para que não haja injustiça.

Assim, o contraditório é um dos meios de se garantir a ampla defesa, estando intrinsecamente relacionados. Com isso, a observância de ambos os princípios citados serve de degrau para o alcance do devido processo legal.

Em segundo lugar, a ampla defesa e o conseqüente envolvimento do interesse dos litigantes na sustentação de suas razões, na produção de provas e na possível influência na decisão final daquele que decide, demanda observância de:

[...] aspectos de regularidade do processo, como a presença de defesa técnica, quando indispensável; imparcialidade daquele que decide, por isso a LPA prevê, nos arts. 18 a 21, regras de impedimento e suspeição; e justiça nas decisões estatais, que se ajusta à exigência do devido processo legal no sentido substantivo.<sup>23</sup>

Assim, ampla defesa é, portanto, noção mais abrangente do que contraditório, como se este fosse espécie daquele gênero. No âmbito administrativo, ambos os princípios são meio de impor barreiras à Administração quando esta se impõe sobre o patrimônio e a liberdade do particular, dando formas desse reagir e se defender.<sup>24</sup>

Cabe ressaltar nesse momento que o processo administrativo disciplinar, com todos as suas fases e requisitos já analisados no presente trabalho, não pode deixar de lado os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o administrado precisa buscar conhecimento de como instruir o processo e dar-lhe andamento de forma que ao fim valide-se o ato administrativo produzido.

Em conclusão, o que se quer fazer entender é que os princípios ora tratados são forma de resguardar os interesses e direitos do particular ora impugnado, principalmente em relação a dignidade da pessoa humana, sendo que este pode acabar sendo sancionado de forma irregular se não possuir a possibilidade de efetivamente e com eficiência participar do processo do qual é parte.

---

<sup>23</sup> NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 64.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 60.

#### **4. A DEFESA TÉCNICA EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES: FACULDADE OU NECESSIDADE?**

Nos tópicos anteriores foram analisados, no âmbito do sistema jurídico nacional, os requisitos e meios de aplicação de sanções administrativas aos particulares, diante do processo administrativo disciplinar e do respeito aos seus princípios fundamentais.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa que foram apresentados, conforme previsão na Constituição Federal, não possuem como requisito obrigatório para sua observância a presença de advogado. No entanto, a defesa técnica por advogado em processos judiciais, com algumas exceções<sup>25</sup>, é, via de regra, obrigatória, uma vez que este possui capacidade postulatória para atuar em juízo.<sup>26</sup>

Nas palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho, “a defesa técnica constitui, obviamente, um meio inerente à ampla defesa”.<sup>27</sup> Contudo, esse não é o sentido que prevalece no âmbito administrativo.

A partir dessas premissas, será abordada nos próximos tópicos a controvérsia atual existente na jurisprudência e na doutrina acerca da seguinte questão: a facultatividade da presença de advogado constituído nos autos dos processos administrativos disciplinares ofende o preceito fundamental da ampla defesa e do contraditório?

##### **4.1. A IDEIA POR TRÁS DA EDIÇÃO DA SÚMULA Nº 343 DO STJ**

No ano de 2003 surgiram questionamentos no Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a necessidade de um posicionamento sobre a correta aplicação do princípio da ampla defesa nos processos administrativos.

Valendo-se das ideias consideradas nos tópicos anteriores, a discussão girava em torno de quem competia a realização da defesa do agente público no

<sup>25</sup> Não é obrigatória a presença de advogado para pedir *habeas corpus* (art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.906/94); no Juizado Especial Cível, nas causas de valores acima até 20 salários mínimos (art. 9º da Lei nº 9.099/95); nos Juizados Especial Federal (art. 10, *caput*, da Lei nº 10.259/2001); para pedido de alimentos (art. 2º, *caput*, da Lei nº 5.478/68).

<sup>26</sup> NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo*: Lei nº 9.784/99 comentada. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 78-79.

<sup>27</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo disciplinar*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 325.

processo administrativo. Seria ele capaz de, sem formação jurídica, atuar em sua própria defesa ou designar um terceiro também ser essa característica?

