

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em Direito Constitucional**

**Maria da Piedade de Andrade Couto**

**REFLEXÕES SOBRE A DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO  
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

**Brasília**  
**2016**

**MARIA DA PIEDADE DE ANDRADE COUTO**

**REFLEXÕES SOBRE A DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO  
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Trabalho apresentado como requisito de aprovação  
na disciplina Metodologia do Curso de Pós-  
Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do  
Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

**Brasília**

**2016**

**MARIA DA PIEDADE DE ANDRADE COUTO**

**REFLEXÕES SOBRE A DEFESA  
TÉCNICA NO PROCESSO  
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

**Professores:**

---

**Prof. Dra. Julia Maurmann Ximenes**

---

**Prof. Dra. Janete Ricken Lopes de Barros**

---

**Prof. Dr. Hector Valverde Santana**

## **DEDICATÓRIA**

A Deus, a meus pais, a meus irmãos e a meus mestres, por tudo!

## RESUMO

Propõe-se, no presente trabalho, uma reflexão sobre a importância da defesa técnica nos processos administrativos disciplinares, interessando-me o tema por estar afeto à minha área de atuação, na prática advocatícia pública. Ao constatar a importância de tais processos na vida dos servidores acusados, surpreendeu-me o conteúdo da Súmula Vinculante n.º 5, pelo Supremo Tribunal Federal, que preconiza que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. A meu ver tal entendimento atentaria contra o princípio do devido processo legal, pedra fundamental do Estado Democrático de Direito, fundado, ainda, no princípio da dignidade da pessoa humana, ao conferir ao processo disciplinar um aparente desvalor da gravidade de suas consequências para o servidor acusado da prática de infrações disciplinares. Não obstante, a pesquisa realizada, adstrita ao ano de 2013, não confirmou esse prejuízo no âmbito das Polícias Federal e Rodoviária Federal. Entretanto, em pesquisa jurisprudencial, pareceu-nos que os efeitos da Súmula Vinculante n.º 5/STF, podem estar restritos aos servidores hipossuficientes jurídica e economicamente que embora estejam sujeitos a pesadas condenações podem não ter a si assegurado o direito à ampla defesa.

Palavras-Chave: Processo Administrativo Disciplinar. Devido Processo Legal. Ampla Defesa. Servidor Público. Defesa técnica. Súmula Vinculante.

## **ABSTRACT**

*This study proposes a reflection on the importance of technical defense in disciplinary administrative proceedings, interested me the theme to be affection to my area of expertise in public law practice. Noting the importance of such processes in the life of the accused servers, surprised me the contents of Binding Precedent No. 5, the Supreme Court, which states, "the lack of technical defense by a lawyer in administrative proceedings does not offend the Constitution ". In my view, such an approach would undermine the principle of due process, the cornerstone of the democratic state, based also on the principle of human dignity, to give the disciplinary process an apparent worthlessness of gravity of its consequences for the server accused of disciplinary offenses. However, the survey, restricted to the year 2013, did not confirm this loss within the Federal Highway Police and Federal. However, in jurisprudential research, it seemed to us that the effects of Binding Precedent N.º 5.º STF may be restricted to those servers that do not hold legal knowledge and resources to hire a lawyer. Although they are subject to heavy sentences can't be themselves exercised the right to legal defense.*

*Keywords: Administrative Disciplinary Process. Due Process. Wide Defense. Public server. Technical defense. Binding Precedent.*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....</b>	<b>10</b>
2.1 O Devido Processo Legal.....	11
2.2 A Ampla Defesa e o Contraditório.....	15
2.3 Breve introdução aos conceitos de servidor público, processo administrativo disciplinar, defesa técnica e súmula vinculante.....	17
2.3.1 O servidor público.....	17
2.3.2 O processo administrativo disciplinar.....	18
2.3.3 A defesa técnica.....	18
2.3.4 A súmula vinculante.....	19
<b>3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....</b>	<b>22</b>
3.1 Linhas Gerais do processo administrativo disciplinar.....	22
3.1.1 Da competência.....	25
3.1.2 Da prescrição.....	28
3.2 A sanção penal e a sanção disciplinar.....	28
3.3 A discricionariedade no processo administrativo disciplinar.....	31
<b>4 A SÚMULA VINCULANTE N.º 5, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>33</b>
4.1 A Súmula nº 343, do Superior Tribunal de Justiça.....	37
4.2 Considerações sobre os processos administrativos disciplinares analisados.....	45
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>53</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho é fazer uma análise da importância da defesa técnica no processo administrativo disciplinar, sob o foco dos princípios constitucionais que o regem. Nesse viés, perquire-se se a Súmula Vinculante nº 5<sup>1</sup>, do Supremo Tribunal Federal, ao derogar o entendimento da Súmula nº 343<sup>2</sup>, do Superior Tribunal de Justiça, ferira, ou não, o direito à defesa do servidor público.

A decisão vinculante do STF, em direção diametralmente oposta à jurisprudência consolidada do STJ, concluíra que o fato de inexistir nos autos, defesa técnica em favor do acusado não representaria prejuízos à elucidação dos fatos e à formação do convencimento da autoridade julgadora.

Nada obstante, tanto o processo administrativo disciplinar quanto o processo penal são regidos pelo princípio do devido processo legal e alicerçados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicia-se essa abordagem, no Capítulo 1, com uma breve digressão sobre as linhas gerais dos princípios constitucionais que regem o processo administrativo disciplinar: o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, seguindo-se a apresentação de alguns conceitos importantes para o tema.

No Capítulo II, faz-se uma breve leitura do P.A.D. e seu arcabouço jurídico e traça-se um paralelo entre os efeitos decorrentes das condenações nos processos penal e disciplinar.

O Capítulo III analisa a Súmula Vinculante nº 5/STF e a Súmula nº 343/STJ, com a transcrição dos precedentes e das decisões judiciais exaradas antes e depois da edição da Súmula Vinculante nº 5/STF, para demonstrar a alteração do posicionamento

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 5: A falta de defesa técnica por advogado no Processoadministrativo disciplinar não ofende a Constituição.Data de Aprovação: Sessão Plenária de 07/05/2008. Fonte dePublicação:DJe nº 88 de 16/05/2008, p. 1, DOU de 16/05/2008, p. 1. Referência Legislativa: Constituição Federalde 1988, art. 5º, LV. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>. Acesso em: 05.11.2015.

<sup>2</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 343.** É obrigatória a presença de advogado em todas as fasesdo processo administrativo disciplinar. Referência: Lei n. 8.112/1990, arts. 153, 163 e 164. Terceira Seção, em 12.09.2007 DJ 21.09.2007, p. 334. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_29\\_capSumula343.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula343.pdf). Acesso em05.11.2015.

dos tribunais brasileiros. Faz-se uma breve digressão sobre casos concretos analisado no ano de 2013.

Faz-se um adendo para acrescentar que os documentos analisados pela autora estão classificados como restritos, pela Lei de Acesso à Informação - Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 e, por isso não poderão ter seus dados divulgados.

Por fim, na conclusão do trabalho, pretende-se responder se “houve ou não, um efetivo prejuízo para a defesa do servidor público que responde a processo disciplinar, após a edição da Súmula Vinculante nº 05/STF”.

## 2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O desenvolvimento desse trabalho exige que se aborde, ainda que de modo não muito aprofundado, alguns dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo administrativo disciplinar.

Primeiramente, deve-se compreender, à luz da doutrina mais abalizada sobre a matéria, o que significa “princípio”.

Na concepção de DWORKIN<sup>3</sup>, princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque irá alcançar ou assegurar uma situação econômica, política ou social supostamente desejada, mas porque é exigência de justiça e equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade”.

Humberto Ávila<sup>4</sup> defende que se trata de “uma norma que aponta para um estado ideal de coisas a ser promovido”.

Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>5</sup> ensina que princípio é “o mandamento nuclear de um sistema”, a decisão fundamental que permeia as diferentes normas “compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

José Afonso da Silva acrescenta que embora tenha sentidos diversos no Título I da Constituição, a palavra exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”, expressão adotada por Celso Antônio B. De Melo.

