

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ -
ESMEC**

Curso de Especialização em Direito Público (Turma II)

**A (DES)NECESSIDADE DA PRESENÇA DO ADVOGADO NO
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: ASPECTOS
LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS**

Gerardo Ximenes de Souza Neto

Fortaleza
Novembro – 2013

GERARDO XIMENES DE SOUZA NETO

**A (DES)NECESSIDADE DA PRESENÇA DO ADVOGADO NO
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: ASPECTOS
LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Público, sob a orientação de conteúdo do Professor Juarez Gomes Nunes Junior e orientação metodológica do Professor José Cauby de Medeiros Freire.

Fortaleza - Ceará
2013

GERARDO XIMENES DE SOUZA NETO

A (DES)NECESSIDADE DA PRESENÇA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: ASPECTOS LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Especialização em Direito Público da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de especialista em Direito Público, em conformidade com os normativos do MEC, regulamentada pela Res. n° R028/99, da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

Fortaleza (CE), 11 de novembro de 2013.

Juarez Gomes Nunes Júnior, Esp.

Prof. orientador da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

José Armando da Costa Júnior, Ms.

Prof. examinador da Universidade de Fortaleza

Leonardo José Peixoto Leal, Ms.

Prof. examinador da Universidade de Fortaleza

José Cauby de Medeiros Freire, Ms.

Prof. Orientador de Metodologia

Coordenação do Curso de Especialização em Direito Público

A Deus,
por me conceder o dom da vida.

À minha mãe,
por todo o amor e ensinamentos.

A Hanna,
que compreendeu minhas ausências e me
apoiou em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Juarez Gomes Nunes Júnior, por aceitar a tarefa de orientação e pelos ensinamentos prestados na realização deste trabalho.

Ao professor José Cauby de Medeiros Freire, pela maneira dedicada como orientou o desenvolvimento metodológico que deu forma a este trabalho.

Aos professores José Armando da Costa Júnior e Leonardo José Peixoto Leal, por aceitarem participar da banca examinadora desta monografia.

“A ausência do defensor técnico não ofende a constituição, muito menos ofende a presença de tal operador do direito, visto que sua atividade, quando revestida de eficiência e efetividade, homenageia majestosamente o sagrado princípio da ampla defesa e do contraditório”.

Juarez Gomes Nunes Junior

RESUMO

A necessidade ou não da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar é o objeto de estudo deste trabalho. O que se pretende é dar maior conhecimento sobre a questão, informando quais as disposições presentes em alguns diplomas legais, da doutrina e da jurisprudência, dissecando os principais pontos e mostrando quais as consequências para os servidores públicos. A abordagem metodológica desta pesquisa se caracteriza por ser bibliográfica, com base principalmente nas obras de Costa (2009), Costa (2011), Di Pietro (2010), Mello (2009), Meireles (2006), Carvalho Filho (2010), Gasparini (2009), Medauar (2008), Dantas (2008) e Ribeiro e Gonçalves (2010). Inicialmente, abordam-se os principais aspectos referentes ao Poder Disciplinar, ao Direito Disciplinar e ao Regime Disciplinar. Em seguida, inicia-se a exposição acerca do Processo Administrativo Disciplinar (PAD), conceituando-o e destacando os princípios gerais da Administração Pública que lhe orientam e os princípios específicos que o regem. Em seguida, continua-se a tratar do PAD, direcionando-se para os seus elementos, falando sobre os sujeitos da relação processual disciplinar e dissecando as fases do PAD a luz da Lei 8.112/1990. A seguir, passa-se a expor as sanções disciplinares, o direito ao recurso e à revisão e a prescrição em matéria disciplinar. Adiante, discute-se sobre a existência de necessidade ou não da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar, analisando-se a questão com base nas disposições prescritas na Lei 8.112/1990 e na Lei 9.784/1999. Em seguida, discorre-se acerca da posição doutrinária sobre o tema, mostrando a existência de posições conflitantes entre os doutrinadores. Outrossim, mostra-se a posição do judiciário em relação à questão, abordando o antagonismo das prescrições da Súmula nº 343 do STJ e da Súmula Vinculante nº 5 do STF. Por fim, verificar-se-á se houve ou não violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa com a formulação da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal. Em conclusão, verificou-se que o entendimento firmado na Súmula Vinculante nº 5 do STF resultou no enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, porquanto limitou o exercício das garantias constitucionais aos princípios do contraditório e ampla defesa no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar.

Palavras – chave: Processo Administrativo Disciplinar. Presença de Advogado. Necessidade. Facultatividade. Contraditório e Ampla Defesa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 DIREITO E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	13
1.1 Poder Disciplinar e Poder Hierárquico.....	13
1.2 Direito Disciplinar.....	17
1.3 Regime Disciplinar.....	18
1.4 Princípios da Administração Pública aplicáveis ao Processo Administrativo Disciplinar.....	18
1.5 Princípios específicos do Processo Disciplinar.....	21
1.6 Processo Administrativo Disciplinar.....	23
2 ELEMENTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	26
2.1 Sujeitos da Relação Processual Disciplinar.....	26
2.2 Fases do Processo Administrativo Disciplinar.....	26
2.2.1 Instauração.....	27
2.2.2 Inquérito.....	30
2.2.2.1 Instrução.....	30
2.2.2.2 Defesa.....	33
2.2.2.3 Relatório.....	34
2.2.2.3 Julgamento.....	35
2.3 Das Sanções Disciplinares.....	38
2.4 Do Direito ao Recurso e à Revisão.....	39
2.5 Da Prescrição.....	40
3 A (DES)NECESSIDADE DA PRESENÇA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	43
3.1 Disposições da Lei 8.112/1990 sobre a (des)necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar.....	43
3.2 Disposições da Lei 9.784/1999 sobre a (des)necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar.....	44
3.3 Da Posição Doutrinária em relação à (des)necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar.....	46

3.4 Da Posição do Poder Judiciário em relação à (des)necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar.....	49
3.5 As Súmulas e sua importância para o Poder Judiciário.....	50
3.6 As Súmulas Vinculantes e sua importância para o Poder Judiciário.....	51
3.7 A Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça.....	53
3.8 A Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal.....	54
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

O Poder Disciplinar é o fundamento conferido à Administração Pública que lhe autoriza a punir seus agentes em caso de cometimento de infrações no exercício das funções públicas por meio do processo administrativo disciplinar, sendo obrigatória a punição do funcionário caso reste caracterizada a infração, ressalvados os casos de lesividade ínfima e observados os antecedentes funcionais.

Em decorrência desse poder de punir conferido à Administração, surge o Direito Disciplinar, que pode ser entendido com sendo um conjunto de normas e princípios que regulam a forma procedimental dos servidores públicos com o intuito de manter a regularidade no Serviço Público. Devido ao seu grau de crescimento, o Direito Disciplinar vem ganhando ares de ramo autônomo do Direito, apesar de ainda estar ligado ao Direito Administrativo.

Essas normas e princípios referentes ao Direito Disciplinar podem estar inseridas em um regulamento autônomo ou mesmo em alguma seção de determinado estatuto de servidores, caracterizando, assim, o chamado Regime Disciplinar.

Portanto, o Direito Disciplinar serve para estudar e fundamentar as normas positivadas nos diversos regulamentos existentes objetivando assegurar a regularidade do funcionamento do Serviço Público.

Entretanto, como se sabe, os servidores públicos são pessoas, e como tal, estão sujeitas a erros, desta forma, havendo erro ou violação de normas regulamentares por parte dos funcionários públicos, a Administração Pública, com base em seu Poder Disciplinar, deverá instaurar um processo disciplinar para apurar as supostas infrações praticadas.

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é um instrumento formal utilizado pela Administração Pública para apurar as supostas infrações praticadas por funcionários públicos, no exercício de suas atribuições, e demais pessoas sujeitas ao regime funcional da Administração Pública que, se confirmadas, sujeitarão essas pessoas a punições previstas nos regimentos disciplinares.

Esse Processo Disciplinar é regido por diversos princípios que orientam à sua elaboração e disciplina, como, por exemplo, os princípios constitucionais da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; além de possuir outros princípios específicos: oficialidade, formalismo moderado, verdade real, contraditório e ampla defesa, celeridade e devido processo legal.

O Processo Disciplinar possui como sujeitos da sua relação processual a Administração Pública, a qual acumula as funções de parte e órgão julgador; e o agente público, que possui a função de acusado. Verifica-se, nesse processo, a existência das seguintes fases: instauração, inquérito – que é dividido em instrução, defesa e relatório – e julgamento.

A instauração é o ato inicial do Processo Administrativo Disciplinar, nessa fase, a Administração, com base em razoáveis indícios de autoria e materialidade (conectivos pré-processuais), deflagra de maneira legítima um processo disciplinar contra um agente público ou pessoa sujeita à disciplina da Administração Pública.

Já na fase da instrução é realizada a elaboração do conjunto probatório que servirá de base para análise e decisão acerca do cometimento ou não da suposta infração disciplinar.

Outrossim, na fase da defesa, o indiciado será notificado para apresentar sua defesa escrita, sendo-lhe assegurado vista do processo na repartição. Em pó, a comissão passará à elaboração do relatório sobre o caso.

O relatório descreverá as conclusões da comissão sobre a apuração dos fatos e deve concluir pela responsabilidade ou inocência do indiciado para, após, ser encaminhado à autoridade julgadora para julgamento.

No julgamento, a autoridade poderá adotar tipificação diversa da contida no relatório do processo administrativo disciplinar, haja vista o indiciado se defender dos fatos que se lhes são imputados e não da infração em si.

Cumprido salientar, que a fase da defesa é que vem provocando grande discussão no mundo jurídico, principalmente em relação à necessidade ou não da presença do advogado no processo disciplinar.

A Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) prescreve que é obrigatória a presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar. Entretanto, a Súmula

Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal (STF) prescreve justamente o contrário, que é facultativa a presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar.

Por esses motivos, constata-se que a questão da necessidade ou não da presença do advogado no processo administrativo disciplinar é de fundamental importância para os servidores acusados de cometer infrações administrativas, e, portanto, merece o nosso estudo.

Desta forma, no decorrer deste trabalho monográfico, procuramos responder a determinados questionamentos, tais como: quais os conceitos de direito e processo disciplinar? Quais são os elementos formadores do processo administrativo disciplinar? O que dispõe as Súmula 343 do STJ e a Súmula Vinculante nº 5 do STF acerca da presença do advogado no processo administrativo disciplinar? Houve violação aos princípios do contraditório e ampla defesa pela Súmula Vinculante nº 5?

A justificativa para este trabalho é que o tema em debate é, ainda, bastante controverso, e de grande importância para o direito disciplinar e para os funcionários públicos, porquanto a questão da presença do advogado no processo administrativo disciplinar se relaciona diretamente aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, sendo, assim, de fundamental importância para a efetivação da correta forma de condução do processo administrativo que visa a aplicar sanções a servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina da administração pública. O conhecimento e o entendimento do tema possibilitarão a visualização dos direitos dos funcionários públicos em relação ao processo administrativo disciplinar.

Temos, então, como objetivo geral, demonstrar se há ou não necessidade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar. Os objetivos específicos são: definir os conceitos de direito e processo disciplinar; analisar os elementos formadores do processo administrativo disciplinar; discorrer sobre o disposto na Súmula 343 do STJ e na Súmula Vinculante nº 5 do STF acerca da presença do advogado no processo administrativo disciplinar; e verificar se houve violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa por meio da edição da Súmula Vinculante nº 5.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas através de pesquisa bibliográfica. No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada apenas com o intuito de aumentar o conhecimento, sem transformação da realidade. Segundo a abordagem, é quantitativa, através da pesquisa de fatos

e dados objetivos dos julgados; e qualitativa, com a apreciação do tema sob o ponto de vista legal confrontando-o com as decisões judiciais. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, posto que vai descrever os conceitos básicos e elementos relativos ao processo administrativo disciplinar, bem como analisar se há necessidade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar com base na lei, doutrina e jurisprudência referentes ao tema; e exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão.

No primeiro capítulo, Direito e Processo Disciplinar, busca-se trazer os conceitos de Poder Disciplinar, Direito Disciplinar e Regime Disciplinar, mostrando sua correlação com o tema em debate. Adiante, aborda-se o Processo Administrativo Disciplinar, informando seu conceito e importância para a apuração das faltas disciplinares cometidas pelos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina da Administração Pública e, em seguida, fala-se sobre os princípios da administração pública e os princípios específicos aplicáveis ao Processo Administrativo Disciplinar.

O segundo capítulo, Sujeitos da Relação Processual Disciplinar, discorre-se acerca das fases do Processo Administrativo Disciplinar, explicando as nuances referentes a cada uma. Em seguida, relaciona-se os tipos de sanções disciplinares e aborda-se o direito ao recurso e a revisão, bem como, trata-se da prescrição em matéria de processo disciplinar.

No terceiro capítulo, A (Des)Necessidade da Presença do Advogado no Processo Administrativo Disciplinar, analisa-se as disposições das Leis 8.112/1990 e 9.784/1999 acerca da necessidade ou da presença do advogado no PAD. Em seguida, expõe-se a posição da doutrina e do judiciário acerca do tema, abordando, principalmente, a questão do antagonismo da Súmula nº 343 do STJ e da Súmula Vinculante nº 5 do STF. Além disso, mostrar-se-á se houve ou não violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa com a formulação da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo.

O ponto principal desse trabalho é, pois, demonstrar se há ou não necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar, visto que essa questão se relaciona diretamente ao direito de defesa dessas pessoas acusadas de cometer ilícitos funcionais, configurando-se em um instrumento essencial para a concretização da forma correta de realização do Processo Administrativo Disciplinar.

1 DIREITO E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O Processo Administrativo Disciplinar é uma ferramenta de fundamental importância para que a Administração Pública possa garantir a normalidade de suas atividades, visto que possibilita a punição de seus agentes e demais pessoas sujeitas à disciplina da Administração Pública no caso de cometimento de irregularidades em suas práticas, permitindo a responsabilização dessas pessoas.

Desta maneira, apresentar-se-á adiante o conceito, do ponto de vista doutrinário, de poder disciplinar; o conceito de direito administrativo disciplinar; o conceito de processo administrativo disciplinar; e os princípios, gerais e específicos, que regem esse processo.

1.1 Poder Disciplinar e Poder Hierárquico

O Estado, que é uma entidade abstrata, atua por meio de seus órgãos, os quais são centros de competência, sem personalidade jurídica, criados com o intuito de desempenhar as funções estatais através dos seus agentes públicos, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que estão vinculados. Essa é a chamada “Teoria do Órgão”.

De acordo com essa teoria, quando um agente público, no exercício de suas atribuições, manifesta sua vontade em uma atuação no órgão público, considera-se que essa manifestação foi feita pelo próprio Estado.

Desta maneira, verifica-se que para termos um serviço público eficiente, em que o serviço seja satisfatório para o atendimento das necessidades da coletividade, é preciso que os agentes públicos desenvolvam suas atividades com o máximo de rendimento e se pautem por princípios éticos.

Entretanto, os agentes públicos são pessoas humanas, portanto, estão sujeitos a vários tipos de impulsos, inclusive negativos, podendo ocasionar algumas dificuldades que podem prejudicar o desenvolvimento regular do Serviço Público.

Para garantir esse desenvolvimento regular do serviço público, o Estado utiliza normas disciplinares para garantir que seus agentes cumpram seus deveres funcionais. Assim, se um agente público descumpra seu dever ou pratica um ato proibido, caso isso seja

comprovado, esse agente será responsabilizado disciplinarmente, vindo a sofrer uma punição por parte do Estado.

Essa punição deriva do Poder Disciplinar do Estado, que é conceituado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 95) como sendo:

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.

Hely Lopes Meirelles (2008, p. 126) também define o Poder Disciplinar na mesma linha do conceito apresentado acima, afirmando ser: “a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração”.

O Poder Disciplinar advém do Poder Hierárquico, entretanto, ambos não se confundem. O Poder Hierárquico é mais amplo e o Poder Disciplinar mais restrito, sendo, este, um atributo do superior hierárquico.

A hierarquia é a relação de coordenação e subordinação existente entre os diversos órgãos e agentes do Poder Executivo, não existindo essa relação no tocante aos Poderes Legislativo e Judiciário quando estão exercendo suas funções próprias, haja vista ela ser privativa da função executiva da Administração, segundo ensinamento de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 124), que também traz o seguinte conceito do Poder Hierárquico:

Poder Hierárquico é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores de seu quadro de pessoal. (grifo original)

Esse Poder atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço público e possui os objetivos de ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas da Administração Pública em seu âmbito interno.

O Poder Hierárquico gera, para os servidores, o dever de obediência das ordens dos superiores, que devem ser fielmente cumpridas, salvo em caso de serem manifestamente contrárias à lei. E gera também, para os superiores, faculdades implícitas, como por exemplo, dar ordens, delegar, avocar, fiscalizar e até rever atos dos seus inferiores hierárquicos.