Muitas decisões anteriores ao ano citado, proferidas pelo STJ, determinavam a facultatividade de advogado nos processos administrativos, como se pode notar no seguinte enunciado:

O princípio da ampla defesa aplica-se ao processo administrativo, mas isso não significa que o acusado deve, necessariamente, ser defendido por advogado. [...] O que importa é a oportunidade de ampla defesa assegurada (ROMS 9.076/SP, 6ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, v.u., j. 16/12/1999, DJU 21/02/2000, p. 189).<sup>28</sup>

Ocorre que tal pensamento antes isolado no âmbito do STJ começou a se ampliar e consolidar uma mudança de paradigma jurisprudencial, formando uma vasta jurisprudência.

Assim, com o intuito de resguardar o direito dos particulares frente aos discursos da Administração Pública, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu na data de 12 de setembro de 2007, publicando no Diário Oficial de 21.09.2007, a Súmula nº 343, tornando a presença de advogado obrigatória em todas as fases do processo administrativo que buscasse analisar a disciplina do agente público: “Súmula nº 343: É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.<sup>29</sup>

Tal entendimento consolidado pelo STJ não resguardou apenas o disposto na Lei nº 9.784/99, a qual versa sobre os processos administrativos disciplinares já vistos no presente trabalho, mas também para os processos administrativos nos outros entes da federação que visavam a sanção do administrado.

É relevante entender que tal precedente foi harmônico em relação ao que já havia sido previsto nas legislações de vários entes brasileiros, os quais entendiam também pelo resguardo da ampla defesa, como é o caso da Lei Cearense nº 9.826/74, em seu artigo 185, a saber:

---

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 9076/SP. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, autuado em 14 de outubro de 1997. Acórdão publicado no Dje de 21 de fevereiro de 2000.

<sup>29</sup> Cf. os Precedentes: MS nº 7.078-DF (DJ, 9.12.2003), MS nº 9.201-DF (DJ, 18.10.2004), MS nº 10.565-DF (DJ, 13.3.2006), Recurso em MS nº 20.148-PE (DJ, 27.3.2006), MS nº 10.837-DF (DJ, 13.11.2006).

Art. 185 - A defesa do funcionário no procedimento disciplinar, que é de natureza contraditória, é privativa de advogado, que a exercerá nos termos deste Estatuto e nos da legislação federal pertinente (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

Desse modo, tal entendimento da aplicação do princípio da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares encontrou-se em perfeita harmonia com os ditames da Constituição Federal e das Leis pertinentes, ampliando o poder de reação do administrado frente ao Estado.

Essa obrigatoriedade da presença de advogado em processo administrativo disciplinar fez a sua distinção dos outros tipos de processo administrativo punitivos, os quais se deixou ao juízo do particular ser assistido ou não por advogado. Isso se dá diante do caráter do processo disciplinar que possui maior gravidade em relação às penas e suas implicações nos bens jurídicos do agente público.

Nesses termos, visto que são diversas as condutas que podem iniciar o PAD, é impossível medir a proporção da defesa necessária em todos os casos. Nesses termos, a relevância da participação do advogado dá-se no intuito de não responsabilizar de forma indevida o servidor, quando alguma falta lhe for atribuída. Tendo isso em vista, a defesa técnica nesses casos deve ser a mais abrangente e garantidora possível.<sup>30</sup>

Com isso, para Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, juntando o entendimento legal com o sumulado, teremos três situações distintas, conforme suas palavras:

(i) processo administrativo com assistência facultativa – a utilização de advogado pelo particular é uma faculdade, uma opção, uma possibilidade colocada a sua disposição, dependendo única e exclusivamente de seu foro íntimo; (ii) processo administrativo com assistência obrigatória - são os casos em que a lei expressamente afirma ser obrigatória a presença de advogado, devendo o gestor público cumprir fielmente a determinação legal; (iii) processo administrativo disciplinar – o comparecimento do advogado é obrigatório em todas as suas fases, uma exigência, uma cobrança para o fiel desempenho da legalidade do ato sancionador.<sup>31</sup> (grifo do autor).