Foi na Constituição Federal de 1988, recém-saída de um longo período de ditadura, que ocorrera a ampliação do arcabouço principiológico constitucional, aprimorando o sistema jurídico brasileiro com diretrizes garantidoras dos direitos do cidadão.

---

<sup>3</sup> DWORKIN, R. M. **É o direito um sistema de regras?** São Leopoldo, RS. **Estudos Jurídicos**. v.34, n.92, p. 119-158, set./dez, 2001, p. 127-128.

<sup>4</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78.

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

Neste estudo interessa-nos mais de perto o princípio do devido processo legal, derivado do postulado da dignidade humana. A Constituição de 1934 já mencionava, **verbis**:

Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos, existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Porém, foi na Constituição de 1988, sob a influência das Cartas Constitucionais espanhola e portuguesa, promulgadas na década de 70, que surgiu a primeira referência expressa ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>6</sup>.

## 2.1 O devido processo legal

Previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição<sup>7</sup>, o princípio do devido processo legal assegura que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem que lhe sejam conferidos os meios para a sua efetiva defesa. Entre esses meios incluem-se a observância das regras jurídicas pertinentes ao processo, dentre as quais as que regulam os prazos e as competências para apurar e julgar os crimes ou irregularidades administrativas.

O postulado remonta à **Magna Charta Libertatum**, de 1215, assinada pelo Rei João Sem Terra – John Lackland e, em sua gênese, confundira-se, com a própria **Common Law**, ou seja, o direito decorrente dos costumes ingleses<sup>8</sup>. Na sequência da Carta de 1215, passou a ser obrigatória “a observância de um *processo justo* legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade”,

---

<sup>6</sup> ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.126.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em 20.07.2014.

<sup>8</sup> WRIGHT, Louis B. *Magna Carta and the tradition of liberty*. US Capitol Society, 1976, p. 18, *apud* SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*, 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 234.

esclarece Canotilho<sup>9</sup>, que considera ser essa uma das quatro dimensões básicas do sentido da fórmula **rule of law**.

A abrangência do preceito fora delineada, em 1884, pelo **Associate Justice Harlan**(Hurtado v. Califórnia)<sup>10</sup>:

Os governos devem ser confinados dentro dos limites daqueles princípios fundamentais de liberdade e justiça, deitados na fundação de nossas instituições civis e políticas, os quais nenhum Estado pode violar consistentemente com o princípio do devido processo legal requerido pela Emenda n. 14, nos procedimentos envolvendo vida, liberdade ou propriedade.

O escopo principal da previsão constitucional seria, portanto, impedir a atuação estatal arbitrária ou fora dos limites do Estado de Direito.

Para a doutrina, o devido processo legal é o princípio sobre o qual todos os outros se sustentam, aplicando-se a tudo que diz respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade e à própria formação das leis<sup>11</sup>.

Veja-se, ainda, José Afonso da Silva, citando Frederico Marques<sup>12</sup>:

O princípio do *devido processo legal* entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna inglesa: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV). Cominado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, L), fecha-se o elo das garantias processuais. Garante-se o *processo*, e quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado dê, a cada um, o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais, conforme autorizada lição de Frederico Marques.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito Constitucional e Teria da Constituição**. 5. ed. Coimbra. Portugal: Almedina, 2002, p. 93-94.

<sup>10</sup> ABRAHAM, Henry J.; PERRY, Bárbara. *Freedom and the court*. 6.ed. Oxford University Press, 1994, p. 94, **apud** SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**, 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 237-238.

<sup>11</sup> DIDIER JÚNIOR, Fred. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.1, p.9.

<sup>12</sup> FREDERICO MARQUES, José. “O artigo 141, § 4º, da Constituição Federal”, Revista de Direito Universidadedo Ceará, nº 16, **apud** SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, p. 430-431.

O escopo do *devido processo legal* é assegurar ao acusados em geral, seja no processo administrativo disciplinar seja no processo judicial, a “paridade total de condições com o Estado-persecutor e a plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal)”<sup>13</sup>.

A expressão *devido processo legal* é utilizada, doutrinariamente e pela jurisprudência, sob dois prismas: um, substancial, que denotaria as exigências de proporcionalidade e razoabilidade e, outro, procedimental, que sustentaria a garantia de um processo adequado ou justo. Humberto Ávila<sup>14</sup>, porém, considera que não se podem apartar os deveres de proporcionalidade e razoabilidade do direito a um processo adequado ou justo, uma vez que tais deveres são as próprias medidas do processo adequado ou justo.

Sustenta Humberto Ávila, que os elementos atribuídos ao “devido processo procedimental” não são gratuitos, uma vez que decorrem do ideal de protetividade dos direitos fundamentais. Sem a existência de contraditório e ampla defesa as partes não poderão produzir provas e argumentos indispensáveis à demonstração da realização ou restrição do direito que é questionado.

E conclui o autor:

Desse modo, só o exame de proporcionalidade e razoabilidade é que permitirá verificar se um ato, uma decisão uma prova, um prazo ou a oitiva de uma testemunha, por exemplo, são adequados à proteção de um direito. Em outras palavras, só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado.

É, portanto, no plano da concretude que se pode avaliar a proteção ao direito e a realização das garantias ao contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Logo, não seriam razoáveis ou proporcionais as exigências de que o réu ou acusado produzisse prova impossível ou que não se referisse ao fato em julgamento, ou apresentasse documento que não está em seu poder. Da mesma forma, não seria

---

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007. p.100.

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto; Wambier; Teresa Arruda Alvim (Coord). O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 33. n.º 163. setembro/88, p. 55.

aceitável que lhe fosse concedido um prazo demasiadamente estrito para produzir prova ou apresentar defesa, ou indeferida, sem análise, justificativa para não ter se manifestado no processo, quando houve razões relevantes para isso.

Lúcia Valle Figueiredo defende que:

Só será devido processo legal, quando a lei respeitar a igualdade dentro do seu próprio bojo, quando a lei somente contiver discriminações que guardem razões de pertinência lógica com as situações discriminadas, quando as classificações forem razoáveis; em consequência não será devido processo legal, mas será *undue process of law*, se tivermos leis que desigualem, ou discriminações desarrazoadas. Ou, ainda se o contraditório não puder materialmente ser executado. Assim, vejam: da mera observância do conteúdo formal da lei passa-se à amplitude hermenêutica muito maior, quando se começa a inadmitir que lei suprima quaisquer garantias individuais, ou desafie o princípio da igualdade<sup>15</sup>.

A autora admite uma única hipótese em que o devido processo legal será suprimido: no caso em que a própria lei, desafiando os parâmetros definidos pela Constituição, previr desigualdades e discriminações, o que seria impensável no Estado de Direito. Possível concluir-se que num estado de normalidade democrática, o princípio não poderá deixar de ser observado.

Alexandre de Moraes<sup>16</sup> ressalta:

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

Defende, ainda, o ilustre constitucionalista que, embora o direito administrativo, diversamente do penal, não adote a tipificação do ilícito administrativo, isso não pode impossibilitar o exercício do direito de defesa, destacando, ainda, que “nenhuma

---

<sup>15</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Devido processo legal e fundamentação das decisões**. *Tributário* nº 63. p. 212-213.

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. *Op.cit.*, p. 100.

penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa”.

Embora tenha, inicialmente, sido aplicado, apenas, ao processo penal, visando possibilitar ao réu o direito de defesa, o devido processo legal teve aplicação posterior, no processo civil e no processo administrativo<sup>17</sup>.

## 2.2 A ampla defesa e o contraditório

O contraditório e a ampla defesa, estatuídos no inciso LV do artigo 5º da Constituição, são princípios constitucionais que derivam do devido processo legal<sup>18</sup>, **verbis**: “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”.

Alexandre de Moraes<sup>19</sup> define os dois institutos:

Por *ampla defesa* entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto *o contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

A ampla defesa é o direito do réu ou acusado de trazer ao processo todas as provas de que disponha, para esclarecer os fatos que lhe são imputados, o que abrange, também, o direito ao silêncio e o de não produzir provas contra si mesmo.

Na dicção de Luciano Ferraz<sup>20</sup>:

---

<sup>17</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 166.

<sup>18</sup> TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**; regimentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 67.

<sup>19</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2000. p.116.