Em relação à ligação entre o Poder Hierárquico e o Poder Disciplinar, Fernanda Marinella (2013, p. 226) discorre sobre o tema, veja-se:

A disciplina funcional decorre do sistema hierárquico da Administração. Portanto, o **Poder Disciplinar é consequência do Poder Hierárquico**. Se aos agentes superiores competem o comando e o dever de fiscalizar, é resultado natural a possibilidade de exigir o cumprimento das ordens e regras legais e, caso não ocorra, aplicar a respectiva penalidade. Assim, para os servidores públicos, a possibilidade de aplicação de sanção decorre da existência de hierarquia. (grifo nosso)

Hely Lopes Meirelles (2010, p. 127) também leciona acerca da correlação entre o poder disciplinar e o poder hierárquico:

O poder disciplinar é correlato com o poder hierárquico, mas com ele não se confunde. No uso do poder hierárquico a Administração Pública distribui e escalona as suas funções executivas; no uso do poder disciplinar ela controla o desempenho dessas funções e a conduta interna de seus servidores; responsabilizando-os pelas faltas cometidas. (grifo nosso)

Faz-se necessário lembrar que o Poder Disciplinar também não deve ser confundido com o Poder Punitivo do Estado. O primeiro é exercido como forma de punição interna dos servidores pela Administração, abrangendo apenas infrações relacionadas ao serviço público. Já o segundo é exercido como forma de controle social, visando à repressão de crimes previstos nas leis penais, sendo realizado pelo Poder Judiciário.

Outrossim, destaca-se que o Poder Disciplinar, em verdade, trata-se de um poder-dever e não de mera faculdade, assim, caso a Administração tome conhecimento de uma infração disciplinar cometida por agente público, o Estado deverá apurá-la.

No entanto, Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 856) entende que há uma obrigatoriedade de punição (poder-dever) ao se identificar uma infração administrativa:

Uma vez identificada a ocorrência de infração administrativa, a autoridade não pode deixar de aplicar a sanção. Com efeito, há um dever de sancionar, e não uma possibilidade discricionária de praticar ou não tal ato.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu no sentido de que há uma obrigatoriedade na punição do servidor em caso de cometimento de infração disciplinar, senão vejamos os seguintes julgados:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. MÉDICO DO INSS E DO ESTADO DE TOCANTINS. IMPUTAÇÃO DE ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS PÚBLICOS. DEMISSÃO. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL SEM MOTIVAÇÃO EM PAD. CERCEAMENTO DE DEFESA. DECISÃO JUDICIAL RECONHECENDO A COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, **não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão do cometimento de infração disciplinar**, de sorte que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais. Precedente.

2. A aplicação do rito sumário para a apuração de acumulação de cargos não justifica a negativa de produção de prova testemunhal, se esta for necessária à defesa; consoante previsão do inciso II do art. 133 da Lei 8.112/90, a fase de instrução, engloba a defesa do acusado, que, à toda evidência, tem de ser concreta e efetiva.

3. As exceções à proibição de acumular cargos públicos, previstas taxativamente no art. 37, inciso XVI da Constituição Federal, requerem a concorrência de dois pré-requisitos: (a) a correlação de matérias e (b) a compatibilidade de horários para o desempenho dos dois cargos.

4. O indeferimento do pedido de produção de prova testemunhal sem motivação, requerida tempestivamente pelo Servidor para a comprovação da compatibilidade de horários entre os cargos, caracteriza violação ao seu direito constitucionalmente assegurado de ampla defesa e contraditório no PAD, mormente pelo fato de haver conclusões totalmente antagônicas sobre o tema, constando nos autos decisão da Justiça Federal acolhendo a questionada compatibilidade de horários.

5. Ordem concedida para manter a eficácia da medida liminar concedida até que seja concluído o Processo Administrativo Disciplinar em questão, após a oitiva das testemunhas arroladas pelo Servidor; deve a Administração Pública urgenciar a conclusão do PAD com a máxima brevidade possível, para não se consolidar ex ope temporis a situação do Servidor. (MS 13083 DF. 2007/0217736-7. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. S3 – Terceira Seção. STJ. DJe 04.06.2009) (grifo nosso)

RECURSO ORDINÁRIO. DISCIPLINAR. MÉRITO ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO DISCIPLINAR. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I - **"Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar".**

II - "Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais. [...]" (MS 12983/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12.12.2007, DJ 15.02.2008)

III - Denúncia anônima como causa de deflagração de processo administrativo disciplinar não constitui ilegalidade insanável (Precedentes).

IV - Inexiste vício a macular o processo administrativo disciplinar no fato de as intimações terem sido feitas apenas ao advogado nomeado pelo servidor indiciado.

V - Ausência de nomeação de defensor dativo para audiência de determinada testemunha, cujo depoimento é expresso ao afirmar desconhecimento dos fatos ou das condutas investigadas no PAD, não configura vício suficiente para anular o processo. (MS n. 13111, minha relatoria, pendente de publicação).

VI - Uma vez apresentado requerimento de produção de prova perante Comissão Disciplinar, a qual se manteve inerte, mesmo que novamente provocada quando da defesa nos autos do PAD, resta configurada a violação ao devido processo legal, especialmente considerando que o servidor indiciado demonstrou a razão pela qual formulou tal pedido, como, também, a repercussão que o atendimento de sua pretensão apresentaria para o esclarecimento dos fatos (pretendia-se juntar documento que afetaria o exame da culpabilidade). Prejuízo à defesa demonstrado.

VII - Inexistindo a oportuna manifestação da Comissão Disciplinar acerca da produção de determinada prova devidamente requerida pelo servidor indiciado, faz-se necessário anular o feito para que esse pedido seja atendido, ou que seja apreciado de modo motivado, anulando-se, por conseguinte, os atos praticados a partir da fase instrutória do PAD, sem prejuízo de eventual convalidação dos atos regularmente praticados. Recurso ordinário provido (RMS 19741/MT. Relator Ministro Felix Fischer. T5 – Quinta Turma. STJ. DJe 31.03.2008) (grifo nosso)

Entretanto, Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 857), continuando seu discurso acerca da punição de servidores, faz ressalva em relação às ações de bagatela, as quais

permitem a não punição do servidor diante de situações de irrelevância, com lesividade mínima.

Ressalvem-se apenas as hipóteses em que deva operar o chamado “princípio da insignificância”, como registrou Heraldo Garcia Vitta, lembrando a hipótese de funcionário deixar de fazer constar em dado ato a data em que foi praticado, sem que disto advenha conduta danosa para quem quer que seja, mas que em tese teria incorrido na regra que censura a conduta do funcionário que “realizar ato administrativo sem observância das formalidades legais”.

Portanto, constata-se que o Poder Disciplinar, conferido à Administração Pública, é o fundamento que autoriza o Estado a punir seus agentes no caso de existirem infrações cometidas no exercício das funções públicas através do processo administrativo disciplinar, sendo obrigatória a punição do funcionário acaso venha a se comprovar a infração, ressalvados os casos em que haja uma lesividade ínfima.

1.2 Direito Disciplinar

As normas disciplinares possuem efeitos preventivos e repressivos, visto que existem para evitar que infrações funcionais sejam cometidas e para garantir a punição de no caso da infração ser efetivamente cometida.

Desta maneira, verifica-se que as normas disciplinares são de fundamental importância para que o Serviço Público se desenvolva de forma regular e, assim, essas normas vêm adquirindo a cada dia um maior destaque na ciência do Direito.

Esse destaque permitiu que alguns autores conferissem a essa matéria a qualidade de ramo autônomo do Direito. Nesse sentido Cavalcanti (2008 apud COSTA, 2009, p. 31) assevera que:

A importância da matéria é grande, e de tal ordem se vem desenvolvendo que já se lhe procura atribuir foros de autonomia, considerando-a como orientada por métodos e princípios jurídicos peculiares.

Impende destacar que, embora essa matéria tenha ganhado grande destaque nos últimos anos e tenha sido, inclusive, defendida como sendo um ramo autônomo, ela se encontra em seu início e, portanto, ainda está bastante vinculada ao Direito Administrativo. Mas, por possuir várias peculiaridades que lhe particularizam, vem aos poucos se desvinculando do seu ramo originário e aumentando seu *status* de ramo autônomo.

Dessa forma, segundo José Armando da Costa (2009, p. 32), o Direito Disciplinar pode ser conceituado como “o conjunto de princípios e normas que objetivam, através de vários institutos próprios, condicionar e manter a regularidade do Serviço Público”.

Com efeito, pode-se conceituar o Direito Disciplinar como sendo um conjunto de normas que servem para orientar a conduta dos agentes públicos para que não venham a cometer infrações e executem os Serviços Públicos de forma regular.

1.3 Regime Disciplinar

O regime disciplinar pode ser entendido como o conjunto de normas referentes aos institutos do Direito Disciplinar, podendo essas normas estar contidas em um regulamento autônomo ou em uma seção de determinado estatuto de servidores.

No tocante ao seu alcance, os regimes disciplinares são classificados como comum e especial. O regime comum é aquele que se refere a todos os servidores de um ente em geral, como, por exemplo, a Lei nº 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União) e a Lei nº 9.826/1974 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado do Ceará). Já o regime especial é aquele que se refere à apenas determinada categoria de servidores, como, por exemplo, a Lei nº 4.878/1965 (Regulamento Disciplinar do Policial Federal) e a Lei Complementar nº 75/1993 (Regulamento Disciplinar do Ministério Público Federal).

Portanto, o regime disciplinar é o conjunto de normas positivadas relativas ao Direito Disciplinar. Este, por seu turno, estudará esse conjunto de normas positivadas nos diversos regulamentos existentes, juntamente com o conjunto de princípios informadores dessas normas com o fito de garantir a regularidade do funcionamento do Serviço Público.

1.4 Princípios aplicáveis a Administração Pública

Princípios são as ideias basilares de um sistema que estabelecem suas diretrizes e lhe conferem uma harmonia, permitindo uma adequada compreensão de sua estrutura. Desta forma, os princípios determinam o alcance e o sentido das normas de determinado sistema, indicando sua interpretação.

Para Carlos Mouchet e Ricardo Zorraquim Becu (2010 apud NADER, 1967, p. 273) os princípios “guiam, fundamentam e limitam as normas positivas já sancionadas”.

Desta feita, o processo disciplinar, por ser objeto de estudo do Direito Administrativo, é orientado por princípios gerais de direito, por princípios norteadores da Administração Pública e também por princípios específicos.

Os princípios gerais do direito são ferramentas dotadas de enorme generalidade e abstração e só devem ser usados de forma objetiva para orientar a elaboração e a aplicação das normas.

Já os princípios da Administração Pública, por serem da área que trata do processo em debate, têm uma atuação mais incidente, podendo os referidos princípios serem encontrados de forma explícita ou implícita na Constituição Federal.

Os princípios explícitos estão previstos principalmente no art. 37 da Carta Magna, que dispõe que:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

O Princípio da Legalidade determina que a Administração Pública só tem possibilidade de atuar quando a lei determine ou autorize. Esse princípio tem, para a Administração, um conteúdo mais restritivo, porquanto limita a atuação da Administração Pública ao que está disposto em lei. Já em relação aos particulares, esse princípio permite fazer tudo quanto não estiver proibido por lei.

O Princípio da Impessoalidade possui duas vertentes em relação à Administração Pública. A primeira determina que a atuação da Administração deve visar ao atendimento do interesse público. Portanto, todos os atos administrativos devem ser tomados com base na vontade da lei, impedindo, assim, que haja perseguição ou favorecimento em relação aos administrados, visto que qualquer ato que seja tomado em desacordo com o interesse público, será nulo por desvio de finalidade. A outra vertente desse princípio determina que nenhum ato do Poder Público pode ser feito com o fim de promoção pessoal do agente. Essa regra encontra-se prevista no § 1º do art. 37 da Constituição Federal.

O Princípio da Moralidade Administrativa determina que toda atuação dos agentes públicos sejam pautadas nos ideais de probidade e boa-fé. Assim, qualquer ato contrário à moralidade administrativa será nulo e sujeitará seu agente às penalidades da lei, conforme está previsto no § 4º, do art. 37 da Constituição Federal.

O Princípio da Publicidade também possui duas vertentes. A primeira determina que os atos administrativos devem ser publicados para que possam produzir seus efeitos, sendo requisito de eficácia dos atos. A outra determina que a atuação administrativa seja transparente, de forma a possibilitar o controle dos atos pelos administrados. Cumpre salientar

que fica ressalvado o sigilo das informações que a lei considera imprescindível à segurança da sociedade e do estado.

O Princípio da Eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998, traduz a necessidade de obtenção de resultados positivos por parte dos agentes públicos para que se alcance os melhores resultados possíveis na prestação dos serviços públicos.

Cumprido salientar que o art. 37 da Constituição Federal está inserido no capítulo “Da Administração Pública”. Isso implica, aliada a uma interpretação do próprio texto desse artigo, em uma observância obrigatória dos princípios elencados no dispositivo em tela para todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), quando em exercício de funções administrativas, e para todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), incluindo seus órgãos da administração direta e indireta.

A lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, também traz, em seu art. 2º, diversos princípios que devem ser observados pela Administração Pública:

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

Já os princípios implícitos, apesar de não estarem previstos expressamente no texto constitucional, também servem de orientação para a atuação dos agentes públicos, configurando-se em instrumentos imprescindíveis para a efetivação da atividade administrativa.

No tocante à Administração Pública, encontramos diversos princípios implícitos, destacando-se dentre eles o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, que são considerados por Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 55) as “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado decorre do regime democrático e do sistema representativo adotado pelo Brasil, que resulta na presunção de que toda atuação do Estado deve se pautar no interesse público, o qual se verifica na Constituição e nas leis, que são manifestações da “vontade do povo”. Com efeito, a atuação do Estado, que visa ao interesse público, deve prevalecer sobre os interesses privados.

Desta maneira, havendo determinado conflito entre o interesse público e o interesse privado, aquele deverá prevalecer, posto que tutelado pelo Estado, que visa a fins gerais, e

desde que não venha a suprimir ou aniquilar direitos e garantias individuais previstas na Constituição Federal, ou dela decorrentes.

Cumprе salientar que esse princípio não possui caráter absoluto, porquanto também deve observar os demais princípios que regem a forma e os limites da atuação da Administração Pública, como o princípio da legalidade e o da proporcionalidade entre outros.

O princípio da Indisponibilidade do Interesse Público determina que os bens e interesses públicos, por não pertencerem a Administração Pública, nem aos seus agentes, mas sim ao povo, são indisponíveis.

Em decorrência desse princípio, constata-se que é vedado à Administração Pública o cometimento de qualquer ato que implique na renúncia de direitos ou na oneração da sociedade.

Impende destacar que tal princípio deve estar presente em toda e qualquer atuação do Estado, ao contrário do que ocorre com o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, o qual se manifesta, primordialmente, nos atos de império do Poder Público.

1.5 Princípios do Processo Disciplinar

Além dos princípios constitucionais e dos princípios implícitos que regem a administração Pública e influem no processo disciplinar, este possui também princípios específicos que orientam seu procedimento e interpretação.

Cumprе salientar que não há na doutrina uma unanimidade em relação a quais sejam todos os princípios regentes do processo disciplinar. Dessa forma, elencar-se-á a seguir aqueles que se encontram explicitados pela maioria dos doutrinadores.

O primeiro princípio específico do Processo Disciplinar é o Princípio da Oficialidade. Esse princípio permite que o processo disciplinar possa ser instaurado de ofício pela autoridade administrativa e, também, que, mesmo que tenha sido desencadeado por iniciativa de um particular, o restante dos seus atos se desenvolvam por impulso oficial. Desta maneira, uma vez principiado um processo disciplinar por iniciativa particular, mesmo que esse administrado não venha a colaborar com o desenvolvimento do processo, a Administração fica obrigada a continuar com o processo até exaurir todas suas etapas.

O segundo princípio específico do Processo Disciplinar é o Princípio do Formalismo Moderado. Esse princípio orienta que deve ser dispensado o rigor excessivo procedimental que não beneficia em nada o processo. Desde que não haja prejuízo para a defesa e que sejam

atingidos os objetivos da justiça, não há que se falar em nulidade quando algumas formalidades não são devidamente observadas. Alguns autores, como Costa (2011, p. 59), defendem que há, na verdade, um verdadeiro informalismo em relação ao Processo Disciplinar. Entretanto, entende-se que se houver um total despreendimento às formalidades, poderá haver prejuízo às partes, visto que muitas dessas formalidades são necessárias ao descobrimento da verdade real.

Essa Verdade Real é justamente mais um dos princípios específicos relativos ao Processo Disciplinar. De acordo com esse princípio, a Administração deve investigar as provas em busca de descobrir aquilo que mais se aproxime da verdade. Com efeito, não há falar em preclusão no âmbito do processo disciplinar.