<sup>30</sup> LEÃO, Vinícius Cruz. *A Indispensabilidade do Advogado no Processo Disciplinar Administrativo* - Súmula 343 STJ x Súmula Vinculante nº 5 STF. Porto Alegre, 2015.

<sup>31</sup> MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (organizador) – *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o Sistema Processual Administrativo punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio*



Por conseguinte, com o intuito de seguir o entendimento do STJ, a Administração Pública nomearia um defensor público nas hipóteses em que o agente público estivesse sendo parte passiva de um processo administrativo disciplinar e não tivesse constituído advogado nos autos, sob pena de nulidade de todos os atos e procedimentos sancionadores.

Por fim, a interpretação do princípio da ampla defesa trouxe novidades as diversas pessoas que acabaram por ser demitidas, cassadas ou destituídas de seus cargos públicos, concedendo a possibilidade de agentes públicos no início de processos administrativos disciplinares solicitarem suas reintegrações nos cargos de origem, em razão da não intervenção de um advogado nos procedimentos já executados.<sup>32</sup>

#### **4.2. O “CONSEQUENCIALISMO” OBSERVADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5**

Diante da possibilidade de milhares de ações invalidando PADs encerrados, o Supremo Tribunal Federal, com sua posição contrária ao STJ, cerca de oito meses depois da edição da Súmula nº 343, entendeu por editar uma Súmula Vinculante voltada para o “consequencialismo” em retirar a obrigatoriedade da participação de advogado no processo administrativo disciplinar.

Para explicar a adoção do termo “consequencialismo” acima, cabe ressaltar que foi editada a Lei nº 13.655, em 2018, que trouxe uma nova redação ao artigo 20 da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em que explica o que seria o referido termo na esfera administrativa, controladora e judicial, que nada mais é do que levar-se em conta a consequência gerada pelas decisões implantadas no âmbito social, econômico, político, jurídico, entre outros.

Art. 1º: O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

---

do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa. São Paulo: Atlas. 2011. p. 164 e 165.

<sup>32</sup> Ibid., p. 165.

Nesse diapasão, o Pretório Excelso aprovou e editou na mesma lide, em sessão plenária no dia 07.05.2008, publicada no Diário Oficial e no Diário da Justiça eletrônico em 16.05.2008, a Súmula Vinculante nº 5, afirmando a desnecessidade de defesa técnica proferida por advogado em processos administrativos disciplinares: “Súmula Vinculante nº 5: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”<sup>33</sup>

A intenção da Súmula não foi afastar totalmente a figura do advogado, mas flexibilizar sua atuação no PAD. Com isso, a defesa técnica não deixou de ser exigência para a validade do processo administrativo disciplinar, mas esta não precisa ser realizada por um advogado, sendo legítima a atuação de qualquer particular.<sup>34</sup>

O pilar principal da edição da Súmula foi a observância do princípio da segurança jurídica, o qual busca assegurar estabilidade nas relações jurídicas já firmadas, sendo que, no caso em tela, todas as decisões já proferidas e os procedimentos administrativos já realizados estariam resguardados pelo efeito vinculante.

Dessa forma, caso o entendimento do STJ continuasse em vigor, haveria o ajuizamento de diversas ações reivindicando a anulação de decisões administrativas em razão da violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.<sup>35</sup>

Diante dessa nova perspectiva, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho entende que deixaram de haver as três situações colacionadas no tópico anterior, passando a constituir apenas duas, a saber:

- (i) processo administrativo com assistência facultativa – a assistência de advogado particular é mera faculdade, ficando unicamente a critério seu buscar uma defesa técnica; (ii) processo administrativo com assistência obrigatória – fica obrigatório o assessoramento técnico por advogado nos casos em que a legislação expressamente

<sup>33</sup> Cf. os Precedentes: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 207.197-PR (DJ 5.6.1998), Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 244.027-SP (DJ 28.6.2002), MS nº 24.961-DF (DJ 4.3.2005), Recurso Extraordinário nº 434.059-DF (DJ 12.9.2008).