<sup>20</sup> FERRAZ, Luciano. **Due process of law e parecer prévio das cortes de contas**. Revista Diálogo

... os princípios do contraditório e da ampla defesa se completam. A ampla defesa sugere a extensão em que deve ser concebido o direito. O adjetivo ampla não quer significar irrestrita, mas indica que ao interessado é dado manifestar-se, desde que de maneira lícita, com plenitude no transcorrer do processo administrativo. O contraditório apresenta o meio, a forma com que se deve dar a manifestação da defesa, demonstrando a estrutura dialética das situações ativas e passivas em que se vê inserido o interessado ao longo do processo.

O direito de defesa conferido ao acusado é limitado à produção das provas que se destinem à comprovação ou negação dos fatos do processo, devendo o juiz e a autoridade administrativa recusar as que sejam produzidas de forma ilícita, as impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. Cláudio Roza é preciso, ao definir a importância do direito à ampla defesa:

Ao acusado dá-se a oportunidade da defesa em razão de sua dignidade de pessoa. Não é em função das alegações e da veracidade ou importância delas, e nem porque seja culpado, mas porque o próprio direito à defesa encontra proteção e inclusive no processo administrativo, do qual o processo disciplinar é espécie, com positivação expressa no artigo 5º, LV, da Constituição Federal/1988.

Sem qualquer dúvida a defesa, requisito imprescindível à segurança do processo, seja na via administrativa, seja na via judicial, visa atender não apenas a regularidade do procedimento, mas reverenciar o princípio da dignidade humana e, por essa razão causa estranheza que possa ser considerada um elemento dispensável à elucidação dos fatos.

A incidência desses princípios no processo administrativo disciplinar é incontroversa, como ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes<sup>21</sup>:

É pacífica a orientação jurisprudencial quanto à ampla aplicação do postulado do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos administrativos disciplinares.

---

Jurídico, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, ano 1, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10.03.2014.

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.564.

Tem-se afirmado, no processo administrativo disciplinar, que a recusa de reinquirição de testemunha configura lesão ao princípio da ampla defesa, consagrado no art. 5º, LV. (RE 222.294, Rel. Ilmar Galvão, DJ de 13-08-1999).

Igualmente, o Tribunal tem assentado que a capitulação do ilícito administrativo não pode ser demasiado aberta, ou genérica, a ponto de impossibilitar a efetividade do exercício do direito de defesa. (RMS 24.699, Rel. Eros Grau, DJ de 1º-7-2005).

### **2.3 Breve introdução aos conceitos de servidor público, processo administrativo disciplinar, defesa técnica e súmula vinculante.**

#### **2.3.1 O servidor público**

Diretamente afetado pela Súmula nº 5/STF, o servidor público é a pessoa física que, após aprovação em concurso público<sup>22</sup>, exerce cargo público e presta serviço ao Estado e às entidades da Administração Indireta, mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Os servidores públicos têm seus direitos consagrados nos artigos 37 a 41, da Constituição. No âmbito federal a Lei nº 8.112/90 estabelece deveres e proibições aos exercentes de cargo público e prevê as sanções cabíveis para os casos de inobservância de suas normas. Os atos praticados pelo servidor público estão sujeitos à responsabilidade civil, penal e administrativa.

#### **2.3.2 O processo administrativo disciplinar**

---

<sup>22</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 37, inciso II: A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

O processo administrativo disciplinar é regido, especialmente, pelas Leis n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999<sup>23</sup> e n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990<sup>24</sup>.

Trata-se do instrumento utilizado pela Administração Pública para apurar a responsabilidade dos seus servidores, por infrações disciplinares praticadas no exercício de suas atribuições, ou que tenham relação com as atribuições dos cargos em que estiverem investidos.

### 2.3.3 A defesa técnica

A doutrina diferencia a defesa pessoal da defesa técnica.

A defesa pessoal é aquela desenvolvida pelo próprio acusado e abrange os direitos de acompanhar, pessoalmente, as audiências para inquirição de testemunhas, formular quesitos, no caso de produção de prova pericial e de manifestar-se em interrogatório<sup>25</sup>.

Já a defesa técnica ou escrita é apresentada depois da citação e utiliza argumentos jurídicos para esclarecer os fatos e provar a inocência do acusado, ou diminuir a gravidade da sanção, quando culpado, devendo ser elaborada por quem detenha a capacidade postulatória, ou seja, pessoa dotada de conhecimento jurídico suficiente sobre a matéria.

Importante ressaltar, da doutrina especializada, a opinião de MEDAUAR, Odete, sobre a defesa técnica.

É a defesa realizada pelo representante legal do interessado, o advogado. Várias justificativas surgem, de regra, quanto à defesa técnica: equilíbrio entre os sujeitos ou paridade de armas, vinculado à plenitude do contraditório; o conhecimento especializado do advogado contribui para a tomada de decisão com respaldo na legalidade e

---

<sup>23</sup> BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm). Acesso em 21.10.2014.

<sup>24</sup> BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990<sup>24</sup>, dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm). Acesso em 20.10.2014.

<sup>25</sup> COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 4.ed. rev. amp. e atual, Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 270.

justiça; a presença do advogado evita que o sujeito se deixe guiar por emoções de momento.

Nos *processos disciplinares* de servidores que possam resultar em penas graves já se firmou entendimento no sentido da necessidade de *defesa técnica*, cabendo ao poder público a indicação de defensor dativo quando o servidor estiver desassistido ou se verificar revelia. Quanto aos demais processos, seria inviável que a Administração propiciasse defensor dativo a todos os sujeitos sem advogado próprio, daí a defesa técnica ser vista como possibilidade, não como exigência.

Após a edição da Súmula nº 05, do STF, o trecho foi alterado:

Nos *processos disciplinares* de servidores se firmara entendimento no sentido da necessidade de defesa técnica o que gerava para a Administração a obrigatoriedade de indicar advogado dativo para o servidor desassistido. Tal orientação se alterou com a Súmula Vinculante 05 do STF, que aboliu a exigência, tornando-se facultativa a defesa técnica: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Sem embargo, não nos parece que o novo posicionamento adotado pela doutrina, tenha sido suficientemente justificado, uma vez que não foram alterados critérios relativos respeito da necessidade da defesa técnica e de seus efeitos no processo.

#### 2.3.4 A Súmula vinculante.

O sistema constitucional brasileiro sofrera profunda modificação com a edição da Emenda nº 45, de 8 de dezembro de 2004 que, entre outras medidas, inserira no artigo 103-A, a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, instrumento que se assemelha ao “**stare decisis**”, do modelo anglo-saxônico, derivado da expressão “**stare decisis et quieta non movere**”<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> “mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido”.

O exemplo mais próximo vem dos Estados Unidos da América, onde os julgamentos da Corte Suprema balizam as decisões proferidas por todo o sistema judiciário e pela administração pública<sup>27</sup>.

Na dicção de Alexandre de Moraes,<sup>28</sup> trata-se de mecanismo que, ao promover a unificação da interpretação de textos legais ou constitucionais, evita que posicionamentos divergentes do Poder Judiciário criem desigualdades em face de indivíduos em idêntica situação.

A pacificação dos entendimentos acerca da validade, interpretação e eficácia de determinada norma, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, tem, também, o escopo de evitar a multiplicação de processos judiciais sobre questões idênticas.

O poder de editar súmulas vinculantes é restrito ao Supremo Tribunal Federal, que poderá atuar de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, no caso de existirem reiteradas decisões sobre a matéria constitucional.

O efeito vinculante tem início a partir da publicação da súmula na imprensa oficial, o que deverá ocorrer no prazo de até dez dias após a seção em que for editada, revista ou cancelada e, a partir daí, passará a balizar as decisões proferidas nos demais órgãos do Poder Judiciário e na administração pública direta e indireta, em todas as esferas de governo, federal, estadual e municipal.

O legislador previu a possibilidade de o efeito vinculante ser estendido às súmulas existentes ao tempo de edição da Emenda nº 45, de 2004, que fossem confirmadas por dois terços dos integrantes da Corte e, publicadas na imprensa oficial.

A alteração ou cancelamento das súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal é possível a partir de “novas provocações, reflexões e diversas decisões futuras”<sup>29</sup>, na forma estabelecida em lei. A aprovação, revisão ou cancelamento da súmula poderá ocorrer de ofício ou por provocação dos mesmos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op.cit., p.557.