Os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa também servem como diretrizes fundamentais do Processo Disciplinar. Ambos estão ligados intimamente, embora possuam conteúdos distintos e estão previstos no art. 5º, LV da Constituição Federal que dispõe que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O Princípio do Contraditório assegura a relação de dualidade no âmbito processual, ou seja, cada vez que um lado se manifestar o outro também terá direito de se manifestar. Assim, quando o acusador se manifesta em um processo, a defesa também terá igual direito e vice-versa. Já a Ampla Defesa assegura à parte o direito de apresentar no processo todos os meios de provas admitidos em direito bem como os recursos cabíveis quando lhe couber falar nos autos. Verifica-se, pois, que o Princípio do Contraditório é instrumental ao da Ampla Defesa. Entende-se, como será demonstrado adiante, que a obrigatoriedade da presença de advogado é essencial para efetivar os mencionados princípios, posto ser esse o profissional qualificado para a defesa do acusado no processo disciplinar e, só com sua atuação, ter-se-á verificada a observância dos princípios em debate.

O Princípio da Celeridade é mais um dos princípios que regem o Processo Disciplinar e está previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, que dispõe que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Desta maneira, é assegurado ao Processo Disciplinar a rapidez necessária à solução das demandas.

Por fim, tem-se o Devido Processo Legal como o último princípio regente do Processo Disciplinar. O princípio em tela também encontra previsão constitucional e está insculpido no art. 5º da Carta Política que dispõe que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens

sem o devido processo legal”. Em se tratando da seara disciplinar, tal princípio determina que para haver uma punição disciplinar que restrinja a liberdade de servidores, no tocante aos militares, e para haver imposição de pena pecuniária, há a necessidade de essas medidas serem tomadas por meio de um regular processo disciplinar.

Impende destacar que muitos autores defendem a existência de outros princípios informativos do Processo Disciplinar e não só os acima elencados. Desta maneira, entende-se que o rol acima destacado é apenas exemplificativo, devendo-se aplicar a processo disciplinar todos os princípios que se coadunem com o seu fim maior, que é garantir a regularidade na prestação do Serviço Público.

1.6 Processo Administrativo Disciplinar

Processo pode ser entendido como sendo um conjunto de procedimentos encadeados que servem como instrumento de condução de determinada relação jurídica. Dessa forma, atualmente, não se concebe mais a ideia advinda da doutrina tradicional que considera processo apenas aqueles que tramitam perante o Poder Judiciário.

Com efeito, entende-se que existem processos no âmbito de cada um dos poderes. Portanto, têm-se processos judiciais, legislativos e administrativos.

O processo disciplinar possui algumas características que o relacionam com o direito e processo penal, visto que encontra fundamento no poder punitivo do estado. Possui também relação com vários outros ramos do direito. Entretanto, sua principal relação ocorre com o direito administrativo. Logo, classifica-se o processo disciplinar como sendo um tipo de processo administrativo, tendo em vista que suas características predominantes estão intimamente ligadas a esse tipo de processo.

Nesse sentido, José Armando da Costa (2011, p. 31) entende que o processo disciplinar é um tipo de processo administrativo e assevera que:

Processo administrativo é a sucessão formal de atos que são realizados, por determinação legal ou em atendimento a princípios sacramentados pela ciência jurídica, com vistas a dar sustentação à edição do ato administrativo. Se esses atos são dinamizados tendo em mente concretizar a imposição de pena disciplinar, estaremos, então, diante do processo administrativo disciplinar.

Destarte, verifica-se que existe entre o processo administrativo e o processo disciplinar uma relação de gênero e espécie, respectivamente. Deste modo, constata-se que todo processo disciplinar é um processo administrativo, mas nem todo processo administrativo é um processo disciplinar.

Hely Lopes Meirelles (2006, p. 666) conceitua o processo disciplinar como sendo:

O processo administrativo disciplinar é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da administração. Tal processo baseia-se na supremacia especial que o Estado mantém sobre todos aqueles que se vinculam aos seus serviços ou atividades, definitiva ou transitoriamente, submetendo-se à sua disciplina.

O processo disciplinar não se encontra conceituado somente pela doutrina, mas alguns regimes disciplinares também trataram de conceitua-lo. Nesse sentido, a Lei nº 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União) deu seu conceito ao processo administrativo disciplinar em seu art. 148, falando que:

Art. 148. Processo administrativo disciplinar é o instrumento destinado a 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.

O processo disciplinar pode ser conceituado como sendo um instrumento formal utilizado pelo Estado para apurar possíveis infrações praticadas por servidores públicos no exercício de suas atribuições que, se comprovadas, sujeitarão esses servidores a punições previstas em regimentos disciplinares.

Verifica-se, portanto, que o processo disciplinar tem como objeto a apuração das supostas infrações cometidas e a consequente aplicação da pena cabível, em caso de confirmação da infração. E, ainda, que tem como finalidade o controle da atividade de seus agentes, visando garantir a regularidade dos Serviços Públicos.

No tocante ao objeto do processo administrativo disciplinar, José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 847) assevera que: “O objeto do processo administrativo disciplinar é a averiguação da existência de alguma infração funcional por parte dos servidores, qualquer que seja o nível da gravidade.”

Nessa esteira de raciocínio, o mesmo autor (2007, p. 846) leciona que cabe à Administração o dever de zelar pelo correto proceder de seus agentes:

Cabe à Administração zelar pela correção e legitimidade da atuação de seus agentes, de modo que quando se noticia conduta incorreta ou ilegítima tem a Administração o poder jurídico de restaurar a legalidade e de punir os infratores.

Como dito anteriormente, existem diversos regimes disciplinares diferentes. Desta maneira, cada um desses regimes podem conter normas diferentes acerca do processo disciplinar, podendo haver, assim, prazos, competência, deveres, sanções e até nomenclaturas diferentes uns dos outros.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 939) assevera que:

O processo disciplinar se rege por bases normativas diversas. Incide para esse tipo de processo o princípio da disciplina reguladora difusa, e isso porque suas regras, a tramitação, a competência, os prazos e as sanções se encontram nos estatutos funcionais das diversas pessoas federativas.

Isso ocorre devido a cada ente federativo ter competência para instituir seu estatuto funcional de servidores, devendo-se, contudo, respeitar as normas constitucionais referentes ao processo. Cumpre salientar que a Lei nº 8.112/1990 pode ser aplicada de forma subsidiária nos casos em que os demais estatutos sejam omissos.

Independentemente da nomenclatura dada pelos diversos regimes disciplinares existentes, faz-se necessário que a Administração Pública zele pela atuação regular de seus agentes e, caso haja alguma irregularidade, que seja apurada de acordo com um devido processo legal.

Assim, para efeitos didáticos, vamos dividir o processo disciplinar em duas categorias distintas, quais sejam: sindicância e o processo administrativo disciplinar. A sindicância será qualquer procedimento utilizado para apurar faltas disciplinares menos graves, assim consideradas aquelas que não ensejem a pena de demissão. Já o processo administrativo disciplinar será qualquer instrumento utilizado para apurar faltas disciplinares mais graves, assim consideradas aquelas que ensejem a pena de demissão.

A sindicância pode ainda ser dividida em três categorias: sindicância inquisitorial, a qual se destina a reunir elementos que legitimem a deflagração de um processo (conectivos pré-processuais), não possuindo contraditório e ampla defesa, haja vista não possuir caráter punitivo; sindicância conectiva, a qual resulta na deflagração de um processo disciplinar e, portanto, observa os princípios do contraditório e ampla defesa; e a sindicância autônoma, a qual resulta na aplicação de uma sanção disciplinar diversa da demissão e, por ter caráter punitivo, deve observar também os princípios do contraditório e ampla defesa.

Impende destacar que, em que pese não exista a obrigatoriedade da participação da defesa em relação à sindicância inquisitorial, é bastante importante que seja permitida sua participação, tendo em vista que a função da defesa no processo é, acima de tudo, probatória e, assim, poderá contribuir para a formação das provas dos autos e, em alguns casos, poderá, inclusive, ajudar a solucionar os problemas antes mesmo que seja desencadeado algum processo.

2 ELEMENTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O Processo Administrativo Disciplinar é uma sucessão de atos realizados com o intuito de se averiguar a necessidade de aplicação de uma pena disciplinar. Esse processo possui diversos elementos que o caracterizam, diferenciando-o dos outros tipos de processo.

Destarte, apresentar-se-á, inicialmente, os sujeitos componentes da relação processual disciplinar, enfocando os conceitos doutrinários. Em seguida, explicitar-se-á as fases relativas ao processo em debate, mostrando a diversidade de posicionamentos doutrinários. E, por fim, tratar-se-á acerca da revisão do Processo Disciplinar.

2.1 Os sujeitos da relação processual disciplinar

O processo judicial, seja de qual espécie for, possui, ao menos, três sujeitos, quais sejam: o autor, que propõe a ação; o réu, parte adversa da ação; e o juízo, que é o órgão julgador. Portanto, entende-se tradicionalmente que toda relação processual possui pelo menos três sujeitos.

Entretanto, a relação processual disciplinar, por se tratar de uma relação administrativa, apresenta apenas dois sujeitos, quais sejam: a Administração Pública, que acumula as funções de parte interessada e órgão julgador; e o agente público ao qual é imputada a conduta infracional, que tem a função de réu.

2.2 Fases do Processo Administrativo Disciplinar

Com o intuito de obter o entendimento adequado acerca do Processo Administrativo Disciplinar, faz-se necessário apresentar as fases dos procedimentos que devem ser observadas nesse tipo processo.

Inicialmente, salienta-se que não existe consenso entre os doutrinadores sobre quais são as fases do Processo Administrativo Disciplinar. Desta forma, existem diversos entendimentos sobre as fases, as quais serão explicitadas adiante.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 322 e 323) entende que o Processo Administrativo Disciplinar se desenrola em três fases, a instauração, o inquérito e o julgamento, sendo que o inquérito é compreendido por três partes: a instrução, a defesa e o relatório.

Já Hely Lopes Meirelles (2006, p. 688 e 689) fala que são cinco as fases as quais se desenvolve o Processo Administrativo Disciplinar, quais sejam: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p.638), o Processo Administrativo Disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: instauração, instrução, defesa, relatório e decisão.

José Armando da Costa (2011, p. 172) também entende que o Processo Administrativo Disciplinar possui 5 (cinco) fases, quais sejam: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento.

Independentemente de quem seja o doutrinador, constata-se que todos compreendem que ele se desenrola em 5 (cinco) fases, tendo em vista que aqueles que entendem que o processo disciplinar possui 3(três) fases, falam também que uma delas termina se subdividindo em três, perfazendo, assim, o total de 5 (cinco) fases, ocorrendo variação apenas, conforme o doutrinador, da nomenclatura das mesmas.

Portanto, adotar-se-á o posicionamento contido no art. 151 da Lei 8.112/1990, que adota as seguintes fases em relação ao Processo Administrativo Disciplinar: instauração, inquérito administrativo (instrução, defesa e relatório) e julgamento, explicitando-as de acordo com o mesmo regramento legal.

2.2.1 Instauração

A Administração Pública deve sempre seguir os princípios da moralidade e da economia do serviço público, assim, deve evitar que notícias confusas ou destituídas de um mínimo de informações relativas a um suposto cometimento de infração disciplinar desencadeiem a instauração do caro processo disciplinar.

Desta forma, faz-se necessário, para instauração de um processo disciplinar, que existam nas denúncias razoáveis indícios de autoria e de materialidade do fato que configurem uma justa causa.

Esses razoáveis indícios – autoria e materialidade – são os chamados conectivos pré-processuais, que são elementos prévios a existência do processo que legitimam a deflagração do mesmo.

Nessa linha de raciocínio, José Armando da Costa (2011, p. 167) discorre acerca da importância dos conectivos pré-processuais, note-se:

Sem a existência pré-processual dos indícios denunciadores da prática do fato anômalo e de quem seja o seu autor, carece a administração pública de legítimo interesse para inaugurar o processo disciplinar.

Com base nesses elementos pré-processuais, a Administração Pública deve fazer uma síntese acusatória dos fatos para delimitar a abrangência do processo, definindo a irregularidade que pretende apurar e a área de atuação da comissão processante. Essas medidas asseguram a observância do devido processo legal pela Administração.

Impende destacar que a instauração do Processo Administrativo Disciplinar só se faz legítima quando existir um fato que indique a possibilidade do servidor acusado vir a ser punido. Além disso, também se faz necessário que o suposto autor da infração seja um agente público ou pessoa sujeita ao poder da Administração Pública que possa vir a ser punida em virtude da deflagração do Processo Administrativo Disciplinar.

Em relação ao aspecto formal, a instauração do Processo Administrativo Disciplinar se dá, normalmente, por meio de portaria. Entretanto, esse ato administrativo pode vir a receber nomenclatura diversa de acordo com a normatização legal em que se baseia. A Lei 8.112/1990 não estabeleceu nenhum nome ao ato formal que instaura o processo disciplinar. Contudo, o que realmente é importante na instauração do Processo Administrativo Disciplinar é que haja a formalização da vontade de deflagrar tal processo, não importando qual a nomenclatura dada.

Essa portaria deverá conter, obrigatoriamente, a designação da comissão processante, indicando a pessoa do seu presidente; o objeto do processo, ou seja, as supostas irregularidades disciplinares cometidas pelo agente; e a individualização do(s) acusado(s).

Segundo o art. 149, *caput* da Lei 8.112/1990, a comissão condutora do processo disciplinar dos servidores públicos federais será composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, 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

A portaria pode ser baseada em uma denúncia, uma sindicância preparatória ou numa mera notícia sobre irregularidade. Esses elementos embasadores da instauração do processo

deverão conter a possibilidade de condenação da pessoa acusada, sob pena de ilegitimidade do próprio processo.

De acordo com o art. 144, caput e seu parágrafo único da Lei 8.112/1990 as denúncias sobre irregularidades funcionais só serão objeto de apuração caso contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade. E mais, quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.

Art. 144 As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.

Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.

Entretanto, nossa jurisprudência vem admitindo a possibilidade de se apurar uma denúncia anônima, desde que os fatos sejam apresentados de forma objetiva. Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal (STF):

DELAÇÃO ANÔNIMA. COMUNICAÇÃO DE FATOS GRAVES QUE TERIAM SIDO PRATICADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES QUE SE REVESTEM, EM TESE, DE ILICITUDE (PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS SUPOSTAMENTE DIRECIONADOS E ALEGADO PAGAMENTO DE DIÁRIAS EXORBITANTES). A QUESTÃO DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ANONIMATO (CF, ART. 5º, IV, 'IN FINE'), EM FACE DA NECESSIDADE ÉTICO-JURÍDICA DE INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS FUNCIONAIS DESVIANTES. OBRIGAÇÃO ESTATAL, QUE, IMPOSTA PELO DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CF, ART. 37, 'CAPUT'), TORNA INDERROGÁVEL O ENCARGO DE APURAR COMPORTAMENTOS EVENTUALMENTE LESIVOS AO INTERESSE PÚBLICO. RAZÕES DE INTERESSE SOCIAL EM POSSÍVEL CONFLITO COM A EXIGÊNCIA DE PROTEÇÃO À INCOLUMIDADE MORAL DAS PESSOAS (CF, ART. 5º, X). O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO CIDADÃO AO FIEL DESEMPENHO, PELOS AGENTES ESTATAIS, DO DEVER DE PROIBIDADE CONSTITUIRIA UMA LIMITAÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE? LIBERDADES EM ANTAGONISMO. SITUAÇÃO DE TENSÃO DIALÉTICA ENTRE PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA ORDEM CONSTITUCIONAL. COLISÃO DE DIREITOS QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO OCORRENTE, MEDIANTE PONDERAÇÃO DOS VALORES E INTERESSES EM CONFLITO. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS. LIMINAR INDEFERIDA. (MS 24.369-MC/DF, Relator Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno – STF. DJ 04.06.2004) (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também partilha da mesma posição do STF de considerar a denúncia anônima como instrumento hábil para a instauração de processo administrativo disciplinar, veja-se:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MILITAR. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CARTA ANÔNIMA. LICITUDE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. WRIT. VIA INADEQUADA.

I - A carta anônima é meio hábil para a instauração de processo administrativo disciplinar, cabendo a Administração a apuração dos fatos narrados na denúncia, ainda que apócrifa.

II - Questões cuja solução demandaria, necessariamente, revisão do material fático apurado no processo disciplinar, ou a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, não podem ser apreciadas em sede de mandamus.

Recurso desprovido. (RMS 19224/MT. Relator Min. Felix Fischer. T5 – Quinta Turma – STJ. DJ 01.07.2005, p. 570) (grifo nosso)

Verifica-se, pois, que nossos tribunais vêm abrandando a exigência de maior rigor na formulação da denúncia para apuração de ilícitos de servidores públicos, permitindo, assim, a formulação, inclusive, de denúncia anônima, em virtude do interesse público à fiel observância dos deveres funcionais pelos agentes públicos.