<sup>34</sup> MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (organizador) – Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. *Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o Sistema Processual Administrativo punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa*. São Paulo: Atlas. 2011. p. 165.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 180.

assim estipular, visto que a Súmula Vinculante nº 5 não afastou a parte final do art. 3º, IV, da Lei nº 9.784/99. (grifo do autor)<sup>36</sup>

Com a atribuição de efeito vinculante ao verbete sumular, o peso que trouxe ao âmbito jurídico atingiu todas as espécies de processos administrativos, não apenas os disciplinares, revogando implicitamente o anterior entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Doravante, mesmo antes da edição da Súmula Vinculante nº 5, o STJ, ao aplicar a Súmula nº 343 se respaldava no que determina o artigo 164, §2º, da Lei nº 8.112/90. Entretanto, referido diploma não prevê a exigência de advogado como condição para a defesa técnica no PAD, mas sim a designação de um defensor dativo, ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível e de escolaridade superior ou igual ao do defendido.

Logo, o precedente criado pelo STF tomou formas e proporções que começaram a ser aplicados aos processos administrativos disciplinares por todo o território nacional.

#### **4.3. O IMPACTO DO CONTEÚDO ENUNCIADO PELA SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO STF**

É problemático afirmar que o afastamento da defesa técnica no PAD não ofenderia a Constituição e os princípios dela decorrentes, principalmente diante dos vícios formais e materiais que incorreu a Súmula Vinculante nº 5.

Esse questionamento é o majoritário entre os doutrinadores brasileiros que declararam suas razões para entender que a quinta súmula teria violado diversos pressupostos constitucionais.<sup>37</sup> De plano, são três os institutos tidos como violados:

<sup>36</sup> NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (organizadores) – *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas. 2011. p. 166.

<sup>37</sup> Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo disciplinar*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 319; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (organizador) – *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o Sistema Processual Administrativo punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa*. São Paulo: Atlas. 2011. p. 181 e 182; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia. *Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: Direito Administrativo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

os princípios constitucionais, os pressupostos constitucionais e a judicialidade da decisão.<sup>38</sup>

Os princípios constitucionais violados pelo enunciado sumular se dividem entre os expressos e os implícitos, sendo a ampla defesa e o contraditório os que possuem uma relação maior e são o núcleo concentrado de questionamentos.

Partindo-se das considerações feitas nos tópicos sobre esses princípios, entende-se que foi transgredida tanto a seara processual do devido processo legal, quanto ao seu meio material, pois deixou de garantir uma proteção eficiente aos direitos do particular e traduziu-se em uma ação arbitrária que pode obstar a finalidade maior do processo que é a busca da paz social.<sup>39</sup>

Já, em relação à ampla defesa, é interessante destacar que atualmente está no poder do particular entender a quem caberá a sua defesa, igualando os conhecimentos que um advogado adquire ao longo de seus estudos e carreira, aos de uma pessoa leiga nos aspectos jurídicos da questão. É certo que a capacidade técnico-defensiva de um defensor dativo frente a um advogado em nada se comparam.

No que tange aos pressupostos constitucionais violados, a quinta súmula ainda não preencheu os requisitos necessários para sua elaboração, qual seja, a necessidade de reiteradas decisões.

O artigo 103-A, incluído pela Emenda Constitucional de nº 45/2004, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006, a Resolução nº 381/2008 e a Resolução nº 388/2008 do STF, convencionou que, dentre os elementos que devem ser observados para que seja atribuído caráter vinculante à um enunciado proferido pelo STF, está a repetição de julgados sobre a determinada matéria constitucional. E, como já foi exposto, a Súmula Vinculante ora analisada foi baseada em apenas três precedentes, o que não caracteriza “reiteradas decisões”.

A última vertente das críticas se baseia na judicialidade das decisões, visto que a justificativa da referida súmula está mais ligada ao âmbito econômico do que ao

---

<sup>38</sup> MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (organizador) – Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o Sistema Processual Administrativo punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa. São Paulo: Atlas. 2011. p. 170.

<sup>39</sup> Ibid., p. 172.

caráter jurídico. Isso ocorre porque tentou-se evitar um esvaziamento dos cofres públicos, com as ações judiciais reivindicando a revisão de decisões administrativas.