<sup>28</sup> MORAES, Alexandre de. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007, p. 556.

<sup>29</sup> Ibid., p. 561- 562.

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira destacou que as súmulas vinculantes seriam elaboradas “com base na maturidade do trabalho jurisprudencial, fruto de lenta e prolongada atividade técnica dos juízes, de muitas e longas discussões, da observação atenta de casos repetidos”<sup>31</sup>.

A reclamação ao Supremo Tribunal Federal é o remédio previsto no caso de descumprimento da súmula vinculante, incumbindo à Corte decidir pela anulação do ato ou decisão judicial e determinar que outra seja proferida, com ou sem a aplicação do entendimento vinculante.

---

político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>31</sup> TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. Súmula vinculante e reforma do Judiciário. *Correio Braziliense*, Caderno Direito e Justiça, p. 3, 9 fev. 1998, *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007, p.558.

### 3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

#### 3.1 Linhas gerais do processo administrativo disciplinar

O processo é meio que protege o cidadão da ação arbitrária do Estado. Como ressaltado por Romeu Bacellar<sup>32</sup>, “o Estado cria o Direito e, ao mesmo tempo, submete-se a ele, por prevalência da garantia dos indivíduos contra o arbítrio”.

É pela via processual que o Estado soluciona os conflitos de interesses entre particulares, as pendências entre os administrados e o próprio Estado, e apura infrações praticadas em detrimento da Administração Pública. O processo é regulado por regras e princípios cujo escopo é assegurar que o seu resultado final esteja adequado aos critérios de justiça, proporcionalidade e razoabilidade.

Além disso, deve apresentar um conteúdo mínimo que assegure o equilíbrio entre as partes ou entre o administrado e a Administração Pública conferindo ao acusado ou à parte requerida, a oportunidade de exercer de modo amplo, o direito à defesa.

Interessa-nos neste estudo o processo administrativo disciplinar – PAD, regido pelas Leis n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999<sup>33</sup> e n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990<sup>34</sup>, que é o instrumento utilizado pela Administração Pública para apurar a responsabilidade dos seus servidores, por infrações praticadas no exercício de suas atribuições, ou que tenham relação com as atribuições dos cargos em que estiverem investidos.

De acordo com o art. 143<sup>35</sup> da Lei n.º 8.112/90, a autoridade que tenha ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata,

---

<sup>32</sup> FILHO, Romeu Felipe Bacellar. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 121.

<sup>33</sup> BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm). Acesso em 21.10.2014.

<sup>34</sup> BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990<sup>34</sup>, regula o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm). Acesso em 20.10.2014.

<sup>35</sup> Lei n.º 8.112/90. Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

não havendo margem de discricionariedade quando se trata da investigação de infrações disciplinares, uma vez que a inércia ensejará a instauração de PAD contra a própria autoridade omissa.

O processo administrativo disciplinar pode se iniciar por denúncia de particular, desde que seja feita por escrito e com a identificação do denunciante, ou por servidor que tenha tomado conhecimento do ilícito administrativo. Pode, também, ser instaurado de ofício, pela autoridade administrativa.

Veja-se que nos casos de denúncia a Administração não instaura de imediato o processo, mas, oportuniza ao servidor o direito de prestar esclarecimentos.

Caso as justificativas do servidor não se mostrem suficientes para afastar os fundamentos da denúncia, o administrador poderá determinar a instauração de sindicância disciplinar que irá confirmar ou afastar os indícios de irregularidade.

A sindicância é um procedimento inquisitorial no qual são coletadas informações para que se apure a materialidade dos fatos e a sua autoria, mas se já se souber quais são os fatos irregulares e quem é o seu autor, faz-se despendendo a investigação preliminar.

Como ressaltado por Guimarães Menegale<sup>36</sup>, “o uso do poder disciplinar não é arbitrário: não o faz a autoridade quando lhe aprouver, nem como preferir”.

O processo e a sindicância administrativa são conduzidos por comissão designada pela autoridade instauradora, que também fixará o âmbito das apurações e o prazo para a conclusão dos trabalhos. Cabe ressaltar, no tocante às sindicâncias meramente investigativas, a possibilidade de que o processo seja conduzido por apenas um servidor, designado pela Comissão.

Da sindicância poderá resultar: i) o arquivamento do processo, ii) a aplicação da penalidade de advertência ou suspensão de até 30 dias ou, iii) a instauração do processo disciplinar.

Quando a sindicância assumir contornos de procedimento acusatório, nos casos de infrações menos graves, sujeitas às penas de advertência ou suspensão de até 30 dias, o servidor deverá ser obrigatoriamente ouvido e intimado para, querendo, produzir provas e apresentar defesa.

---

<sup>36</sup> O estatuto dos funcionários. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 637. V. II, **apud** Mauro Roberto Gomes de Mattos, *in: Lei nº 8.112/90 interpretada e comentada*. Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União. 3ª ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 143.

O processo administrativo disciplinar será instaurado por autoridade que detenha competência legal ou regulamentar. No âmbito da Administração Pública Federal, a competência para instaurar o processo administrativo disciplinar é do Chefe do Poder Executivo, que, por meio do Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, delegara esse poder aos Ministros de Estado:

**DECRETO Nº 3.035, DE 27 DE ABRIL DE 1999**<sup>37</sup>.

Delega competência para a prática dos atos que menciona, e dá outras providências.

**OPRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, e parágrafo único, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 11 e 12 do Decreto-Lei nº 200, de 27 de fevereiro de 1967, e na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990,  
**DECRETA:**

Art. 1º Fica delegada competência aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União, vedada a subdelegação, para, no âmbito dos órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional que lhes são subordinados ou vinculados, observadas as disposições legais e regulamentares, especialmente a manifestação prévia e indispensável do órgão de assessoramento jurídico, praticar os seguintes atos:

I - julgar processos administrativos disciplinares e aplicar penalidades, nas hipóteses de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidores;

A Comissão Processante será composta por três servidores estáveis e, dentre outros procedimentos, deverá realizar as oitivas do acusado, das testemunhas da acusação e da defesa, além de trazer aos autos documentos e informações dos órgãos competentes, sobre o cargo e lotação do servidor, horários de trabalho, escalas de serviço, e outros dados que sejam pertinentes ao conhecimento da verdade real. No processo disciplinar podem ser produzidas todas as provas admitidas em direito.

O processo deve assegurar ao acusado, a mais ampla defesa.

No processo disciplinar a atividade investigatória da Comissão “estende-se, autonomamente, a todas as circunstâncias consideradas relevantes”<sup>38</sup>, uma vez que o que se busca é a verdade material. Pode a comissão ouvir testemunhas, juntar

---

<sup>37</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3035.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3035.htm). Acesso em 02/07/2015.

<sup>38</sup> FILHO, Romeu Felipe Bacelar. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.283.

documentos e informações sobre o fato ilícito e requerer a produção de perícia, entre outras provas, da mesma forma que o acusado.

Se ficar convencida da autoria e materialidade da infração, a comissão procederá ao indiciamento do acusado, indicando de forma clara os fatos e as provas produzidas na formação de seu convencimento, como determina a Lei nº 8.112/90. Em seguida, procederá a citação do indiciado para que este apresente sua defesa escrita.

Se o indiciado se encontrar em local incerto e não sabido a Comissão providenciará sua citação por edital, que deverá ser publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido do servidor. Trata-se de “medida extrema, cabível apenas quando se mostrar impraticável a citação pessoal, depois de escoados todos os meios para tentar realizá-la”.

Após analisar os argumentos da defesa e confrontá-los com as teses do despacho indiciatório, a Comissão apresenta um relatório final à autoridade instauradora, com um resumo dos atos praticados no processo e as razões adotadas para inocentar, ou acatar a acusação feita ao servidor.

Encaminhado o processo disciplinar à autoridade instauradora tem início a fase decisória ou de julgamento do processo, na qual se verificam alguns desdobramentos.

### **3.1.1 Da Competência**

O julgamento do processo disciplinar pode ser atribuído à mesma autoridade que o instaurou ou, a outra, de escalão superior, a quem a lei confira tal competência, uma vez que o poder decisório é escalonado de acordo com a gravidade das penas a serem aplicadas ao acusado.