2.2.2 Inquérito Administrativo

Como dito anteriormente, o art. 151 da Lei 8.112/1990 dispõe que o Inquérito Administrativo é a segunda fase do Processo Administrativo Disciplinar, dividindo essa fase em três subfases distintas: instrução, defesa e relatório. A seguir, apresentar-se-á cada uma das subfases do Inquérito Administrativo, tomando-se como base a Lei 8.112/1990.

2.2.2.1 Instrução

Após a constituição da comissão disciplinar processante, que se dá na fase de instauração, o presidente dessa comissão designará a pessoa que terá a atribuição de ser o secretário, podendo a referida incumbência recair em um dos membros da comissão, e em seguida, adentrar-se-á aos trabalhos de apuração da suposta infração.

No início da instrução deverá ser realizada a primeira reunião da comissão, na qual se deliberará acerca das diligências necessárias para apuração dos fatos apontados contra o agente acusado. Cumpre salientar que essas deliberações devem ser reduzidas a termo em ata.

A comissão, então, deverá providenciar a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, com o intuito de conseguir a completa elucidação dos fatos.

Portanto, a comissão processante possui função de conduzir o processo na direção do descobrimento da verdade real, buscando provas para confirmar ou não os indícios de autoria e materialidade.

Salienta-se que é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por meio de defensor munido de instrumento de procuração, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, no caso de haver prova pericial.

O defensor do acusado, assim como a comissão processante, também possui a função de buscar provas para elucidação da verdade. A diferença entre esses integrantes do processo é que a comissão tem uma tendência acusatória, já que se encontra na condução do processo, enquanto o defensor, como o próprio nome já revela, tem uma tendência à defesa.

Impende destacar que esse direito à produção de provas, também conhecido como função probatória da defesa, representa a efetivação dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, consubstanciando-se, assim, em elemento necessário à validade do processo.

Contudo, tal direito não é absoluto. Logo, a Administração Pública poderá indeferir o pedido de produção de prova caso esse não seja razoável ou, então, seja protelatório e desde que o faça por decisão motivada.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. MÉDICO DO INSS E DO ESTADO DE TOCANTINS. IMPUTAÇÃO DE ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS PÚBLICOS. DEMISSÃO. **INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL SEM MOTIVAÇÃO EM PAD. CERCEAMENTO DE DEFESA.** DECISÃO JUDICIAL RECONHECENDO A COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão do cometimento de infração disciplinar, de sorte que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais. Precedente.

2. A aplicação do rito sumário para a apuração de acumulação de cargos não justifica a negativa de produção de prova testemunhal, se esta for necessária à defesa; consoante previsão do inciso II do art. 133 da Lei 8.112/90, a fase de instrução, engloba a defesa do acusado, que, à toda evidência, tem de ser concreta e efetiva.

3. As exceções à proibição de acumular cargos públicos, previstas taxativamente no art. 37, inciso XVI da Constituição Federal, requestam a concorrência de dois pré-requisitos: (a) a correlação de matérias e (b) a compatibilidade de horários para o desempenho dos dois cargos.

4. **O indeferimento do pedido de produção de prova testemunhal sem motivação**, requerida tempestivamente pelo Servidor para a comprovação da compatibilidade de horários entre os cargos, **caracteriza violação ao seu direito constitucionalmente assegurado de ampla defesa e contraditório no PAD**, mormente pelo fato de haver conclusões totalmente antagônicas sobre o tema, constando nos autos decisão da Justiça Federal acolhendo a questionada compatibilidade de horários.

5. Ordem concedida para manter a eficácia da medida liminar concedida até que seja concluído o Processo Administrativo Disciplinar em questão, após a oitiva das testemunhas arroladas pelo Servidor; deve a Administração Pública urgenciar a conclusão do PAD com a máxima brevidade possível, para não se consolidar ex ope temporis a situação do Servidor. (MS 13083/DF. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. S3 – Terceira Seção. STJ. DJe 04.06.2009).

A elaboração do conjunto probatório do Processo Administrativo Disciplinar se concentra na presente fase. Entretanto, isso não significa que a prova só poderá ser produzida nessa fase, tendo em vista que, como já dito anteriormente, o processo disciplinar está submetido ao princípio da verdade real, o qual determina que a Administração deve investigar as provas em busca de descobrir aquilo que mais se aproxime da verdade, não havendo de se falar em preclusão no âmbito do processo disciplinar.

Deste modo, nada impede que haja produção de prova na fase da defesa, quando o suposto infrator apresentar uma prova ou requerer diligência para esclarecer um fato. Ou, inclusive, de forma eventual, na fase de julgamento, quando, por exemplo, a autoridade competente, entendendo que determinados fatos ainda não se encontram devidamente esclarecidos no processo, determina a realização de novas diligências visando à elucidação das dúvidas.

Aliás, a prova poderá ser produzida também em sede de processo de revisão da penalidade administrativa e, ainda, em caso de eventual judicialização da questão, na qual o interessado, insatisfeito com o julgamento proferido pela autoridade administrativa poderá apresentar provas sobre a ilegalidade do processo disciplinar que impliquem na anulação do mesmo pelo Poder Judiciário.

Finda a instrução, a comissão processante passará a fazer a análise do conjunto probatório. Assim, com base nas provas perscrutadas, havendo elementos suficientes que indiquem a existência de uma transgressão disciplinar e a autoria da transgressão, a comissão determinará a indicição do agente infrator, conforme determina o art. 161 da Lei 8.112/1990, o qual determina que: “Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas”.

Assim, a comissão deve formalizar uma peça processual indiciando o funcionário, indicando as razões de fato e de direito que determinaram tal ação, devendo, inclusive, mencionar os dispositivos legais ou regulamentares que foram violados.

Essa peça processual fará com que o agente ao qual era imputada a infração passe a condição de indiciado, que, segundo a conceituação do nosso direito disciplinar, é a situação mais gravosa ao acusado.

2.2.2.2 Defesa

Após a formalização da indicição do acusado, o mesmo será citado, por meio de mandado expedido pelo presidente da comissão, para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, sendo-lhe assegurado vista do processo na repartição, conforme determina o § 1º do art. 161, da Lei 8.112/1990.

Desse modo, abrir-se-á vista dos autos ao indiciado e ao seu advogado para que possam exercer o direito de defesa de forma ampla. Com efeito, entende-se que o direito de defesa depende da participação do advogado para ser exercido de forma ampla, porquanto esse é o profissional dotado de capacidade técnica para fazer a defesa do acusado e para se posicionar em relação a questões jurídicas ou de maior complexidade. Entende-se, pois, que a não participação do advogado no processo disciplinar acarreta em prejuízo à defesa e consequente nulidade do processo.

Cumprе salientar, que o direito do advogado legalmente constituído pelo indiciado de ter vista dos autos se dá tanto na repartição quanto fora dela. Esse entendimento já era assegurado legalmente pela Lei 4.215/1963 (antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que dispunha que:

Art. 89. São direitos do advogado:

(...)

XVII - ter vistas ou retirar, para os prazos legais, os autos dos processos judiciais ou administrativos, de qualquer natureza, desde que não ocorra a hipótese do inciso anterior, quando a vista será comum, no cartório ou na repartição competente;

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), nessa época, já corroborava o entendimento de que o advogado poderia ter vista de processos disciplinares fora das repartições.

ADVOGADO. DIREITO A VISTA DE AUTOS DE PROCESSO DISCIPLINAR FORA DA REPARTIÇÃO. O DIREITO A VISTA DOS AUTOS, NOS TERMOS DO ART. 89, XVII E PAR. 2 DA LEI 4.215/63, NÃO SE RESTRINGE A VISTA NAS REPARTIÇÕES E FORA DE CARTORIOS. RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS EM LEI, TEM O ADVOGADO DIREITO A VISTA DE PROCESSOS DISCIPLINARES FORA DAS REPARTIÇÕES OU SECRETARIAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO MAS NÃO PROVIDO. (RE 77507/SP 244330/SP. Relator Ministro Rodrigues Alckmin. DJ 04.10.1974). (grifo nosso)

O novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), estatuído pela Lei 8.906/1994, veio ratificar o direito do advogado de ter vista dos autos na repartição e fora dela, conforme dispõe seu art. 7º, inciso XV, *in verbis*:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;

Seguindo a mesma linha, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou jurisprudência em que entende que o advogado do acusado pode, no processo disciplinar, ter vista dos autos tanto em cartório quanto fora dele.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ADVOGADO: VISTA DOS AUTOS. I. - Ao servidor sujeito a processo administrativo disciplinar é assegurado o direito de defesa, que há de ser amplo. Lei 8.112/90, art. 153. II. - **O advogado regularmente constituído tem direito a ter vista do processo administrativo disciplinar, na repartição competente, ou retirá-lo pelo prazo legal.** Lei 8.906/94, art. 7º, XV. III. - Mandado de Segurança deferido. (MS 22921/SP 244330/SP. Relator Ministro Carlos Velloso. DJ 28.06.2002. Página 89). (grifo nosso)

Por conseguinte, verifica-se que é pacífico o entendimento de que o advogado tem direito à vista dos autos de processo disciplinar também fora das repartições.

De outro bordo, caso o prazo para apresentação da defesa tenha se acabado sem que tenha sido apresentada defesa, o acusado será declarado revel. Assim, haverá a nomeação de um defensor dativo, ao qual será concedido um novo prazo para que possa exercer o direito de defesa em favor do revel. Essa medida visa a assegurar a exigência de que nenhum acusado possa ser condenado sem defesa e está assegurada no § 2º do art. 164 da Lei 8.112/1990, que dispõe que:

Art. 164. *omissis*

§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

A fase da defesa se encerra com a apresentação das razões do indiciado. Em seguida, inicia-se a fase do relatório, a qual será examinada a seguir.

2.2.2.3 Relatório

Nessa subfase, que é a última do inquérito administrativo, haverá nova análise das provas, que serão examinadas conjuntamente com a defesa e as eventuais provas produzidas pelo acusado em sede de defesa.

Essas provas produzidas pelo indiciado podem ter sido advindas de diligências requeridas quando da ocasião da apresentação de sua defesa escrita. Deste modo, caso essas diligências não tenham intuito protelatório, a comissão, por meio do seu presidente, deverá deferi-las para possibilitar a ampla defesa.

Após a realização das diligências, seguir-se-á à elaboração do relatório. Para realizar essa tarefa a comissão deve, pautando-se na imparcialidade e na probidade, confrontar os aspectos levantados pela acusação e pela defesa.

Em seguida, a comissão deverá formalizar o relatório, descrevendo suas conclusões sobre a apuração dos fatos e resolvendo pela responsabilidade ou inocência do indiciado e, enfim, será encaminhado à autoridade julgadora com um relatório conclusivo sobre o caso.

2.2.3 *Julgamento*

Recebido o processo disciplinar, a autoridade julgadora proferirá sua decisão no prazo de 20 (vinte) dias, conforme determina o art. 167, *caput* da Lei 8.112/1990.

Cumprido salientar que o julgamento fora do prazo legal não implica na nulidade do processo, conforme preceitua o art. 169, § 1º da Lei 8.112/1990, ressalvado o caso da parte demonstrar prejuízo devido a mora na conclusão do feito.

Nesse sentido, colhe-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PODER DISCIPLINAR. PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO QUE EXCLUI LOGICAMENTE A ALEGAÇÃO DA PARTE. **EXTEMPORANEIDADE DA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ART. 169, § 1º, LEI Nº 8.112/90. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ABSOLVIÇÃO NA SEARA PENAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS. ART. 66 DO CPP E ART. 935 DO CC. REVISIBILIDADE DE ATOS DISCIPLINARES PELO JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO QUE, CONTUDO, NÃO PERMITE CONCLUIR PELA SUA INEXISTÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A motivação das decisões judiciais, dever imposto pelo art. 93, IX, da Constituição, resta satisfeita quando os fundamentos do julgado repelem, por incompatibilidade lógica, os argumentos que a parte alega não terem sido apreciados. Precedentes (AI 791292 QO-RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-06 PP-01289 RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, p. 113-118; RE 437831 AgR-ED, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 18/10/2005, DJ 03-03-2006 PP-00072 EMENT VOL-02223-03 PP-00595 RTJ VOL-00201-02 PP-00783). 2. **O art. 169, § 1º, da Lei nº 8.112/90 dispõe de modo expresse que o julgamento do processo administrativo disciplinar fora do prazo legal não implica a sua nulidade, devendo a parte demonstrar o prejuízo advindo da mora na conclusão do feito.** Precedentes (MS 23597, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, julgado em 28/02/2003, publicado em DJ 12/03/2003 PP-00023). 3. A absolvição na seara penal, quando fundada apenas**

na insuficiência de provas, não tem o condão de obstar a imposição da sanção administrativa, ante a independência entre as instâncias preconizada pelo art. 66 do CPP e pelo art. 935 do CC. Doutrina (CRETELLA JR., José. Prática do Processo Administrativo. 8ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 156). Precedentes (MS nº 21.708-DF. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Rel. para o acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Plenário, Julgado em 9-11-2000 e veiculado no DJ de 18-5-2001; MS 22155, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/1995, DJ 24-11-2006 PP-00064 EMENT VOL-02257-03 PP-00600 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 167-189). 4. O Judiciário pode rever a imposição de sanções disciplinares quando escassa e frágil a prova utilizada para embasar a punição. Precedentes (MS 23041, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-02 PP-00347). 5. In casu: (i) o recorrente foi acusado, na seara administrativa, de ter solicitado propina para deixar de lavrar autos de infração em desfavor de uma empresa de transporte, bem como de ter imposto multas indevidas ante a recusa de pagamento da suposta peita; (ii) as únicas testemunhas ouvidas foram os motoristas dos veículos vistoriados (conforme fls. 230) e o dono da empresa de transportes multada (fls. 233), sendo que o fator isolado considerado como afiançador dos aludidos testemunhos foi a posterior invalidação das multas aplicadas, sem motivação (fls. 233). 6. A ausência de liquidez e certeza do direito, malgrado afaste o cabimento do mandado de segurança, não deve conduzir à prematura fulminação da pretensão material que o demandante eventualmente possua, devendo restar abertas as vias ordinárias para que comprove a ilegalidade do ato vergastado. 7. Recurso parcialmente provido, reformando-se o acórdão para denegar a ordem tão somente em razão da ausência de liquidez e certeza do direito, assegurando-se ao postulante, as vias judiciais ordinárias. (RMS 27967/DF. Relator Ministro Luiz Fux. DJe 06.03.2012). (grifo nosso)

O motivo da não observância do prazo de conclusão do processo disciplinar se dá por duas razões. Uma é que a Lei 8.112/1990 estabeleceu um prazo muito curto, qual seja 20 (vinte) dias, para julgamento desses casos. A outra é que a mesma lei também não estabeleceu sanção à autoridade competente em caso de descumprimento do supracitado prazo.

Por outro lado, o julgamento da comissão acatará o relatório da comissão, salvo quando for contrário à prova dos autos. Nesse caso, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade, consoante determina o art. 168, caput e parágrafo único da Lei 8.112/1990.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que se a autoridade julgadora discordar do relatório e, por isso, aplicar pena mais severa ao servidor, esse fato não caracteriza *reformatio in pejus*, desde que o faça de forma motivada, senão vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SINDICÂNCIA PRELIMINAR. CONTRADITÓRIO. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO PARCIAL DA PRETENSÃO PUNITIVA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ARTIGOS 125 E 126 DA LEI Nº 8.112/90. CÓPIA INTEGRAL DO PAD. INEXISTÊNCIA. WRIT CONHECIDO PARCIALMENTE. SEGURANÇA DENEGADA. I - "A sindicância, que visa apurar a ocorrência de infrações administrativas, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da

ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar, ainda sem a presença obrigatória de acusados." (MS nº 10.828/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 2/10/2006).

II - A impetrante teve contra si instaurado processo administrativo disciplinar para se apurar eventual irregularidade na concessão de 18 (dezoito) benefícios previdenciários, dentre os quais 12 (doze) chegaram ao conhecimento da Administração há mais de cinco anos antes da instauração do respectivo PAD, razão pela qual, com relação a esses fatos a pretensão punitiva disciplinar prescreveu, nos termos do artigo 142, inciso I e parágrafo 1º, da Lei nº 8.112/90.

III - Com relação às outras 6 (seis) concessões tidas por irregulares, não decorreu o prazo de que trata o referido artigo, tendo em conta que o intervalo entre a data do conhecimento dos fatos e a instauração do PAD é inferior ao lustro prescricional.

IV - É possível à autoridade julgadora discordar do relatório final elaborado pela Comissão Disciplinar, sem que isso importe indevida reformatio in pejus, desde que o faça de forma fundamentada, como se verifica na espécie, nos termos dos artigos 168 e 169 da Lei nº 8.112/90.

V - Sendo independentes as instâncias penal e administrativa, somente afastará a punição administrativa a sentença criminal que reconhecer a inexistência do fato ou a negativa de autoria (artigos 125 e 126 da Lei nº 8.112/90).