Com a edição da Súmula Vinculante nº 5, voltaram-se os olhos para o passado, tentando evitar uma corrida ao Judiciário, mas também incorreram em violações insustentáveis para tomar essa decisão, ou seja, o preço a ser pago pela edição da referida Súmula pode ter sido maior em princípios do que em dinheiro. Ou seja, o “consequencialismo” (termo já apresentado) não foi analisado em todos os âmbitos, apenas no econômico.

Foram diante de todas as manifestações que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo legitimado para Ação Direta de Inconstitucionalidade, em pedido feito no ano de 2008 e, posteriormente, no ano de 2011, se propuseram ao cancelamento da Súmula Vinculante nº 5.<sup>40</sup>

A alegação da OAB seria no sentido de não haver muitos precedentes que sustentassem a edição da Súmula, sendo que, em relação ao processo administrativo disciplinar, haveriam diversas complexidades, como reconhecimento da prescrição, exigência de juiz natural, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, que necessitam de observância ao determinar à quem caberia a defesa do administrado, não havendo pessoa mais capacitada do que um advogado para analisar tecnicamente todas essas questões.

Entretanto, o pedido feito pelo Conselho Federal da OAB foi rejeitado pelo Plenário do STF em novembro de 2016, em votação da maioria dos Ministros (Lewandowski, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes), tendo sido contra a rejeição os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Nessa seara, a visão da Advocacia-Geral da União era de que na edição da Súmula haviam aproximadamente 25 mil processos administrativos disciplinares tramitando no âmbito da Federal, sendo que, deste número, mil e setecentos resultaram na demissão dos agentes públicos. Com isso, sustentou-se que não haveria como cancelar a súmula sem que houvesse um impacto nos cofres públicos, considerando a reintegração de servidores durante o período de 2009 a 2015.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia. *Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: Direito Administrativo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 34.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 34.

Além dos já citados, o Ministério Público Federal, por meio do Procurador-Geral da República, também se manifestou pela manutenção do conteúdo enunciado pela Súmula do STF.

Por fim, necessário aduzir que os Tribunais Superiores entendem que o enunciado da Súmula Vinculante nº 5 só é aplicável em procedimentos de natureza Cível,<sup>42</sup> pois nos casos que envolvam réu condenado na esfera penal, respondendo por processo administrativo disciplinar, deverá haver a presença de advogado ou defensor público nomeado, conforme determina a Lei de Execução Penal.<sup>43</sup>

## 5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que a doutrina atual ainda converge sobre a obrigatoriedade da presença do advogado em processos administrativos disciplinares. Assim, existem vertentes que entendem pela defesa técnica plena – presença do advogado em todos os tipos de processo administrativo com implicação em penalidade; pela defesa técnica condicionada – defesa técnica somente necessária quando implicar em prejuízo na esfera jurídica do particular; pela defesa técnica específica – defesa técnica apenas quando prevista por lei ou quando o direito pleiteado for indisponível; pela defesa técnica disciplinar – a qual foi base para a edição da Súmula nº 343 do STJ; e, por fim, a vertente que entende pela defesa técnica desnecessária – sendo esta a que sustenta a Súmula Vinculante nº 5 do STF.<sup>44</sup>

Entretanto, em que pese haver diversas posições sobre o tema, ainda assim nenhuma delas se mostra totalmente apta a resolver a precária aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa necessários ao processo administrativo disciplinar.

No entanto, a Súmula nº 343 do STJ foi a que mais concatenou as pretensões do legislador ao trazer a defesa técnica para o âmbito do processo administrativo

<sup>42</sup> Cf. RE 398.269, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 15.12.2009, DJE 26.02.2010.

<sup>43</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; NOHARA, Irene Patrícia. *Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: Direito Administrativo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 35.

<sup>44</sup> MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (organizador) – *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o Sistema Processual Administrativo punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa*. São Paulo: Atlas. 2011. p. 168.

disciplinar e a alteração de entendimento dos tribunais superiores violou claramente a garantia de diversos princípios constitucionais, os quais não podem ficar escondidos atrás de uma pretensão econômica.