No âmbito dos órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e daqueles que lhes são subordinados ou vinculados, a competência para julgar processos administrativos disciplinares e aplicar penalidades obedece às prescrições legais da Lei nº 8.112/90:

Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas:

I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da

República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;

II - pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias;

III - pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;

IV - pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão.

O Presidente da República, por meio do Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, delegou, aos Ministros de Estado a competência para aplicar as penalidades de suspensão acima de trinta dias, demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidores.

#### Julgamento do Processo Administrativo Disciplinar

A decisão da autoridade é sempre precedida da manifestação do respectivo órgão correcional sobre a regularidade do processo. No caso de verificar a existência de nulidades nos procedimentos adotados pelo Colegiado a corregedoria deverá orientar a autoridade sobre a necessidade de anulação parcial ou total do processo, requerer a produção de novas provas podendo, também, opinar pela aplicação de sanções diversas das sugeridas pelo Colegiado.

Quando as penalidades sugeridas pela Comissão ou pelas corregedorias não se enquadrarem no âmbito de competência da autoridade instauradora, de acordo com os normativos legais ou regimentais do órgão, os autos são encaminhados à autoridade que detenha tal competência.

Quando a autoridade competente for o Ministro de Estado, será indispensável a manifestação do órgão de assessoramento jurídico previamente ao julgamento, de acordo com previsão do Decreto nº 3.035/99. Essa função é exercida pelas consultorias jurídicas da Advocacia Geral da União localizadas nas respectivas esferas ministeriais, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> BRASIL. LC 73, DE 1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Publicada no Diário Oficial da União de 11.12.1973. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm). Acesso em 29.11.2015.

Em sua manifestação jurídica opinativa, o Advogado da União deve examinar os aspectos formais e jurídicos dos processos administrativos disciplinares, para confirmar a observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

A autoridade julgadora poderá, ou não, aprovar as conclusões do colegiado processante, como estatuído no artigo 168, da Lei nº 8.112/90, que prevê que “o julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos”.

Constatada essa contrariedade, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Nos casos de agravamento da penalidade pelo mesmo fato, a autoridade julgadora determinará a devolução dos autos ao órgão de origem, para que a comissão processante promova novo indiciamento e cite o indiciado para que este acrescente à sua defesa, argumentos porventura não utilizados na petição anterior, produzida à vista da imposição de penalidade mais branda.

Havendo anulação, total ou parcial do feito, o processo retornará ao órgão de origem para que, designada outra comissão processante, seja refeita a instrução do processo, com a possibilidade de aproveitamento dos atos válidos. Havendo nulidade apenas parcial, a Comissão repetirá, tão somente, os atos especificados no ato anulatório, apresentando novo relatório final.

Em todos os casos de anulação, a defesa do servidor deverá ser intimada para se manifestar.

### **3.1.2 Da prescrição**

A Lei nº 8.112/90 dispõe sobre a prescrição:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

A data do conhecimento dos fatos, pela autoridade competente para instaurar o processo, é o marco inicial da contagem da prescrição, ou seja, o *dies a quo*, do prazo conferido à Administração para exercer o seu poder punitivo. Esse é o entendimento emanado do Parecer AGU nº GQ-55, vinculante<sup>40</sup>.

### 3.2 A sanção penal e a sanção disciplinar

NoRE-AgR 244.027, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, decidira-se que a presença de advogado no processo disciplinar seria dispensável, desde que “dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração”, afastando a ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

No entanto, ao se referir ao processo judicial, a Senhora Ministra, ressaltava a indispensabilidade da presença de advogado.

O tratamento diferenciado conferido às duas searas processuais, a nosso ver, contraria a Constituição, que não estabeleceu distinções entre os direitos assegurados aos réus, em processo judicial e aos acusados em processo administrativo. Ao contrário, o artigo 5º, LV é claro quando estatui 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 Ministro Gilmar Mendes, no v. Acórdão RE 398.269, declarou, **verbis**:

---

<sup>40</sup>Parecer AGU nº GQ 55. A inércia da Administração somente é suscetível de se configurar em tendo conhecimento da falta disciplinar a autoridade administrativa competente para instaurar o processo. Processo nº 23123.002293/93-60. Assunto: Contraditório, ampla defesa, prescrição e consequências do julgamento de irregularidade de contas pelo Tribunal de Contas da União no processo administrativo disciplinar. Publicação: Diário Oficial da União de 02.02.1995.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal aprovou o texto da Súmula Vinculante n.º 5 (...). Todavia, esse Enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza cível. Em procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas contidas na LEP (arts. 1º, 2º, 10, 44, III, 15, 16, 41, VII e IX, 59, 66, V, alínea 'a', VII e VIII, 194), no CPP (arts. 3º e 261) e na própria CF/88 (art. 5º, LIV e LV)<sup>41</sup>.

Pode-se afirmar que a pena mais grave prevista na legislação penal prevista para os ilícitos nela tipificados, é a supressão da liberdade.

Contudo, no processo administrativo disciplinar, a pena não é menos lesiva, uma vez que ao condenado pode ser suprimida sua fonte de subsistência, que é o trabalho, e, com isso, sua própria dignidade.

Em sua obra, Paulo Fernando Silveira destaca:

Como asseverou o *Justice Douglas*, o direito ao trabalho (...) era a liberdade mais preciosa que o homem possui. O homem tem, verdadeiramente, tanto direito ao trabalho como tem de viver, de ser livre, de ter sua própria propriedade. O ideal americano foi declarado por *Emerson*, em seu ensaio sobre a política. Segundo ele, um homem tem o direito de estar empregado (...). A muitos homens, pouco bem faz estar vivo, livre e proprietário se eles não podem trabalhar. Trabalhar significa comer. E também significa viver. Para muitos, seria melhor trabalhar numa prisão do que sentar-se à toa na calçada. Os grandes valores da liberdade consistem nas oportunidades proporcionadas ao homem para buscar novos horizontes, arregimentar suas energias contras as forças da natureza e confrontar suas habilidades com seus concidadãos.

---

<sup>41</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 398.269/RS** - Rio Grande do Sul. **Relator:**Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 15.12.2009, publicação no DJE de 26.2.2010.Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28398269%2EENUME%2E+OU+398269%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lhwf2kv> Acesso em 27.08.2014.

O direito ao trabalho, assegurado na emenda 14 da Constituição americana, foi reconhecido pela Suprema Corte no caso *Truax v. Raich* – 1915, confirmado em uma nota de rodapé no julgamento *Hampton v. Mow Sun Wong* – 1976:

Não é exigido nenhum argumento para demonstrar que o direito ao trabalho para a sobrevivência nas ocupações comuns da comunidade é da verdadeira essência da liberdade pessoal e oportunidade, que era o propósito da Emenda 14 assegurar.

José Armando da Costa também defende as reprimendas disciplinares embora sejam, via de regra, menos gravosas que as criminais, não raro pode ocorrer o inverso, como no caso da demissão do serviço público, “posto que esta afeta muito mais o cidadão do que uma simples punição criminal consistente em multa, prisão simples ou mesmo detenção”. E entende que “não há base lógica que legitime sejam os inocentes da repressão criminal e disciplinar tratados discriminadamente”.

A regra da maior informalidade aplicada ao processo administrativo disciplinar também não pode ser usada como justificativa do entendimento judicial, visto que a Lei nº 9.784/99 confere ao acusado dentre outros, os direitos de arguir o impedimento e a suspeição do presidente e dos membros da Comissão, de ser intimado de prova ou diligência ordenada com a antecedência mínima de três dias úteis e os deveres de expor os fatos conforme a verdade e não agir de modo temerário. Além disso, veda, à Administração, a recusa imotivada de recebimento de documentos e também prevê recursos e suas condições de admissibilidade, além de prazos processuais e as regras da prescrição.

Veja-se, por outro lado, no tocante à amplitude das penalidades aplicadas, que a Constituição no artigo 5º, inciso XLVII, veda **ao juiz penal a aplicação das penas capital e perpétua ao réu condenado**.