VI - Na espécie, a sentença criminal absolutória juntada em nada repercute na seara administrativa, eis que relativa à concessão irregular de benefício de outro segurado, cujo procedimento não foi objeto do PAD que ensejou a demissão da impetrante.

VII - Inviável a análise da alegação de desproporcionalidade na aplicação da sanção, já que o mandamus não foi instruído com a cópia integral do processo administrativo disciplinar, em especial da íntegra do relatório final, o qual se mostra indispensável, in casu, para o exame dessa questão. Writ parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem, ressalvado à impetrante o acesso às vias ordinárias com relação ao item VII. (MS 14039/DF. Relator Ministro Felix Fischer. S3 – Terceira Seção. STJ. DJe 07.08.2009). (grifo nosso)

A autoridade julgadora poderá, inclusive, adotar uma capitulação diversa da contida no relatório do processo administrativo disciplinar, porquanto o indiciado se defende dos fatos que se lhes são imputados e não da infração em si.

Colhe-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) nessa direção:

MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO. PROCESSO DISCIPLINAR. DEFESA. O INDICIADO EM PROCESSO DISCIPLINAR SE DEFENDE CONTRA OS FATOS ILÍCITOS QUE LHE SÃO IMPUTADOS, PODENDO A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA ADOTAR CAPITULAÇÃO LEGAL DIVERSA DA QUE LHE DEU A COMISSÃO DE INQUÉRITO, SEM QUE IMPLIQUE CERCEAMENTO DE DEFESA. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. (MS 20355/DF. Relator Ministro Rafael Mayer. Tribunal Pleno – STF. DJ 18.03.1983). (grifo nosso)

No caso da penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, este será encaminhado à autoridade competente, que decidirá também no prazo de 20 (vinte) dias (art. 167, § 1º da Lei 8.112/1990).

Já se houver mais de um indiciado e diversidade de sanções, o julgamento caberá à autoridade competente para a imposição da pena mais grave (art. 167, § 2º da Lei 8.112/1990).

Após ser proferido o julgamento pela autoridade competente e depois de transcorrido o prazo legal para interposição do pedido de reconsideração, encerra-se o processo administrativo disciplinar, independentemente de ter sido declarada a inocência ou culpa do servidor.

2.3 Das sanções disciplinares

Findo o julgamento do processo administrativo disciplinar pela autoridade competente e sendo determinada a aplicação de uma sanção ao agente processado, surge para o Estado a obrigação de punir o infrator. Diante disso, faz-se necessário tecer comentários acerca das sanções disciplinares aplicáveis aos servidores públicos.

Para Gasparini (2009, p. 1029) sanção disciplinar e pena disciplinar são expressões dotadas do mesmo significado e que possuem o seguinte conceito:

Sanção disciplinar é a pena imposta ao servidor público pelo cometimento de falta funcional ou pela prática de atos privados cuja repercussão leve desprestígio à Administração Pública a que pertence o servidor.

As penalidades disciplinares estão previstas na Lei 8.112/1990, em seu artigo 117 e são: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibições consideradas mais leves pela Lei 8.112/1990, as quais constam do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e nos casos de inobservância de dever funcional previsto em lei ou outras normas, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação de proibições que não tipifiquem infração sujeita a pena de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias. A suspensão poderá ser convertida em multa, quando houver conveniência para o serviço.

A demissão será aplicada para casos mais graves, os quais estão previstos no art. 132 da Lei 8.112/1990.

A cassação da aposentadoria ou da disponibilidade do inativo será determinada quando for detectada a prática pelo servidor, na atividade, de falta punível com a demissão.

A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

Destaca-se que, diante da existência de diversas normas existentes acerca do processo administrativo disciplinar, as infrações e as sanções disciplinares variam de acordo com os estatutos dos diversos entes federativos, podendo ser aplicado, no que couber, as disposições da Lei nº. 8.112/1990.

Nessa linha de raciocínio, Costa (2011, p.34) ensina que:

Não sendo o Direito Processual Disciplinar infenso à analogia, nada impede, sendo até mesmo aconselhável, que um nível de governo, quando forem silentes os seus regimentos disciplinares, recepcione normas oriundas de outros regulamentos de esfera diversa e aplique, por analogia, aos casos surgidos no interior de sua administração.

Vale destacar que as sanções disciplinares possuem função no processo administrativo disciplinar semelhante a das penas no processo penal, porquanto qualquer sanção disciplinar somente poderá ser aplicada após a comprovação da prática da infração funcional por meio de um devido processo legal, respeitados os direitos ao contraditório e a ampla defesa.

2.4 Do Direito ao Recurso e à Revisão

O Direito ao recurso tem fundamento na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV. Entretanto, a Lei 8.112/1990 não estabeleceu regras expressas para interposição de recursos. Diante disso, observar-se-á, no processo administrativo disciplinar, as regras gerais estabelecidas na Lei 9.784/1999.

Com efeito, caberá recurso das decisões administrativas, no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida, em face de razões de ilegalidade e de mérito.

O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual poderá fazer juízo de retratação no prazo de cinco dias ou o encaminhará à autoridade superior. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal em sentido contrário.

Vale destacar que a interposição de recurso administrativo, salvo disposição legal, independe de caução e, em regra, o recurso não tem efeito suspensivo.

No tocante à revisão do processo administrativo disciplinar, a Lei 8.112/1990 tratou expressamente sobre essa matéria em seus artigos 174 a 182, estabelecendo todas as regras desse procedimento.

Assim, o processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando houver fatos novos ou circunstâncias que justifiquem a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada. Havendo falecimento, ausência ou desaparecimento do servidor, qualquer pessoa da família poderá requerer a revisão.

Essa possibilidade de revisão do processo quando da descoberta de fatos novos está ligada ao fato de não haver preclusão no âmbito do processo disciplinar, homenageando o princípio da verdade real, o qual determina que a Administração deve investigar as provas em busca de descobrir aquilo que mais se aproxime da verdade.

Ressalta-se que a mera alegação de injustiça da penalidade não constitui fundamento para a revisão, que requer elementos novos que não tenham sido apreciados no processo originário, sendo o ônus da prova cabível ao requerente.

A revisão correrá em apenso ao processo originário, tendo a comissão revisora terá 60 (sessenta) dias para concluir os trabalhos. O prazo para julgamento será de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, sendo de competência da autoridade que aplicou a penalidade.

Caso a revisão seja julgada procedente, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição do cargo em comissão, que será convertida em exoneração. Salientando-se que a revisão do processo não poderá resultar agravamento da penalidade do servidor.

2.5 Da Prescrição

A prescrição da ação disciplinar resulta na extinção da punibilidade do servidor, determinando o registro desse fato nos assentamentos individuais do servidor, conforme previsto no art. 170 da Lei 8.112/1990. Entretanto, a prescrição não tem o intuito de proteger o agente infrator, mas sim impedir que a persecução da infração se perpetue, acarretando a instabilidade do serviço público.

O art. 112 da Lei 8.112/1990 diz que a prescrição é matéria de ordem pública, não podendo ser relevada pela Administração Pública, portanto, deve ser, inclusive, declarada de ofício pelo Poder Público.

A ação disciplinar possui diferentes prazos prescricionais, que são graduados de acordo com a gravidade da infração, assim, prescreverá: em 5 (cinco) anos, as infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

em 2 (dois) anos, as infrações puníveis com suspensão; e em 180 (cento e oitenta) dias, as infrações puníveis com advertência.

Esses prazos de prescrição começam a correr da data em que o fato se tornou conhecido, sendo que os prazos prescricionais previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

Impende destacar que a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente. A sindicância que pode interromper a prescrição é a que tem natureza processual, podendo resultar na aplicação da pena de advertência ou suspensão de até 30 dias. Portanto, a sindicância usada apenas para investigação de fatos, não dotada de contraditório e ampla defesa, não tem o condão de interromper o curso da prescrição.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PENA DE DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. ART. 142 DA LEI 8.112/90. **SINDICÂNCIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA.** PROCESSOS DISCIPLINARES ANTERIORES NULOS.

1. **É cabível a interrupção da prescrição, em face da instauração de sindicância, somente quando este procedimento sumário tiver caráter punitivo e não meramente investigatório ou preparatório de um processo disciplinar, pois, neste caso, dar-se-á a interrupção somente com a instauração do processo administrativo disciplinar, apto a culminar na aplicação de uma penalidade ao servidor.**

2. A Terceira Seção desta Corte tem entendimento no sentido de que o anterior processo administrativo disciplinar declarado nulo, por importar em sua exclusão do mundo jurídico e conseqüente perda de eficácia de todos os seus atos, não tem o condão de interromper o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal, que deverá ter como termo inicial, portanto, a data em a Administração tomou ciência dos fatos.

3. Transcorridos mais de 5 anos entre a data que a Administração tomou ciência da última irregularidade supostamente praticada pelo servidor e a data de instauração do processo administrativo que culminou na sua demissão, primeiro marco interruptivo prescricional, é de se entender prescrita a pretensão estatal de aplicar a pena de demissão ao impetrante.

4. Segurança concedida. (MS 13703/DF. Relator Ministra Maria Thereza de Assis Moura. S3 – Terceira Seção. STJ. DJe 07.04.2010. RSTJ, vol. 218, p. 491). (grifo nosso)

Caso o curso da prescrição venha a ser efetivamente interrompido, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção, conforme determina o art. 142, § 4º da Lei 8.112/1990.

Desta maneira, verifica-se que o prazo prescricional é interrompido com a abertura do processo administrativo disciplinar, prazo este que volta a contar após 140 (cento e quarenta)

dias da abertura do processo. Isso ocorre porquanto esse é o prazo máximo estabelecido pela Lei 8.112/1990 para encerramento do processo disciplinar, segundo entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado da Suprema Corte, o qual ilustra muito bem a questão, veja-se:

RECURSO ORDINÁRIO – **PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR** – SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – PENA DE DEMISSÃO – ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INOCORRÊNCIA – DESCONSIDERAÇÃO DE CAUSA INTERRUPTIVA INCIDENTE NO CURSO DO LAPSO PRESCRICIONAL (LEI Nº 8.112/90, ART. 142, § 3º) – INOVAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS DO PEDIDO – FUNDAMENTOS NÃO EXAMINADOS PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR – IMPUGNAÇÃO RECURSAL QUE NÃO GUARDA PERTINÊNCIA COM OS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO – OCORRÊNCIA DE DIVÓRCIO IDEOLÓGICO – INADMISSIBILIDADE – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - **A instauração do processo disciplinar qualifica-se como marco interruptivo da prescrição (Lei nº 8.112/90, art. 142, § 3º), cujo prazo recomeça a contar por inteiro após o transcurso do lapso temporal de cento e quarenta (140) dias que a Administração Pública tem para concluir o inquérito administrativo.** Precedentes. INCOINCIDÊNCIA TEMÁTICA ENTRE OS FUNDAMENTOS DA IMPETRAÇÃO E AQUELES QUE DÃO SUPORTE AO ACÓRDÃO IMPUGNADO. - Não é lícito ao impetrante, em sede recursal ordinária, inovar materialmente em sua postulação, para, nesta, incluir pedido formulado em bases mais amplas e com fundamento diverso daquele que foi originariamente deduzido quando do ajuizamento da ação de mandado de segurança. Precedentes. - A ocorrência de divergência temática entre as razões em que se apoia a petição recursal, de um lado, e os fundamentos que dão suporte à matéria efetivamente versada na decisão recorrida, de outro, configura hipótese de divórcio ideológico, que, por comprometer a exata compreensão do pleito deduzido pela parte recorrente, inviabiliza, ante a ausência de pertinente impugnação, o acolhimento do recurso interposto. Precedentes. (RMS 30716/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma – STF. Pub. 10.05.2013). (grifo nosso)

Desta forma, a partir do momento que a Administração toma conhecimento acerca de fatos ilícitos cometidos por agentes públicos começa a correr o prazo de prescrição. Esse prazo é interrompido pela instauração do processo disciplinar, tendo a Administração Pública o prazo de 140 (cento e quarenta) dias para conclusão do mesmo. Transcorrido o prazo de conclusão do processo disciplinar sem que a Administração tenha exercido o *jus puniendi*, o prazo prescricional do ilícito volta a correr sem interrupções, podendo resultar na prescrição do direito de punição do servidor.

3 A (DES)NECESSIDADE DA PRESENÇA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A temática sobre a presença do advogado no processo administrativo disciplinar é uma questão ainda bastante polêmica e que apresenta diversas facetas em suas abordagens pela lei, doutrina e jurisprudência.

Desta maneira, o presente capítulo destinar-se-á a investigar o principal tema deste trabalho, abordando-se, inicialmente, as disposições da Lei 8.112/1990 e da Lei 9.784/1999. Em seguida, tratar-se-á sobre a posição de diversos dos nossos melhores doutrinadores acerca da necessidade ou não da presença do advogado no processo administrativo. Por fim, analisar-se-á a necessidade da presença do advogado sob a óptica da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal (STF).

3.1 Disposições da Lei 8.112/1990 sobre a necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar

A Lei 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, aplica-se subsidiariamente, no que couber, aos processos administrativos disciplinares dos demais entes federativos, quando estes nada dispuserem sobre a matéria em questão, tendo em vista que a referida lei traz disposições específicas sobre o processo administrativo disciplinar.

José Armando da Costa (2011, p. 34) entende que “a obrigatoriedade dessa aplicação analógica resulta, entre nós, de comando expresso da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-lei 4.657/1942, art. 4º”.

Cumprido salientar que o Decreto Lei 4.657/1942 acima citado, antes denominado Lei de Introdução ao Código Civil, hoje se chama Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A Lei 8.112/1990 prevê expressamente a garantia aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa ao acusado em processo administrativo disciplinar:

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

No tocante à necessidade ou não da presença do advogado no processo administrativo disciplinar, a Lei 8.112/1990 assevera, em seu art. 156, que:

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

Em relação à revelia, que ocorre quando o réu, regularmente citado, não apresenta defesa, a Lei 8.112/1990 trata sobre esse tema em seu art. 164, *in verbis*:

Art. 164. Considera-se revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.

§ 1º A revelia será declarada, por termo, nos autos do processo e devolverá o prazo para a defesa.

§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

Verifica-se, pois, diante dos dispositivos da Lei 8.112/1990 acima mencionados, que a referida lei não determina a obrigatoriedade da presença de advogado constituído para apresentar defesa em prol do acusado, sendo facultativo que o servidor acompanhe pessoalmente seu processo ou por meio de procurador.

3.2 Disposições da Lei 9.784/1999 sobre a necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar

A Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, assim como a Lei 8.112/1990, também é uma lei federal e não uma lei geral, destinando-se a tratar apenas de normas relativas ao processo administrativo federal.

Entretanto, por tratar do processo administrativo, que é gênero da espécie processo administrativo disciplinar, essa lei pode ser utilizada nos processos administrativos disciplinares em caso de lacuna ou omissão em determinado aspecto desse tipo de processo que não esteja prevista na lei específica ou, ainda, ser utilizada de forma subsidiária.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 1057) fala que a Lei 9.784/1999 “tem caráter tipicamente federal, ou seja, destina-se a incidir apenas sobre a Administração Federal”.

Todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) podem legislar sobre sua matéria administrativa respectiva, portanto, podem fazer suas próprias leis

acerca da regulamentação dos processos administrativos, inclusive lei específica sobre processo administrativo disciplinar.

Não obstante determinada prerrogativa, caso determinado ente não utilize seu direito de editar lei específica que regule seu processo administrativo, a Lei 9.784/1999 pode ser utilizada de forma subsidiária ou complementar.

O art. 69 dessa mesma lei autoriza sua aplicação subsidiária, senão vejamos: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes subsidiariamente os preceitos desta lei”.

Lessa, (2009, p. 09) destaca que a aplicação subsidiária da Lei 9.784 em relação ao processo administrativo disciplinar só deve ocorrer de forma prudente e quando for adequada sua utilização:

Urge examinar o conteúdo da norma e aconselhar sua prudente e adequada aplicação nas lacunas dos processos administrativos disciplinares específicos. [...] É que, como se sabe, a aplicação subsidiária de uma norma geral só deve ocorrer quando a norma específica for silente.

A lei em tela, em seu art. 2º, também assegurou expressamente o direito à observância aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa:

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

Esse mesmo art. 2º, em seu parágrafo único, inciso I, da Lei do Processo Administrativo Federal determina que:

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;
[...]

Da análise do referido artigo, verifica-se que os processos administrativos devem pautar sua atuação conforme a lei e o Direito. Portanto, o processo disciplinar, por ser espécie do gênero processo administrativo, também deve pautar sua atuação conforme a lei e o Direito. Isso significa que o processo disciplinar deve observar as leis, normas e os princípios regentes do Direito, dentre eles o do contraditório e o da ampla defesa, sob pena de violação em seu procedimento.