Não se trata de jurisdicionalizar o poder administrativo disciplinar ou torná-lo mais parecido com a modalidade contenciosa, mas sim resguardar uma relação mais justa e correspondente com os ditames do ordenamento jurídico.

O texto atual da Súmula Vinculante nº 5 deixa nas mãos do administrado a escolha de quem ele entende ter a maior capacidade técnica para elaborar sua defesa. Entretanto, ao determinar que essa escolha seja livre, pode o ordenamento jurídico deixar o servidor desamparado ao ponto de gerar sérias consequências e violar diversos direitos e garantias. Não cabe aqui observar apenas os cofres públicos e não resguardar princípios constitucionais, sobre o pretexto de que não seriam violados.

Dessa forma, primeiramente, o cancelamento da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal seria a medida mais adequada a ser seguida, pois o processo administrativo disciplinar sem a defesa técnica por advogado que lhe é necessária, torna-se um processo violador do princípio do contraditório e da ampla defesa, sendo dever dos poderes resguardarem os direitos do administrado, assim como resguardam os seus.

Entretanto, como forma de pensar a frente e tentar evitar problemas econômicos, ainda se faz necessário haver muitos debates sobre o tema, incluindo todos os âmbitos que poderão ser afetados (político, econômico, jurídico, etc.), com a possível elaboração de uma nova Súmula Vinculante que consiga trazer equilíbrio, coerência e o respeito necessário aos princípios analisados em seu texto final ou, ainda, alterar a Lei nº 9.784/99 para que esta sirva de modelo e parâmetro para os demais entes federativos na busca de um entendimento mais completo e com um texto mais minucioso.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo disciplinar*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 159.148/RJ*. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, autuado em 10 de dezembro de 1997. Acórdão publicado no Dje de 09 de novembro de 1998 - Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199700912400&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança nº 9076/SP*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, autuado em 14 de outubro de 1997. Acórdão publicado no Dje de 21 de fevereiro de 2000 - Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199700744183&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 out. 2018.

CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Da necessidade de um código de processo administrativo. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, nº 15, 1994.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Processual Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípios do processo judicial no processo administrativo. *Conjur*, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-10/interesse-publico-principios-processo-judicial-processo-administrativo>>. Acesso em: 25 out. 2018.

DI PIETRO, Marua Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia. *Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: Direito Administrativo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Brasil: Malheiros, 2008.

LEÃO, Vinícius Cruz. *A Indispensabilidade do Advogado no Processo Disciplinar Administrativo - Súmula 343 STJ x Súmula Vinculante nº 5 STF*. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_27112203\\_A\\_INDISPENSABILIDADE\\_DO\\_ADVOGADO\\_NO\\_PROCESSO\\_DISCIPLINAR\\_ADMINIST](http://www.editoramagister.com/doutrina_27112203_A_INDISPENSABILIDADE_DO_ADVOGADO_NO_PROCESSO_DISCIPLINAR_ADMINIST)>



RATIVO\_\_SUMULA\_343\_STJ\_X\_SUMULA\_VINCULANTE\_N\_5\_STF.aspx>.

Acesso em: 06 out. 2018.

LOPES, Hálisson Rodrigo. A verdade real e o processo administrativo disciplinar. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9545](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9545)>. Acesso em: 25 out 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Princípios do Processo Administrativo*, Migalhas, 2004. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8323,41046-Principios+do+Processo+Administrativo>>. Acesso em: 09 set. 2018.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. refundida, ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENEGALE, Guimarães. *Contribuição à teoria do processo administrativo*. RDA 2, fasc. 2.

MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (organizador) – *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o Sistema Processual Administrativo punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa*. São Paulo: Atlas. 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia; DE MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes (organizadores) – *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas. 2011.

NOHARA, Patrícia Irene. *Direito administrativo*. 2. v. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira. Princípio do devido processo legal no processo administrativo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: *Direito Administrativo e Constitucional*. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/95/edicao-1/principio-do-devido-processo-legal-no-processo-administrativo>>. Acesso em: 23 set. 2018.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Princípios constitucionais do processo. In: *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.