O mesmo não ocorre no processo administrativo disciplinar. Nesta seara, respeitadas as devidas proporções e o bem jurídico protegido, a lei admite a aplicação da pena capital que, no caso, é a demissão do servidor do cargo público por ele ocupado, a cassação de sua aposentadoria, nos casos em que a infração tenha sido praticada durante o exercício da função, mas sua apuração somente for concluída quando o servidor já se encontrar aposentado e a destituição de cargo em comissão,

aplicável aos não ocupantes de cargo efetivo que perpetrarem irregularidades passíveis de suspensão e de demissão.

Também prevê, no artigo 137<sup>42</sup>, a pena de caráter perpétuo, que veda o retorno do servidor ao serviço público, no caso da prática das infrações previstas no artigo 132, incisos I (crime contra a Administração Pública), IV (improbidade administrativa), X (lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional) e XI – corrupção.

### **3.3 A discricionariedade no processo administrativo disciplinar.**

Há na jurisprudência entendimentos de que “em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicos do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público”<sup>43</sup>.

Com a devida vênia há, sim, no processo disciplinar, um componente discricionário. E isso pode se verificar em dois momentos: na classificação da gravidade do fato e na dosimetria da pena.

Como cediço, ao contrário do direito penal, em que as condutas contrárias à lei estão claramente tipificadas, há no direito disciplinar apenas a previsão de deveres e proibições que podem, sem dúvida, merecer uma interpretação subjetiva.

Ademais, algumas infrações podem se enquadrar em diversos dispositivos legais. Veja-se, por exemplo, o caso em que um servidor esteja em uma viatura da repartição, fora do expediente e cause uma colisão sem maior gravidade. Qual seria o enquadramento cabível: ato de improbidade administrativa? Valimento do cargo? Afronta ao dever de moralidade administrativa? Falta de lealdade à instituição a que serve? Inobservância das normas legais e regulamentares?

---

<sup>42</sup>BRASIL. Lei nº 8.112, de 1990. Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

<sup>43</sup>MS 17981/DF -MANDADO DE SEGURANÇA2011/0306961-0. Relator: Ministro Napoleão Nunes MaiaFilho, Órgão Julgador:S1 - Primeira Seção. Data do Julgamento:25/02/2016. Data da publicação/Fonte: DJe03/03/2016.Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=em+face+dos+princ%EDpios+da+proporcionalidade%2C+dignidade+da+pessoa+humana+e+culpabilidade%2C+&&b=ACOR&thesaurus= JURIDICO&p=true>. Acesso em 25.03.2016.

Não há dúvidas de que o correto enquadramento da conduta demandará, sempre, uma rigorosa e percuciente apuração dos fatos e circunstâncias que o envolvem, para a sua correta subsunção à norma disciplinadora, mas, um servidor inabilitado talvez não pudesse questionar com propriedade esse enquadramento.

#### 4 A Súmula Vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal<sup>44</sup>

O entendimento consagrado na Súmula Vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal, fora resultado do julgamento do Recurso Extraordinário nº 434.059<sup>45</sup>, interposto pela União e pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

O acórdão recorrido, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, anulou portaria do Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social que demitira servidora do órgão após o trâmite de processo administrativo disciplinar, determinando sua reintegração ao cargo anteriormente ocupado. A ementa do acórdão recorrido consignara, **verbis**:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO 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. [destaque nosso]

No voto condutor do aresto o Ministro Hamilton Carvalhido considerara, **in litteris**:

No que diz respeito à ocorrência de cerceamento de defesa, é de se reconhecer que durante a instrução do inquérito, a impetrante não se

<sup>44</sup>**Súmula Vinculante n.º 5/STF**: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. **Data de Aprovação** - Sessão Plenária de 07/05/2008. **Fonte de Publicação** - DJe nº88 de 16/05/2008, p. 1. - DOU de 16/05/2008, p. 1. **Referência Legislativa** – Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV. **Precedentes**: RE 434059 - Publicação: DJe nº 172 de 12/09/2008; MS 24961 - Publicações: DJ de 04/03/2005, RTJ 193/347; RE 244027 AgR - Publicação: DJ de 28/05/2002; AI 207197 AgR - Publicação: DJde 24/03/1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes> – Acesso em 02.05.2014.

<sup>45</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 434.059, do Tribunal Pleno. Instituto Nacional do Seguro Social, União Federal e M. D. F. L., Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 7 de maio de 2008. LEXSTF: v. 30, nº 359, 2008, p. 257-279, Disponível em: [\[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28434059%20E%20U+434059%20EACMS%20E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n5hl62x\]](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28434059%20E%20U+434059%20EACMS%20E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n5hl62x). Acesso em 20.03.2014.

viu acompanhar de defensor constituído, que, a nosso ver, é imperativo constitucional, com o qual não se compatibiliza a autodefesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito.

É que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, estabelece 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 artigo 133, também da Carta Magna, por sua vez, preceitua que ‘o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’.

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.

Tenho assim, como configurada, na espécie, a ocorrência de cerceamento de defesa da impetrante, eis que não se viu acompanhada de advogado, conforme a própria Administração afirmou, nem lhe foi designado defensor dativo, mostrando-se caracterizada a violação da garantia constitucional da ampla defesa e, conseqüentemente, a nulidade do processo administrativo que produziu a demissão da impetrante. [grifos nossos]

O Ministro Gilmar Mendes, Relator do acórdão no Supremo Tribunal Federal, consignara em seu voto o entendimento de que o único elemento apontado pela decisão recorrida como incompatível com o direito de ampla defesa, fora a ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão<sup>46</sup>.

Para o Relator, a dispensa da defesa técnica estaria inserida no artigo 156<sup>47</sup>, da Lei nº 8.112/90, que assegura 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”. [grifamos]

Assim, apenas os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado, o juramento do réu e seu interrogatório sob coação, com perguntas sugestivas

---

<sup>46</sup>Disponível em [<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547287>]. Acesso em 23.07.2014.

<sup>47</sup>BRASIL. Lei n.º 8.112, de 1990. 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.

ou capciosas e a incomunicabilidade depois da denúncia, seriam incompatíveis com a garantia da ampla defesa.

Ressaltara, ainda, o Ministro Relator que, tendo sido assegurados ao acusado os direitos à informação, “que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes”; à manifestação, “que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo”; e, à consideração dos argumentos manifestados, “que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas”, dúvidas não havia quanto ao pleno exercício da defesa, inexistindo, no caso, ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, a ser reconhecida.

Por fim, concluíra que a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo com habilitação, por si só, não importaria em nulidade de processo administrativo disciplinar, como já decidira o STF no seguinte caso<sup>48</sup>:

**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 a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória. (RE-AgR 244.027, 1ª T., Rel. Ellen Gracie, DJ 28.6.2002).

Os Ministros Menezes de Direito e Joaquim Barbosa acompanharam o voto do Relator.

Na mesma linha, o Ministro Carlos Britto, que acrescentara que o devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição, não asseguraria o direito à defesa técnica no processo administrativo disciplinar, sendo o advogado essencial, apenas à função jurisdicional. A defesa técnica, no entendimento do Ministro Britto, “implicaria mais do que a ampla defesa, e sim uma amplíssima defesa, ou seja, uma

---

<sup>48</sup> Outros precedentes da Súmula Vinculante, além do acórdão citado no texto, foram o AI 207197 AgR - Publicação:

DJ de 24/3/1998, RE 244027 AgR - Publicação: DJ de 28/5/2002, e MS 24961 - Publicações: DJ de 4/3/2005,

RTJ 193/347.

defesa transbordante”, concluindo que, ao se atribuir mais este encargo à Defensoria Pública, esta seria assoberbada em suas atividades ao acumular o atendimento aos necessitados e a defesa técnica dos servidores que optassem pela não nomeação do advogado.

O Ministro Ricardo Lewandowski argumentara que a defesa técnica seria mera faculdade do acusado em processo administrativo disciplinar.

Para a Ministra Carmen Lúcia, **a contrario sensu**, seria necessário o amparo de quem detivesse capacidade técnica na elaboração da defesa, quando alegada e provada a complexidade da questão e, em outros casos, em que apenas se atribuir tal faculdade ao acusado fosse proporcionar um “simulacro de defesa”.