Com efeito, conforme mencionado anteriormente, entende-se que para a plena observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa no processo disciplinar é mister a participação do advogado, posto que esse é o profissional dotado de capacidade técnica para fazer a defesa do acusado. Constatase, pois, que a não participação do advogado no processo disciplinar acarreta em prejuízo à defesa e a consequente nulidade do processo, em virtude da violação aos preceitos de Direito.

Voltando-se especificamente à questão da necessidade ou não da presença do advogado no processo administrativo disciplinar, a Lei 9.784/1999, em seu art. 3º, inciso IV, determina que:

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

[...]

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

Com efeito, constata-se que a Lei 9.784/1999 assegurou a facultatividade da presença do advogado para fins de processo administrativo, ressalvando os casos em que a lei exigir ser necessário a presença de um procurador.

3.3 Posição doutrinária em relação à (des)necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar

Inicialmente, informa-se que não há entre os doutrinadores posição unânime acerca da necessidade ou não da presença do advogado no processo administrativo disciplinar, haja vista que existem diversos entendimentos quanto a sua imprescindibilidade e quanto ao seu momento.

Ainda assim, nos dias de hoje, a grande maioria partilha do entendimento de que é uma faculdade do servidor acusado de fazer-se representar por advogado no processo administrativo disciplinar.

Entretanto, essa posição se deve muito mais pelo fato da existência da Súmula Vinculante nº 5, a qual estabelece esse entendimento, e pelo fato de a maioria dos defensores desse pensamento serem administrativistas, que falam de temas gerais do Direito Administrativo, sem se ater a grandes polêmicas como a referente à elaboração da súmula em análise.

Dentre esses doutrinadores encontram-se administrativistas de peso como: Hely Lopes Meirelles, Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho, dentre outros.

Nessa linha de raciocínio, Hely Lopes Meirelles (2003, p. 662) fala que: “é admissível a defesa pelo próprio acusado ou por advogado regularmente constituído para o processo”.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 323), na fase do inquérito, a comissão tomará todas as providências necessárias à produção das provas, “facultando-se ao servidor o direito de acompanhar o processo, pessoalmente ou mediante procurador constituído”.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2010, p. 639), na fase em que autodenomina “defesa”, o servidor deve “apresentar razões escritas, pessoalmente ou por advogado da sua escolha”.

Já José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 1080) discorre de maneira mais ampla acerca do tema e afirma que, por não haver o formalismo dos processos judiciais, o servidor pode comparecer sozinho ou representado por advogado munido do instrumento de procuração.

Em seguida, reafirma seu posicionamento de que o acompanhamento do processo pode ficar a cargo do servidor acusado, ao dispor que:

A defesa e o acompanhamento do processo podem ficar a cargo do próprio acusado, não sendo exigível que se faça representar por advogado; a representação por conseguinte, retrata uma **faculdade** conferida ao acusado. Aliás, tal faculdade está expressa no art. 3º, IV, da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo federal. [...] Assim, parece dissonante a doutrina que considera obrigatória a constituição de advogado. Da mesma forma, causa estranheza a posição do STJ que considera obrigatória, *genericamente*, a presença de *advogado* no processo administrativo. Trata-se de orientação que contraria a consagrada e, a nosso ver, acertada posição da doutrina, pela qual é lícito que o interessado assuma a sua própria defesa ou, até mesmo, que renuncie ao processo administrativo para posterior recurso à via judicial. (grifos originais)

O mesmo doutrinador (2010, p. 1081) fala, ainda, que entende ser inteiramente correto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) ao editar a Súmula Vinculante nº 5, e, por isso, entende que:

A defesa de acusado por advogado (*capacidade postulatória*) somente se torna exigível no processo judicial, foro, aliás, em que a presença do causídico se revela de fundamental importância. (grifo original)

Já de acordo com Nohara (2013, p. 293), a edição da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal foi o marco que determinou a facultatividade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar brasileiro, veja-se:

Até a edição da Súmula Vinculante 5, de 16.5.2008, era considerada obrigatória a presença de advogado em processo administrativo disciplinar, pois vigorava o seguinte conteúdo da Súmula 343 do STJ: “é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Por outro lado, conforme mencionado anteriormente, existem também grandes doutrinadores que discordam da posição de facultatividade da presença de advogado no processo administrativo disciplinar. Dentre esses doutrinadores encontram-se: Odete Medauar, Diógenes Gasparini, dentre outros.

Antes da edição da Súmula 343 do STJ e da Súmula Vinculante nº 5 do STF, Gasparini (2002, p. 872) entendia que: “Em todos esses atos o denunciado deve estar acompanhado de advogado, pois, do contrário, cremos não estar atendido o princípio da ampla defesa (art. 5, LV, da CF)”.

Mesmo após a edição dessas súmulas, esse doutrinador (2009, p. 1026), ao falar sobre a ampla defesa, ratificou seu entendimento de que entende ser obrigatória a presença de advogado no processo disciplinar, veja-se:

Consiste em reconhecer ao acusado o direito de saber que está e por que está sendo processado; de ter vista do processo administrativo disciplinar para apresentação de sua defesa preliminar; de indicar e produzir as provas que entender necessárias à sua defesa; de ter advogado quando for economicamente insuficiente;[...]

Ao comentar sobre o direito do acusado ter advogado no processo disciplinar, Gasparini (2009, p. 1026) disserta acerca da necessidade da presença de advogado:

Nessa linha, o STJ concedeu mandado de segurança preventivo em favor de servidor federal para obstar a prática de ato de demissão, já que durante a instrução de processo disciplinar não contara com a presença obrigatória de advogado constituído ou dativo. Veja a Súmula 343 do STJ, que preconiza a obrigatoriedade da presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Em sentido contrário prescreve a Súmula Vinculante n. 5, editada pelo STF.

Medauar (2008, p. 169) assevera que já se firmou entendimento no sentido da necessidade de defesa técnica em sede de processo administrativo disciplinar nos casos que possam resultar penas graves aos servidores.

No processo disciplinar, exige-se a defesa técnica. Por isso, o indiciado deve constituir advogado para assisti-lo no processo; se não o fizer, a Administração é obrigada a indicar advogado dativo sob pena de anulação do processo. Integram a garantia do contraditório, em especial: o advogado e o indiciado têm o direito de acompanhar o processo; têm direito a vista e cópia dos autos; o advogado

deve ser cientificado de todos os atos da instrução, com certa antecedência (em geral, mínimo de 48 horas). Integram a ampla defesa, nessa fase, em especial: o indiciado, arrolar e reinquirir testemunhas, solicitar e produzir provas e contraprovas, formular quesitos na prova pericial.

Para Dantas (2008, *on line*) é pacífico que a garantia do devido processo legal se estende aos processos administrativos disciplinares, tendo em vista que foi assegurada pela Constituição Federal também na área administrativa, veja-se:

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

Nessa linha de raciocínio, continua a mesma autora (2008, *on line*) discorrendo que:

[...] somente com a participação efetiva de profissional habilitado, o Advogado, é que se poderá garantir defesa ampla ao servidor processado, resguardando-se, com isso, o processo legal devido.

De acordo com Soares (2008, p.15), a participação do advogado em qualquer tipo de processo, administrativo ou judicial, é fundamental para efetivação da garantia constitucional da ampla defesa, veja-se:

O que, efetivamente, garante o contraditório no processo administrativo ou jurisdicional é a participação somada ao elemento consciência. Consciência deve ser encarado como elemento objetivo e caracterizador do contraditório, na medida em que se parte da presunção de que os partícipes da relação processual não possuem conhecimentos técnicos suficientes para entender as conseqüências jurídicas que seus atos processuais podem acarretar. Assim, quem age sem advogado no processo, está realmente abdicando de uma garantia constitucional, prevista no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República do Brasil.

Constata-se, pois, que há enorme embate doutrinário no tocante a necessidade ou não da existência de advogado no processo administrativo disciplinar, gerando espaço para o debate e amadurecimento do tema, que, ainda, é bem recente.

3.4 Posição do Poder Judiciário em relação à (des)necessidade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar

Inicialmente, destaca-se que, diante das penalidades aplicadas pela Administração Pública em decorrência de infração apurada em processo administrativo disciplinar (PAD), muitas pessoas, baseadas no princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, recorrem ao Poder Judiciário visando a anulação de suas penalidades sob alegações de irregularidades cometidas no PAD.

Cumpra salientar que ao Judiciário cabe a análise apenas de aspectos legais, assim, caso se constate a ocorrência de vícios de legalidade, como, por exemplo, violação a direitos e garantias fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa, decretar-se-á a anulação da penalidade em razão do vício constatado.

Salienta-se, outrossim, que é vedado ao Poder Judiciário adentrar nos aspectos de mérito da decisão proferida pela Administração Pública em processo administrativo disciplinar (PAD), porquanto é vedado ao Judiciário tratar sobre os aspectos de conveniência e oportunidade das decisões administrativas.

3.5 As Súmulas e sua importância para o Poder Judiciário

As Súmulas surgiram no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de reduzir a morosidade do Poder Judiciário, conferindo agilidade no julgamento dos processos através de decisões uniformes e céleres.

De acordo com Nery Júnior (1996, p. 77), a súmula pode ser conceituada como sendo um conjunto de enunciados que identificam a jurisprudência dominante em determinado tribunal, veja-se:

Ao conjunto das teses reveladoras da jurisprudência predominante no tribunal denomina-se, Súmula. Sua apresentação se dá sob a forma de verbetes numerados e sinteticamente enunciados.

Com o fito de elucidar o significado da palavra “jurisprudência”, recorre-se ao ensinamento de Djanira Maria Radamés de Sá (1996, p.44), note-se:

O vocábulo jurisprudência designa a circunstância de, em vários casos concretos, várias decisões se darem num único sentido, firmando o posicionamento uniforme com base na identidade.

Na mesma linha de raciocínio, Rocha (1997, p. 130) assevera que a súmula se apresenta em duas acepções, quais sejam:

Em dois sentidos se tem empregado. a palavra súmula no direito positivo brasileiro: no primeiro, tem-se a súmula como sendo o resumo de um julgado, enunciado formalmente pelo órgão julgador; no segundo, constitui ela o resumo de uma tendência jurisprudencial adotada, predominantemente, por determinado tribunal, sobre matéria específica, sendo enunciada em forma legalmente definida e publicada em número de ordem.

O Código de Processo Civil (Lei nº 5.869 de 11/01/1973) veio, em seu Capítulo I do Título IX, tratar da Uniformização da Jurisprudência nos Tribunais. O art. 479, caput, e seu parágrafo primeiro tratam especificamente da instituição das súmulas:

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

Desse modo, verifica-se que as súmulas são enunciados, decorrentes de reiteradas decisões tomadas no mesmo sentido pelos tribunais, que servem para orientar as decisões que se enquadrem nas mesmas situações.

3.6 As Súmulas Vinculantes e sua importância para o Poder Judiciário

A Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como “Reforma do Judiciário”, instituiu e alterou diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 no tocante a esse poder, dentre eles, acrescentou o art. 103-A que, conjuntamente com seus parágrafos, introduziu no ordenamento jurídico pátrio a famigerada Súmula Vinculante.

O mencionado dispositivo constitucional apresenta a seguinte redação, *in verbis*:

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

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

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

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

A Lei 11.417/2006 veio regulamentar o supracitado artigo, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dando outras providências relacionadas a essa matéria.

Alexandre de Moraes (2008, p. 566) lembra que a instituição da súmula vinculante no nosso ordenamento jurídico corresponde a uma tentativa de adaptar o modelo da *Common Law* – que em linhas gerais estrutura o direito baseando-se mais na Jurisprudência do que no texto da lei em si – para o nosso sistema da *Civil Law*, que orienta que as principais fontes do Direito adotadas aqui são as Leis; e, também, leciona que:

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Sobre a jurisprudência e a súmula do Supremo Tribunal Federal, discorreu Victor Nunes Leal, citado por Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 1104) que:

A jurisprudência da Súmula, embora não obrigatória para os outros Tribunais e Juízes, é indiretamente obrigatória para as partes, porque o interessado poderá fazê-la observar através do mecanismo dos recursos, enquanto não alterada pelo próprio Supremo Tribunal. E quanto a este a Súmula funciona como instrumento de autodisciplina propiciando tão alto grau de simplificação dos seus trabalhos que seria inviável ou prejudicial tentar alcançar o mesmo resultado por outro meio.

No entender de Rodrigo Jansen (2008, p. 657) a súmula vinculante pode ser conceituada como sendo:

A súmula vinculante (ou súmula de efeito vinculante) caracteriza-se por ser um enunciado sintético, geral e abstrato, com formato semelhante ao das súmulas não vinculantes, capaz de expressar a “ratio decidendi” comum às reiteradas decisões proferidas sobre matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cujo comando deverá ser seguido pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta, em todos os níveis da federação.

Com efeito, constata-se que as súmulas vinculantes são enunciados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mediante decisão de dois terços dos seus membros, decorrentes de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que possuem efeito vinculante em relação aos outros órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta de todos os entes federados.

Essa súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas em que haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre matéria idêntica.

Os legitimados que poderão propor a aprovação, revisão ou cancelamento da súmula vinculante são os mesmos que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. Entretanto, o art. 3º da Lei 11.417/2006, em seus incisos VI e XI, inclui entre os legitimados, respectivamente, o Defensor Público-Geral da União e 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.

No caso de haver contrariedade à súmula vinculante, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal (STF) que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula.

3.7 A Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça

A edição da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de 14 de setembro de 2007, teve o intuito de consolidar o entendimento deste Tribunal no sentido da necessidade da presença de advogado no processo administrativo disciplinar.

Observe-se o inteiro teor do enunciado da súmula: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

A referida súmula baseou-se nos seguintes precedentes para sua formulação: MS 10837/DF, RMS 20148/PE, MS 10565/DF, MS 9201/DF e MS 7078/DF.

Cumprido salientar que todos os precedentes utilizados pelo STJ para formulação do verbete da Súmula nº 343 tratam sobre a matéria disciplinar. Além disso, existiram diversos outros julgados nesse tribunal que, apesar de não utilizados como precedente direto, também seguiam o mesmo entendimento da necessidade de defensor no processo administrativo disciplinar.

Nesse sentido, Stênio Ribeiro de Oliveira e Allan Alexandre Mendes Gonçalves (2010, p. 39), após tratarem sobre os precedentes usados para a súmula em questão, revelam a existência de inúmeros julgados no mesmo sentido, veja-se:

Esses foram alguns julgados do STJ que seguiram a linha da obrigatoriedade do defensor no PAD, formando vultoso arcabouço jurisprudencial, o qual resultou corretamente na edição da súmula nº 343.

Ademais, o teor dessa súmula foi fundamentado sob os argumentos de que não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica.

Além disso, a constituição de advogado é elemento necessário à garantia constitucional ao direito à ampla defesa também no âmbito do processo disciplinar, que se materializa, nessa seara, não somente com a oportunização ao acusado de fazer-se representar por advogado

legalmente constituído no início do processo, mas também com a efetiva constituição de defensor durante todo o seu desenvolvimento.

Entretanto, salienta-se que pouco tempo após a edição da súmula em debate, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula Vinculante nº 5, a qual possui enunciado totalmente antagônico com o da súmula em tela, fazendo com que a maioria dos doutrinadores compreendam que houve perda da eficácia dessa súmula do STJ.

3.8 A Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou, no dia 07 de maio de 2008, por meio de votação unânime em sessão plenária, a Súmula Vinculante nº 5, a qual possui o seguinte conteúdo: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Percebe-se, pois, como já mencionado anteriormente, que o conteúdo apresentado na Súmula Vinculante em questão veio a chocar-se frontalmente com a disposição consolidada na Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual estabelece que: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

A Súmula Vinculante em questão fora editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) após o julgamento do Recurso Extraordinário 434.059-3/DF, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e pela União, com fundamento no art. 102, III, “a” da Constituição Federal (CF), por alegada violação dos arts. 5º, LV e 133, ambos também da CF, contra acórdão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que concedeu Mandado de Segurança à recorrida, servidora pública do INSS, declarando nula uma portaria lavrada pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social – a qual determinava a demissão da funcionária recorrida – reintegrando-a ao cargo anteriormente ocupado.

Impende destacar que o art. 5, LV da CF assegura o direito aos princípios do contraditório e da ampla defesa; e o art. 133 da CF assevera que o advogado é indispensável à administração da justiça.

Para fins de elucidação do caso em questão, colaciona-se a ementa do Mandado de Segurança (MS) nº 7.078/DF, julgado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que resultou na interposição do Recurso Extraordinário 434.059-3/DF, veja-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO E DE DEFENSOR DATIVO.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou de defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.
2. Ordem concedida. (MS 7078/DF. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. S3 – Terceira Seção. STJ. Julg. 22.10.2003. DJe 09.12.2003).

Como fundamento de seu voto, o Ministro Hamilton Carvalhido, relator do MS 7.078/DF do STJ, defende ser necessária a presença do advogado como forma de assegurar o direito à ampla defesa, ao relatar que:

No que diz respeito à ocorrência de cerceamento de defesa, é de se reconhecer que durante a instrução do inquérito, a impetrante não se viu acompanhar de defensor constituído, que, ao nosso ver, é imperativo constitucional, com o qual não se compatibiliza a auto-defesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito. [...]

E o Excelso Supremo Tribunal Federal já decidiu que ampla defesa significa dar ao réu todas as oportunidades e meios que a lei lhe propicia para defesa (RT 688/384). A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, por óbvio, é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

Em decorrência dessa decisão em sede Mandado de Segurança, os recorrentes – INSS e União – interuseram recursos extraordinários, os quais foram consolidados no RE 434.059-3/DF, sob alegação de que houve atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa e de prescindibilidade da presença de advogado, baseando-se no art. 156 da Lei 8.112.1990, que dispõe que:

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

Já o Recurso Extraordinário 434.059-3/DF possui ementa com o seguinte teor:

Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE 4340593/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. STF. Julg. 07.05.2008. DJe 12.09.2008).

Além do supracitado Recurso Extraordinário, os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) utilizaram outros três precedentes para fundamentar seus votos para julgamento desse recurso extraordinário e também para posterior formulação da súmula em debate.

O primeiro precedente trata-se do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 207.197-8/PR, o qual possui a seguinte ementa:

A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável à atuação do advogado. (AI 207197 AgR/PR. Relator Ministro Octavio Gallotti. Primeira Turma. STF. Julg. 24.03.1998. DJ 24.03.1998).

Cumprido destacar que a matéria sob análise nesse precedente tratava de questão fiscal, possuindo natureza tributária, não podendo, assim, servir como precedente para a Súmula Vinculante nº 5, por não se referir à seara disciplinar.

Já o segundo precedente usado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para fundamentar a formulação da Súmula Vinculante nº 5 foi o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 244.027/SP, o qual exibe a seguinte ementa:

Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada à oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória. (RE 244027 AgR / SP. Relatora Ministra Ellen Gracie. Primeira Turma. STF. Julg. 28.05.2002. DJ 28.06.2002).

Impende destacar, que esse Recurso Extraordinário nº 244.027/SP juntamente com o Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF são os únicos dos precedentes usados pela STF para a edição da Súmula Vinculante nº 5 pelo STF que envolveram questões sobre matéria de natureza disciplinar.

No tocante ao terceiro precedente, trata-se do Mandado de Segurança nº 24.961-7/DF, o qual apresenta a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. **TOMADA DE CONTAS ESPECIAL**: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO.

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

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

III. – Mandado de Segurança indeferido. (MS 249617/DF. Relator Ministro Carlos Velloso. Tribunal Pleno. STF. Julg. 24.11.2004. DJ 04.03.2005). (grifo nosso)

Esse terceiro precedente se referia a processo de tomada de contas especial – conforme destacado na ementa acima – não tratando de matéria de infração disciplinar, desta forma, entende-se que não poderia também ser utilizado como precedente para a formulação da Súmula Vinculante nº 5 pelo STF.

Em relação à fundamentação apresentada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) para justificar seus votos emanados no Recurso Extraordinário 434.059-3/DF, houve diversas linhas apresentadas, mas que, ao final, todas resultaram no provimento do referido recurso e posterior aprovação da súmula em questão.

Diante disso, apresentar-se-á, a seguir, os principais pontos apresentados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) em seus votos que resultaram na formação do seu convencimento.

O Ministro Gilmar Mendes, que era o presidente da Suprema Corte nessa época, foi o relator do caso e entendeu que o STJ violou os artigos 5º, LV e 133 da Constituição Federal (CF), asseverando que:

Por si só, a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo com habilitação não importa nulidade de processo administrativo disciplinar [...]

Ressalta-se que mesmo em determinados processos judiciais – como no *habeas corpus*, na revisão criminal, em causas da Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais – esta Corte assentou a possibilidade de dispensa da presença de advogado. [...]

Nesses pronunciamentos, o Tribunal reafirmou que a disposição do art. 133 da CF não é absoluta, tendo em vista que a própria Carta Maior confere o direito de postular em juízo a outras pessoas. (grifos originais)

Após o voto do presidente e relator, votou o Ministro Menezes Direito, acompanhando o voto do relator, destacando que:

A jurisprudência do Supremo é claríssima, com essa mesma orientação, sem ser necessário acrescentar que a lei especial de regência expressamente faz a indicação dessa possibilidade do próprio servidor manifestar sua defesa, que, no caso, sob julgamento, de fato, ocorreu; o servidor foi notificado e não quis.

Em seguida, foi a vez da Ministra Carmen Lúcia, que emanou seu voto fundamentando-o na doutrina e registrando que:

Se analisarmos as obras e as monografias, veremos que este é um capítulo muito específico hoje. A doutrina tem entendido que só em dois casos o servidor poderia falar: quando alega e comprova que a questão é complexa, exige certo conhecimento que escapa ao que lhe foi imputado, vindo a manifestar-se como inapto para exercer

a autodefesa; e nos casos especificados, em que essa facultatividade não seria bastante para não se ter mais do que um simulacro de defesa.

Adiante, votou o Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhou integralmente o voto do relator, asseverando que:

[...] desde que veio à tona, pela primeira vez, o conceito de devido processo legal, o *due process of law* na constituição norte-americana de 1787, a doutrina entende que a defesa técnica integra efetivamente este devido processo legal. Trata-se, no entanto, de uma faculdade que deve ser colocada à disposição do acusado, daquele que responde a processo judicial ou administrativo, basta que seja intimado, para que possa, em querendo, oferecer a defesa, então não haverá nenhuma nulidade. (grifos originais)

O Ministro Joaquim Barbosa votou em seguida, igualmente acompanhando o relator do recurso, e sugerindo a adoção de súmula vinculante ao caso em questão.

Em seguida, votou o Ministro Carlos Britto, que também acompanhou o voto do relator, salientando que:

[...] a presença obrigatória do advogado se faz no processo judicial, porque a “Seção III” do “Capítulo IV” sobre as “FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA” deixa claro (art. 133) que “o advogado é indispensável à administração da justiça,” sendo que justiça, aqui, no “Capítulo IV”, significa função jurisdicional, ou seja, quando a Constituição no “Capítulo IV” diz das “FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA”. [...]

[...] o conteúdo do devido processo legal que se lê no inciso LV do art. 5º, que não incorpora nos processos administrativos a defesa técnica, a obrigatoriedade da defesa técnica do advogado.

A tese contrária implicaria mais do que a ampla defesa, e sim uma amplíssima defesa, ou seja, uma defesa transbordante. (grifos originais)

Em seguida, continuando seu voto, o mesmo Ministro Carlos Britto mostrou preocupação com decisões contrárias a essa apresentada no RE 434.059-3/DF, porquanto, em sua concepção, surgiria a seguinte realidade:

É que 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 esta se veria, sem dúvida, numa situação de asseveramento, digamos assim, porque não só defenderia os necessitados, que é o seu dever precípua, a sua função específica, como também defender todos os servidores públicos processados que não optarem pela nomeação de procurador nos autos.

Já o Ministro Cezar Peluso, acompanhando o voto do relator, fixou seu ponto de vista afirmando, inicialmente, que o art. 133 da CF não tem pertinência com o assunto, visto que se refere ao exercício da função jurisdicional, e, em seguida, teceu comentários acerca do princípio do contraditório, ressaltando que:

O que a Constituição, no inciso LV, assegura é o contraditório, que se traduz na garantia da possibilidade de uma intervenção eficaz e tempestiva, sobretudo, hoje, explicada a título de colaboração na formação do ato-total da decisão. [...]

Ora, a oportunidade, como tal, é concedida no processo administrativo. E, não apenas no processo administrativo, mas em todos os processos, e é admitida a título de ônus, não a título de obrigação. Portanto, é comportamento único e necessário para a obtenção de certa vantagem. O interessado o exercerá ou não, segundo suas conveniências pessoais. Por isso, nunca, jamais se cogitou da nulidade eventual de processo civil em que o réu seja revel, de revelia absoluta. Ele é citado, não comparece, porque não lhe convém comparecer, porque não quer, mas nem por isso o processo é nulo por suposta ofensa ao princípio do contraditório.

Posteriormente, a Ministra Ellen Gracie, também acompanhando o voto Ministro-relator, manifestou entendimento no sentido de que o servidor que é acusado em processo administrativo disciplinar tem assegurado seu direito de defesa, podendo exercê-lo tanto pessoalmente quanto por meio de procurador, falando, a seguir, da defesa a luz da Lei 8.112/1990.

A Lei 8.112 prevê ainda que na hipótese em que haja revelia - portanto, que ele não exercite nem pessoalmente nem indique quem o defenda -, a própria administração encarrega-se de lhe dar um defensor dativo. E o dispositivo é expresso e preciso ao exigir que esse defensor dativo seja outro servidor ao menos do mesmo nível do acusado, portanto, garantindo, assim, que essa defesa não seja **pro forma**, mas uma defesa qualificada. (grifo original)

Por fim, manifestou-se o Ministro Marco Aurélio, igualmente acompanhando o voto do relator, aduzindo que o art. 133 da CF diz respeito ao processo judicial e não ao processo administrativo, e, desta forma, conduziu seu voto observando que:

No caso, observamos que o art. 156 da lei regeadora das relações entre a Administração Pública Federal e os prestadores de serviços, a Lei nº. 8.112/90, viabiliza a atuação direta, no processo administrativo disciplinar, do próprio servidor ou o credenciamento de procurador que, necessariamente, não tem de ser advogado, não havendo reserva de mercado para a Advocacia, podendo ser um terceiro que possua habilidade suficiente, segundo o interessado, a defendê-lo.

Diante do teor dos votos acima expostos, verifica-se que, embora haja diversas fundamentações apresentadas pelos Ministros do Supremo, todos eles votaram no sentido de reconhecer a desnecessidade da presença de advogado ou defensor constituído em sede de processo administrativo disciplinar.

Desta maneira, ao final da votação, o Ministro Gilmar Mendes, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e também relator do RE 434.059-3/DF, revelou que, assim como outros Ministros da Suprema Corte, como Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, entendia que a matéria tratada reclamava a edição de uma súmula vinculante, haja vista a existência da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sentido contrário.

Ao iniciar os debates, o Ministro Marco Aurélio reconheceu a importância de se avançar na formulação do verbete de uma súmula vinculante, entretanto, destacou a necessidade de se observar o procedimento previsto na Constituição Federal que requer reiterados pronunciamentos sobre matéria constitucional para fins de edição da referida súmula.

Com isso, iniciou-se um debate acerca da necessidade ou não de haver reiteradas decisões para formulação de súmula vinculante no caso em debate.

A tese que prevaleceu foi a de que, diante da constatação da existência de precedentes no STF e de haver, no caso específico, súmula de outro tribunal superior (STJ) em sentido contrário, restaria caracterizada a autorização para formulação de verbete vinculante.

Assim, com o fim dos debates e com a concordância de todos os ministros, o presidente do STF proclamou a edição da Súmula Vinculante nº 5, cuja redação é a seguinte: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Em que pese o entendimento consolidado pelos Ministros da Suprema Corte, compreende-se que não restou caracterizada a existência de reiteradas decisões constitucionais sobre o caso na referida Corte, porquanto, muito embora houvesse, sim, precedentes nessa Casa, eles eram apenas 4 (quatro), quais sejam: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 207.197-8/PR, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 244.027/SP, Mandado de Segurança nº 24.961-7/DF e o próprio RE 434.059-3/DF.

E, ainda, como já dito anteriormente, apenas dois desses quatro precedentes utilizados pelo STF para a formulação da Súmula Vinculante nº 5 tratavam sobre matéria de questão disciplinar.

Nesse sentido, Stênio Ribeiro de Oliveira e Allan Alexandre Mendes Gonçalves (2010, p. 46) discorrem que a falta de precedentes sobre a matéria específica – procedimentos disciplinares – não autorizaria a formulação da súmula vinculante em estudo, veja-se:

[...] a edição da referida súmula com tamanha urgência não pode ser justificada, pois da análise dos precedentes da Súmula Vinculante nº 5, realizada nos subitens anteriores, constata-se que apenas dois deles referem-se a procedimentos disciplinares, dos quais se pode auferir sobre a defesa técnica no Processo Disciplinar duas situações distintas.

Percebe-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal (STF) violou o art. 103-A da CF, o qual determina como um dos requisitos para edição de verbete vinculante a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, veja-se:

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

Verifica-se, assim, que, ao contrário da Súmula nº 343 do STJ, a qual contou com vasta sustentação jurisprudencial, a Súmula Vinculante nº 5 do STF, fundou-se em apenas quatro precedentes, sendo que somente dois se referiam a matéria disciplinar, não possuindo razoável sustentação jurídica.

Nessa linha de pensamento, Niemann, citado por Stênio Ribeiro de Oliveira e Allan Alexandre Mendes Gonçalves (2010, p. 47), assevera que:

O nosso entendimento é no sentido de que a Súmula Vinculante nº 5 não tem lastro razoável em precedentes na forma que estabelece a Constituição. Os seus precedentes não superam aqueles que lastreiam a Súmula 343 do STJ.

Não obstante à violação constitucional cometida pelo Supremo, constata-se também que essa decisão do STF foi demasiadamente rápida, pois, como já dito anteriormente, foi tomada ao final do julgamento do RE 434.059-3/DF, causando, no mínimo, estranheza a velocidade do *decisum* em análise.

Ocorre que, com a formulação da Súmula nº 343 pelo STJ, que determinava a obrigatória presença de advogado no processo administrativo disciplinar, vários processos foram protocolados no Poder Judiciário pleiteando a anulação de penalidades impostas pela Administração Pública em processos administrativos disciplinares em que os servidores não estavam assistidos por advogados.

Além disso, esse entendimento do STJ poderia dar ensejo também a inúmeras outras demandas, já que milhares de servidores públicos federais foram demitidos nessa situação – por meio de processo disciplinar em que não foram assistidos por advogado – fato que poderia possibilitar a reintegração ao cargo desses servidores demitidos, além do direito aos salários atrasados referentes ao período em que estiveram afastados.

Assim, a decisão do Supremo acabou confirmando a validade de todos os processos administrativos disciplinares que determinaram penalidades contra servidores públicos que não estavam assistidos por advogados, “resolvendo” o possível problema que teria a Administração Pública para ressarcir os servidores em caso de anulação desses processos disciplinares.

Nesse sentido, Cavalcante Filho (2008, p. 149) atesta que a “rapidez” da decisão do STF está relacionada com a necessidade de por fim aos processos de revisão de penalidades administrativas de servidores que foram punidos em processos disciplinares que não foram assistidos por advogado, veja-se:

É certo, entretanto, que a “pressa” do STF em aprovar a súmula não é sem justificativa: após a edição pelo STJ da Súmula nº. 343 (que exigia a presença de advogado), muitos servidores ou ex-servidores que não conheciam essa posição do Tribunal Superior correram para tentar anular as punições disciplinares eventualmente sofridas sem a assistência de advogado. (grifos originais)

Na mesma linha de raciocínio, Antonio Sérgio Baptista e Samir Maurício Andrade (2008, p. 12), dissertam sobre a finalidade da decisão do STF em editar a referida súmula vinculante, observa-se:

A surpresa é maior quando se conclui, sem grande esforço de intelecção, que a Súmula Vinculante nº 5 foi editada com a finalidade única de *salvar* o Governo Federal de delicada situação decorrente da falta de observância do rigor da Lei, respaldado em posicionamento manifestado pelo ilustre Advogado-Geral da União, José Antonio Dias Toffoli, que, ao defender a não-obrigatoriedade da presença do advogado no processo administrativo, advertiu que na hipótese de consolidar-se o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 343), haveria o risco de servidores demitidos “voltarem a seus cargos com poupança, premiados por sua torpeza”. (grifos originais)

Diante das peculiaridades apresentadas acima, as quais levaram os Ministros do STF à elaboração da Súmula Vinculante nº 5, percebe-se que houve, no caso em espécie, uma decisão política, em detrimento do melhor entendimento sobre a matéria, que seria assegurar aos acusados em processo administrativo a efetividade dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, através da obrigatoriedade da presença do advogado no processo disciplinar.

Ademais, a presença de advogado é essencial nos casos de questões complexas, haja vista que só assim o direito de manifestação será exercido de forma ampla e correta pela parte, pois, pelo fato de ser leiga, não possui capacidade técnica para se defender ou se posicionar em relação a questões jurídicas, o que acarretaria em prejuízo e conseqüente nulidade do processo.

Nessa esteira de raciocínio, Dantas (2008, *on line*), discordando da decisão do Supremo Tribunal Federal, disserta que:

Com a devida vênia ao entendimento sumulado pela Suprema Corte Brasileira, é de se reconhecer que a ausência do profissional habilitado na instrução do feito disciplinar poderá importar na supressão de garantias ao processado, a ponto de chegar-se à invalidação do feito por violação ao devido processo legal.