O Ministro César Peluso anotara a necessidade de nomeação de defensor ou de destinação do processo à Defensoria Pública, sempre que o servidor se encontrasse em lugar incerto e só tivesse a ciência ficta do processo, ou quando o acusado no processo disciplinar não estivesse em condições de contratar patrono, caso em que lhe assistiria outra garantia: a da assistência jurídica integral e gratuita.

A Ministra Ellen Gracie manifestara-se no sentido de que a defesa realizada por defensor dativo, na forma estabelecida pela Lei nº 8.112/90, nos casos de revelia, atenderia ao requisito da defesa qualificada.

O Ministro Marco Aurélio suscitara questão acerca da existência de reiterados posicionamentos do STF sobre a matéria, para a adoção da Sumula Vinculante, a teor do disposto na Emenda nº 45, ao que o Ministro Celso de Mello apontara o MS 24.961/DF e o RE 244.277/RS, em agravo regimental, que atenderiam a exigência constitucional.

O Ministro Marco Aurélio, acatara o posicionamento do Relator, ponderando que, diante do que estatuído no artigo 156 da lei regedora das relações entre a Administração Pública e seus servidores, não seria admissível a reserva de mercado para a Advocacia, podendo terceiro, a critério do acusado, desincumbir-se da defesa em processo administrativo disciplinar.

Após a publicação da Súmula Vinculante nº 5/STF, os paradigmas jurisprudenciais foram sensivelmente modificados. Se antes a defesa técnica era julgada elemento imprescindível à validade do processo administrativo disciplinar, agora se tratava de mera opção do acusado.

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. DEMISSÃO. TESTEMUNHA. OITIVA. DEFESA TÉCNICA. ADVOGADO. SÚMULA VINCULANTE Nº 5/STF. ART. 156 DA LEI Nº 8.112/90. FACULDADE DO ACUSADO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

I - A garantia do direito à ampla defesa no processo administrativo disciplinar não abarca, necessariamente, o acompanhamento do indiciado por advogado ou defensor constituído, conforme a Súmula Vinculante n. 5/STF, o que, porém, não significa prescindibilidade de defesa técnica.

II - Por essa razão, se o acusado, valendo-se da faculdade que lhe outorga o art. 156, caput, primeira parte, da Lei nº 8.112/90, preferiu acompanhar a oitiva de testemunhas pessoalmente, sem a participação de advogado, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar, se, na espécie, a parte acusada utilizou-se das prerrogativas inerentes ao contraditório e à ampla defesa para, efetivamente, defender-se tecnicamente.

(...)

IV - "Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações também capituladas como crime" (art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90).

(...)

VI - Na espécie, não há que se falar em prescrição, pois a infração funcional data de 27/2/1997 e a portaria demissória de 12/5/2008. Ordem denegada.<sup>49</sup>

#### **4.1 A Súmula nº 343, do Superior Tribunal de Justiça.**

É bem verdade que vigência da Súmula 343/STJ, que exigia a presença de advogado nos processos administrativos disciplinares, houve casos de maliciosa inércia por parte de acusados, obrigando a Administração Pública a arcar com os ônus da indicação de dativos para assumirem a representação processual dos servidores investigados.

Tal situação era, evidentemente, insustentável, uma vez que a Administração Pública, paradoxalmente, respondia, tanto pela apuração e julgamento dos fatos irregulares atribuídos ao servidor, como pela representação e defesa deste.

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º 13.640/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 15/12/2008, publicado no DJe 13/02/2009.

Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 18.07.2014.

Não raras vezes quando o processo resultava em condenação, o servidor recorria ao Poder Judiciário alegando a insuficiência da peça defensiva e obtinha a anulação do processo disciplinar.

Além dos ônus impostos à Administração Pública ainda ocorria que, em razão do decurso do tempo, a prescrição sepultava a pretensão punitiva, impedindo a punição do faltoso.

Sem embargo do efeito positivo da Súmula Vinculante nº 5/STF, que suprime os abusos verificados na vigência da Súmula 343/STJ, a hipótese que se pretende confirmar no presente trabalho é que esse entendimento terminara por contrariar o postulado constitucional do devido processo legal.

Além disso, a pesquisa empírica esbarra na confidencialidade dos processos administrativos disciplinares, visto que deles constam dados pessoais protegidos pelo direito à intimidade.

É importante que se aborde o entendimento jurisprudencial anteriormente amparado pela Súmula nº 343, do Superior Tribunal de Justiça, que preconizava a obrigatoriedade da presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar, fundamentando-se nos seguintes precedentes jurisprudenciais:

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

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou 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.

Excerto do voto do Relator:

No que diz respeito à ocorrência do cerceamento de defesa é de se reconhecer que durante a instrução do inquérito, a impetrante não se viu acompanhar de defensor constituído, que a nosso ver, é imperativo constitucional, com o qual não se compatibiliza a autodefesa, em se considerando de acusado sem habilitação científica em direito.

(MS 7.078/DF – Relator: Ministro Hamilton Carvalhido – TERCEIRA SEÇÃO - DJ -09.12.2003, p. 206 – RSSTJ vol. 29 p. 341)

**ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO E DE DEFENSOR DATIVO. PRECEDENTES DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA.**

(...)

3. Na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o impetrante não contou com a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, circunstância que, à luz dos precedentes desta Corte de Justiça, elementar à 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. Precedentes desta corte.

4. Ordem concedida para que o Ministro de Estado da Saúde se abstenha de emitir portaria demissória do ora impetrante em razão dos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar n.º 25265.007811/2002-21, em decorrência de sua nulidade, sem prejuízo de instauração de novo procedimento, com observância das formalidades legais.

(MS 9.201/DF — Relatora Min. LAURITA VAZ – Terceira Seção – Julgamento:08/09/2004 – Publicação DJ 18.10.2004 p. 186RSSTJ vol. 29 p. 352)

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

I - *"A presença obrigatória de advogado constituído ou 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 litigantes, mas também os **acusados em geral**"* (Precedentes).

II - Independentemente de defesa pessoal, é indispensável a nomeação de defensor dativo, em respeito à ampla defesa.

III - Ordem concedida.

(MANDADO DE SEGURANÇA Nº 10.565-DF-RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER - Decisão: 08/02/2006 - DJ:13/03/2006 - PG:00178 - RSSTJ VOL.:00029 PG:00361)

EMENTA:CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADE. ART. 125, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO OU DEFENSOR DATIVO. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

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

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

IV - A declaração da nulidade de parte do procedimento não obsta que a Administração Pública, após o novo término do processo administrativo disciplinar, aplique a penalidade adequada à eventual infração cometida.

V - Recurso conhecido e parcialmente provido para reformar o acórdão *a quo*, declarando-se a nulidade do processo administrativo, com a consequente anulação do ato que impôs a pena ao militar.

(RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 20.148 - PE - RELATOR: MINISTRO GILSON DIPP - Decisão:07/03/2006 - Publicação: DJ: 27/03/2006 PG:00304 - RSSTJ - VOL.:00029 PG:00382)

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

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

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

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

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

(MS 10.837/DF - Rel. Ministro Paulo Gallotti -Relatora p/ o acórdão, Ministra Laurita Vaz -Decisão :28/06/2006 - publicação: DJ:13/11/2006-PG:00221).

Sob a égide desses posicionamentos não era admitida a autodefesa, se procedida por acusado sem habilitação em Direito entendendo-se, então, que a assistência jurídica

era elemento essencial à configuração das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sem o que não se poderia vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida.

Os processos ajuizados por acusados para questionar a inobservância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, por deficiência da assistência jurídica, levavam, não raro, à nulidade do processo administrativo disciplinar<sup>50</sup>.

Abusos certamente ocorreram, visto que em alguns casos os acusados se valiam do entendimento pretoriano para deixar de contratar advogados, visando obter o pronunciamento judicial de anulação do processo, com vistas, muitas vezes, à prescrição da pretensão punitiva.

Para evitar a anulação judicial dos processos disciplinares, que implicaria em sua reinstauração, com a designação de nova Comissão Processante e o refazimento dos atos anulados, com evidente prejuízo aos cofres públicos e risco de prescrição da pretensão punitiva, a Administração se via compelida a assumir os ônus da contratação de advogados, para acompanhar todas as fases do processo disciplinar e, apresentar a defesa técnica.