É certo que a súmula em destaque não proíbe a presença do advogado no processo administrativo disciplinar, facultando sua participação. Entretanto, a ausência do advogado poderá resultar em enorme prejuízo à defesa da parte, portanto, a presença do advogado é de fundamental importância para efetivar uma adequada defesa ao acusado.

Sobre a importância do advogado no processo administrativo disciplinar, Alberto Aparecido Gonçalves de Souza (2012, p. 423) fala que:

Sem o advogado, o direito de manifestação do servidor resume-se às questões fáticas e, por óbvio, não serão impugnadas eventuais infrações por parte da administração aos princípios informadores do processo administrativo disciplinar, tais como, da oficialidade e da verdade material, da publicidade, do Juiz natural e da motivação.

Em relação à importância do advogado no Processo Administrativo Disciplinar, Juarez Gomes Nunes Júnior (2009, *on line*) ressalta que a presença do advogado serve para efetivar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, veja-se:

Não entende-se como “estanque” o comando da tão famosa súmula do STF. Disse o julgador (ou será legislador?), que a ausência do advogado no Processo Administrativo Disciplinar não ofende a constituição. Observe que se a ausência do defensor técnico não ofende a constituição, muito menos ofende a presença de tal operador do direito, visto que sua atividade, quando revestida de eficiência e efetividade, homenageia majestosamente o sagrado princípio da ampla defesa e do contraditório.

Continuando essa linha de pensamento, Antonio Sérgio Baptista e Samir Maurício Andrade (2008, p. 12) dissertam sobre a importância da presença do advogado para fins de assegurar os direitos constitucionais do contraditório e ampla defesa, observa-se:

Sem as ressalvas peculiares, que resultam da própria legislação extravagante e dos comandos hospedados na Constituição Federal, encontramos-nos muito próximos do Absolutismo, já que o estado se vale de um poder totalitário disciplinar para afastar o exercício de uma garantia constitucional – o contraditório e a ampla defesa – no âmbito administrativo, por meio do único profissional habilitado para isso, inclusive reconhecido constitucionalmente: o ADVOGADO. (grifos originais)

Diante disso, constata-se que o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal acabou por enfraquecer o Estado Democrático de Direito, porquanto limita o exercício da garantia constitucional dos princípios do contraditório e ampla defesa no âmbito do processo administrativo através do advogado, o qual é o profissional habilitado para exercer esse mister.

Por fim, cumpre destacar questão espinhosa que se apresenta diante da edição dessa famigerada súmula vinculante. Como proceder diante de um caso em que um servidor, cujo

regime jurídico obriga a presença de advogado no processo administrativo disciplinar, que está sendo acusado de cometer uma infração disciplinar?

Verifica-se que, no caso em questão, deve prevalecer a disposição prescrita na lei, porquanto a dimensão de legitimidade da lei transcende o comando sumular, assim, a súmula não vai ter o condão de suprimir a garantia disposta na norma.

Ora, essa súmula possui efeito vinculante somente em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, não vinculando o Poder Legislativo na sua função precípua.

Portanto, quando determinado regime jurídico prever a obrigatoriedade da presença de advogado no processo disciplinar, esta disposição deve ser observada. Aliás, entende-se que a obrigatoriedade da presença de advogado – profissional qualificado para a defesa do acusado no processo disciplinar – é elemento necessário para efetivar as garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa.

CONCLUSÃO

No presente trabalho monográfico, tivemos como objetivo geral analisar se há ou não necessidade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar, e como objetivos específicos: definir os conceitos de direito e processo disciplinar; analisar os elementos formadores do processo administrativo disciplinar; discorrer sobre o disposto na Súmula 343 do STJ e na Súmula Vinculante nº 5 do STF acerca da presença do advogado no processo administrativo disciplinar; e verificar se houve violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa por meio da edição da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal.

No desenvolvimento do estudo, seguimos do geral para o específico, tendo sido, no primeiro capítulo, realizado um estudo sobre o Direito e o Processo Disciplinar, no qual, inicialmente, descrevemos o conceito e as principais características do poder disciplinar, do direito disciplinar e do regime disciplinar.

Em seguida, discorreu-se sobre o Processo Administrativo Disciplinar, o qual é o meio utilizado pela Administração Pública para apurar e punir as faltas praticadas pelos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional da Administração.

Analisou-se, também, os princípios constitucionais relativos à Administração Pública que também se aplicam ao processo disciplinar, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além dos princípios específicos referentes ao Processo Administrativo Disciplinar: princípio da oficialidade, princípio do formalismo moderado, princípio da verdade real, princípios do contraditório e ampla defesa, princípio da celeridade e princípio do devido processo legal.

Já no segundo capítulo, continuou-se a abordagem acerca do Processo Administrativo Disciplinar, tratando-se, primeiramente sobre os sujeitos da relação processual disciplinar, verificando-se que a Administração Pública acumula as funções de parte interessada e órgão julgador; e que o servidor público, ao qual é imputada a conduta ilícita, possui a função de réu no processo disciplinar.

Logo após, apresentou-se as fases do Processo Administrativo Disciplinar. Informando-se que não há unanimidade entre os doutrinadores em relação a quais são as fases do PAD, havendo divergência, inclusive, em relação à nomenclatura delas. Entretanto, ao se fazer uma análise detida sobre as mesmas, verifica-se que, em que pese a discordância dos doutrinadores, todos entendem que o PAD se desenrola em cinco etapas.

Assim, nesse trabalho, explicitou-se as fases do PAD com base no disposto na Lei 8.112/1990, que determina que o Processo Administrativo Disciplinar possui as seguintes fases: instauração, inquérito administrativo – que se desenvolve em instrução, defesa e relatório – e julgamento.

A instauração é a fase inicial do Processo Administrativo Disciplinar, o qual só pode vir a ser deflagrado caso exista um fato que indique a possibilidade de punição do acusado, o qual deve ser um agente público ou pessoa sujeita à disciplina da Administração Pública.

A fase da instrução é aquela em que se constitui a comissão processante do PAD e na qual é realizada a elaboração do conjunto probatório que servirá de fundamento para a decisão acerca da prática ou não da suposta infração disciplinar pelo funcionário público.

Já na fase da defesa, o indiciado será notificado para apresentar defesa escrita. Em seguida, a comissão processante procederá à elaboração do relatório sobre o caso, descrevendo suas conclusões sobre a apuração dos fatos e, concluindo pela responsabilidade ou inocência do indiciado.

A última fase do PAD é a do julgamento, na qual a autoridade competente poderá adotar tipificação diversa da contida no relatório final do PAD, visto que o indiciado se defende dos fatos que se lhes são imputados e não da infração em si.

Após a abordagem das fases do PAD, passou-se a falar sobre as sanções disciplinares, que são as penas impostas pela Administração Pública aos servidores em virtude do cometimento de falta funcional. A Lei 8.112/1990 prevê as penalidades disciplinares em seu art. 117, classificando-as em advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

Adiante, tratou-se do direito ao recurso e à revisão do Processo Administrativo Disciplinar. Em relação ao direito ao recurso, que tem fundamento no art. 5º, LV da Constituição Federal, viu-se que é cabível nos casos de vícios de ilegalidade e de mérito cometidos no PAD.

Já o direito à revisão está expressamente previsto na Lei 8.112/1990, em seus artigos 174 a 182. De acordo com o regramento estabelecido por esses artigos, o Processo Administrativo Disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando existirem fatos novos ou circunstâncias que justifiquem a inocência do punido ou a inadequação da penalidade imposta.

No tocante à prescrição em matéria disciplinar, esta é matéria de ordem pública, não podendo ser relevada pela Administração Pública, devendo, inclusive, ser declarada de ofício pela Administração, resultando na extinção da punibilidade do acusado.

De acordo com a Lei 8.112/1990, a ação disciplinar possui diferentes prazos prescricionais, graduados de acordo com a gravidade da infração, prescrevendo: em 5 (cinco) anos, as infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; em 2 (dois) anos, as infrações puníveis com suspensão; e em 180 (cento e oitenta) dias, as infrações puníveis com advertência.

No terceiro capítulo, tratou-se especificamente sobre a necessidade ou não da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar, analisando a questão com base no ordenamento jurídico, na doutrina e na jurisprudência referentes ao assunto.

Inicialmente, analisou-se as disposições das Leis 8.112/1990 e 9.784/1999 acerca da necessidade ou da presença do advogado no PAD. Constatou-se que ambas as leis determinam que é facultativa a presença do advogado no processo administrativo disciplinar, ressalvando-se os casos em que a lei exigir a presença de um procurador.

Em seguida, passou-se a análise da posição dos doutrinadores acerca da necessidade ou não da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar. Verificou-se que a doutrina não é unânime em relação a essa questão. Na verdade, o tema mostrou-se bastante controverso, encontrando-se diversas opiniões tanto contrárias quanto a favor da necessidade da presença do advogado no PAD.

Aqueles que entendem que não há uma obrigatoriedade da presença do advogado no PAD, sendo, portanto, facultativa a presença do advogado, defendem que, com a formulação da Súmula Vinculante nº 5 do STF, que revogou a Súmula 343 do STJ, não há mais que se falar em obrigatoriedade da presença do advogado.

Já os que entendem que é obrigatória a presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar, defendem que a ausência do advogado no processo disciplinar

causa prejuízo a defesa do acusado, ensejando, assim, em uma violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Adiante, direcionou-se os trabalhos ao estudo da Súmula nº 343 do STJ e da Súmula Vinculante nº 5. A referida súmula do STJ dispõe que é obrigatória a presença de advogado no processo administrativo disciplinar. Já a mencionada súmula do STF dispõe o contrário, ou seja, que é facultativa a presença do advogado no processo administrativo disciplinar.

Informou-se que a Súmula Vinculante nº 5 do STF, que dispõe ser facultativa a presença do advogado no processo administrativo disciplinar, foi elaborada após o final do julgamento do Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, sendo utilizados também como precedentes para formulação da súmula os seguintes julgados: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 207.197-8/PR, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 244.027/SP, Mandado de Segurança nº 24.961-7/DF.

Mostrou-se que apenas dois dos quatro precedentes utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para a formulação da Súmula Vinculante nº 5 tratavam sobre matéria de questão disciplinar.

Desta forma, a ausência de reiterados precedentes sobre a matéria específica, procedimentos disciplinares, não autoriza a formulação de uma súmula vinculante, haja vista que resulta em violação ao art. 103-A da CF, o qual determina como um dos requisitos para edição de verbete vinculante a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Além disso, Não obstante à violação constitucional cometida pelo Supremo, constata-se também que essa decisão do STF foi demasiadamente rápida, pois, como já dito anteriormente, foi tomada ao final do julgamento do RE 434.059-3/DF, causando, no mínimo, estranheza a velocidade do *decisum* em análise.

Ocorre que, com a formulação da Súmula nº 343 pelo STJ, que determinava a obrigatória presença de advogado no processo administrativo disciplinar, vários processos foram protocolados no Poder Judiciário pleiteando a anulação de penalidades impostas pela Administração Pública em processos administrativos disciplinares em que os servidores não estavam assistidos por advogados.

Além disso, observou-se que o entendimento formulado pelo STJ poderia resultar em inúmeros processos judiciais de servidores públicos que foram demitidos por meio de processo disciplinar em que não foram assistidos por advogado. Essa situação poderia possibilitar a reintegração ao cargo dos servidores demitidos, além do direito aos salários

atrasados referentes ao período em que estiveram afastados, o que causaria um enorme prejuízo à Administração Pública.

Com efeito, a decisão do STF acabou confirmando a validade de todos os processos disciplinares que determinaram penalidades a servidores públicos que não estavam assistidos por advogados, acabando com o provável problema que a Administração Pública teria para ressarcir os servidores em caso de anulação desses processos em questão.

Verifica-se, pois, que a decisão do Supremo em elaborar a Súmula Vinculante nº 5 foi uma decisão política relacionada com a necessidade do Poder Público de acabar com os processos de revisão de servidores que foram punidos em processos disciplinares que não foram assistidos por advogado.

Por fim, percebeu-se que a presença do advogado é essencial no Processo Administrativo Disciplinar, já que a parte, por não possuir capacidade técnica para se defender ou se posicionar em relação a questões jurídicas ou outros tipos de questões complexas, seria prejudicada em sua defesa, por não poder exercê-la de forma ampla e correta, podendo acarretar, inclusive, em nulidade do processo.

Em conclusão, verifica-se que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 5, dispondo que é facultativa a presença do advogado no processo disciplinar, resultou no enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que limitou o exercício das garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa no âmbito do processo administrativo.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Antônio Sérgio; ANDRADE, Samir Maurício. **Súmula vinculante nº 5:** lamentável retrocesso. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, ano XII, nº 276, página 12, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado 1988.

_____. Lei 4.215, de 27 de abril de 1963. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Publicado no **D.O.U.** de 11.6.1963.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Publicado no **D.O.U.** de 17.1.1973.

_____. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Publicado no **D.O.U.** de 19.4.1991.

_____. Lei 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Publicado no **D.O.U.** de 05.7.1994.

_____. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Publicado no **D.O.U.** de 11.3.1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. MS n. 13083/DF. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. MÉDICO DO INSS E DO ESTADO DE TOCANTINS [...] para não se consolidar ex ope temporis a situação do Servidor. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 04 de junho de 2009. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 19741/MT. RECURSO ORDINÁRIO. DISCIPLINAR. MÉRITO ADMINISTRATIVO [...] Recurso ordinário provido. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 31 de março de 2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19224/MT. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MILITAR. DEMISSÃO [...] Recurso desprovido. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 1º de julho de 2005, p. 570. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. MS 14039/DF. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR [...]

ressalvado à impetrante o acesso às vias ordinárias com relação ao item VII. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 07 de agosto de 2009. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. MS 13703/DF. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PENA DE DEMISSÃO [...] Segurança concedida. Relator: Ministro Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 07 de abril de 2010. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. MS 7078/DF. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA [...] Ordem concedida. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 09 de dezembro de 2003. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 24.369-MC/DF. DELAÇÃO ANÔNIMA. COMUNICAÇÃO DE FATOS GRAVES QUE TERIAM SIDO PRATICADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA [...] LIMINAR INDEFERIDA. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 04 de junho de 2004, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 77507/SP. ADVOGADO. DIREITO A VISTA DE AUTOS DE PROCESSO DISCIPLINAR FORA DA REPARTIÇÃO [...] RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO MAS NÃO PROVIDO. Relator: Ministro Rodrigues Alckmin. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 04 de outubro de 1974, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 22921/SP. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR [...] Mandado de Segurança deferido. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 28 de junho de 2002, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. RMS 27967/DF. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PODER DISCIPLINAR [...] assegurando-se ao postulante, as vias judiciais ordinárias. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 06 de junho de 2012, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 20355/DF. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO. PROCESSO DISCIPLINAR. DEFESA [...] MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 18 de março de 1983, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 434.059-3/DF. Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa [...] Recursos extraordinários conhecidos e providos. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 12 de

setembro de 2008, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 207.197-8/PR. A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos [...] onde é indispensável à atuação do advogado. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 24 de março de 1998, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 244.027/SP. Agravo regimental a que se nega provimento [...] a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 28 de junho de 2002, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 249617/DF. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL [...] Mandado de Segurança indeferido. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 04 de março de 2005, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. RMS 30716/DF. RECURSO ORDINÁRIO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR [...] Precedentes. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, publicado no **Diário da Justiça** em 10 de maio de 2013, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 set. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

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

COSTA, Jose Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

COSTA, Jose Armando da. **Processo Administrativo Disciplinar: Teoria e Prática**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DANTAS, Bartira Pereira. **Processo legal devido no âmbito disciplinar: (Des)necessidade de defesa técnica?** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12190>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JANSEN, Rodrigo. **A súmula vinculante como norma jurídica**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 94, v. 838, ago. 2005.
- LESSA, Sebastião José. **Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância**. 5. ed. Brasília/DF: Brasília Jurídica, 2009.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NUNES JUNIOR, Juarez Gomes. **A massa de incidência da súmula vinculante nº 05, do STF: Ensaio jurídico sobre o alcance e efetividade na Súmula Vinculante Nº 5 do STF. O conflito aparente com os regimes disciplinares que exigem a defesa feita por advogado**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5186/A-massa-de-incidencia-da-Sumula-vinculante-No-5-do-STF>>. Acesso em: 23 ago. 2013.
- OLIVEIRA, Stênio Ribeiro de; GONÇALVES, Allan Alexandre Mendes. **Súmula Vinculante nº 5: a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a constituição**. Revista de Direito União Pioneira de Integração Social – UPIS. Brasília: Inconfidência, n. 8, páginas 25-54, 2010.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Sobre a Súmula Vinculante**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forum, v.10, out/dez, 1997.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula Vinculante**: Análise crítica de sua adoção. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

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

SOUZA, Alberto Aparecido Gonçalves de. **A Súmula Vinculante nº 5 do STF**. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, ano XXVIII, nº 4, páginas 412-426, 2012.