A partir da publicação da Súmula Vinculante nº 5/STF, o Superior Tribunal de Justiça, adequando-se ao novo entendimento, passara a rejeitar os pedidos de nulidade dos processos disciplinares fundados no argumento de vulneração dos princípios da ampla defesa e do contraditório, por falta de defesa técnica, como se observa dos seguintes padrões jurisprudenciais:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 535 DO CPC. SÚMULA 284/STF. SÚMULA 211/STJ. SÚMULA VINCULANTE 5/STF. SÚMULA 7/STJ. APLICABILIDADE.

(...)

4. O acórdão recorrido está expressamente embasado na Súmula Vinculante 5/STF, segundo a qual **"a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição"**.

(...)

---

<sup>50</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º 12.310/DF, Relatora Ministra MARIATHEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2008, publicado no DJe de 01/04/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipovisualizacao=null&livre=12310&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 20.03.2014.

6. Agravo Regimental não provido<sup>51</sup>.

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PORTARIA. AUSÊNCIA. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO. DESCRIÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS. DESNECESSIDADE. NOTIFICAÇÃO DOS ATOS DA COMISSÃO. CITAÇÃO. OCORRÊNCIA. DEFENSOR DATIVO. DESNECESSIDADE. ADVOGADO. FACULDADE DO ACUSADO. AUSÊNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE 5/STF.

(...)

4. O acusado optou por não comparecer e não se fez representar por advogado no curso do processo administrativo, não podendo alegar nulidade por falta de defensor dativo da Administração, cuja previsão legal se destina às hipóteses de revelia do acusado, o que não ocorreu no presente caso (art. 164, § 2º, da Lei n.8.112/1990).

**5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição (Súmula Vinculante 5/STF).** [destacamos]

6. Segurança denegada.<sup>52</sup>

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DEFESA TÉCNICA. PRESCINDIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O ato de exclusão do servidor do cargo de Agente de Portaria do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA foi devidamente fundamentado. [g.n.]

2. O impetrante participou do processo administrativo desde o seu início, tendo amplo acesso às peças dos autos, e à produção de provas, não subsistindo motivos que permitam a sua anulação, uma vez que foram observadas todas as garantias da defesa.

3. O Mandado de Segurança não se mostra adequado para o reexame de provas produzidas em Processo Disciplinar, quando a decisão administrativa foi exarada por autoridade competente e observando-se as formalidades essenciais do rito. Precedente.

(...)

**5. A falta de defesa técnica não implica, por si só, em cerceamento de defesa (Súmula vinculante nº 5/STF).** [destacamos]

6. Mandado de segurança denegado, julgando prejudicado o agravo regimental.

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 331.607/SP, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN,

SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 16/09/2013. Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp] acessado em 18.07.2014.

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º 11.687/DF, Relator: Ministro Sebastião Reis

Júnior, Terceira Seção, julgado em 11/09/2013, publicado no DJe em 18/10/2013. Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp]. Acesso em 18.07.2014.

(MS 14.034/DF, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 19/06/2013)

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. DEMISSÃO. TESTEMUNHA. OITIVA. DEFESA TÉCNICA. ADVOGADO. SÚMULA VINCULANTE Nº 5/STF. ART. 156 DA LEI Nº 8.112/90. FACULDADE DO ACUSADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

**I - A garantia do direito à ampla defesa no processo administrativo disciplinar não abarca, necessariamente, o acompanhamento do indiciado por advogado ou defensor constituído, conforme a Súmula Vinculante n. 5/STF, o que, porém, não significa prescindibilidade de defesa técnica.**

II - Por essa razão, se o acusado, valendo-se da faculdade que lhe outorga o art. 156, caput, primeira parte, da Lei nº 8.112/90, preferiu acompanhar a oitiva de testemunhas pessoalmente, sem a participação de advogado, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar, se, na espécie, a parte acusada utilizou-se das prerrogativas inerentes ao contraditório e à ampla defesa para, efetivamente, defender-se tecnicamente.

(...)

IV - "Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações também capituladas como crime" (art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90).

(...)

VI - Na espécie, não há que se falar em prescrição, pois a infração funcional data de 27/2/1997 e a portaria demissória de 12/5/2008. Ordem denegada.<sup>53</sup>

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. CONCESSÃO IRREGULAR DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENA DE DEMISSÃO. NULIDADE DA PORTARIA INAUGURAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS INVESTIGADOS E CAPITULAÇÃO. DESNECESSIDADE.

PRECEDENTES. ART. 161 DA LEI 8.112/90. FORMAÇÃO DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicos do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º 13.640/DF, Relator: Ministro Félix Fischer, Terceira Seção, julgado em 15/12/2008, publicado no DJe em 13/02/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>]. Acesso em 18.07.2014.

arbítrio, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais. Precedentes.

(...)

6. A Súmula Vinculante 5/STF comporta leitura que leve à conclusão de que a defesa técnica, no PAD, continua exigível, embora não tenha de ser feita indispensavelmente por Advogado, podendo ser exercida por quem possua conhecimento suficiente para deduzi-la com eficácia.

7. Ordem denegada.<sup>54</sup>

A doutrina também se adequara ao entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal. A autora Odete Medauar<sup>55</sup>, por exemplo, defendia antes da edição da Súmula nº 5/STF, que o conhecimento especializado do advogado contribuía para a tomada de decisão com respaldo na legalidade e justiça, além do que, a presença do advogado evitaria que o sujeito se deixasse guiar por emoções de momento, Senão, veja-se:

Nos *processos disciplinares* de servidores que possam resultar em penas graves já se firmou entendimento no sentido da necessidade de *defesa técnica*<sup>56</sup>, cabendo ao poder público a indicação de defensor dativo quando o servidor estiver desassistido ou se verificar revelia. Quanto aos demais processos, seria inviável que a Administração propiciasse defensor dativo a todos os sujeitos sem advogado próprio, daí a defesa técnica ser vista como possibilidade, não como exigência.

Após a edição da Súmula Vinculante nº 05, o texto foi assim redimensionado:

Nos *processos disciplinares* de servidores se firmara entendimento no sentido da necessidade de defesa técnica o que gerava para a Administração a obrigatoriedade de indicar advogado dativo para o servidor desassistido. Tal orientação se alterou com a Súmula Vinculante 05 do STF, que aboliu a exigência, tornando-se facultativa a defesa técnica: ‘A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição’<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 13.518/DF, Relator: Ministro NapoleãoNunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 05/12/2008, publicado no DJe em 19/12/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 18.07.2014.

<sup>55</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 169.

<sup>56</sup> A autora define a defesa técnica como aquela “realizada pelo representante legal do interessado, o advogado. Várias justificativas surgem, de regra, quanto à defesa técnica: equilíbrio entre os sujeitos ou paridade de armas, vinculado à plenitude do contraditório”.

<sup>57</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo:

Sem embargo, o posicionamento da autora fora radicalmente alterado, para se adequar ao entendimento da Corte Suprema, deixando o servidor público de contar com importante suporte doutrinário na defesa de seus direitos perante a Administração Pública.

### **3.3 Algumas considerações sobre os processos administrativos disciplinares analisados.**

Cabe, inicialmente, ressaltar que a pesquisa empírica realizada neste trabalho esbarrou no impeditivo do sigilo dos processos administrativos disciplinares, nos quais há dados e situações pessoais afetos ao servidor acusado.

Assim, a análise fora procedida nos processos da Coordenação de Assuntos Disciplinares da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, onde a autora exercera o cargo de Advogada da União.

Nesses processos verificou-se que as defesas técnicas foram realizadas: i) por advogados constituídos nos autos pelos servidores acusados; ii) por advogados das associações sindicais respectivas; iii) por defensores dativos nomeados pela autoridade instauradora, ou iv) pessoalmente, pelo próprio acusado.

Nos processos em que ocorrera a inércia dos acusados na nomeação de advogados, os órgãos de origem designaram servidores dativos para a apresentação da defesa técnica.

Houve ao menos um caso em que a autoridade instauradora considerara a defesa apresentada pelo servidor dativo insuficiente, uma vez que não enfrentara todos os pontos da acusação e, concluindo estar o acusado indefeso, determinara a anulação do feito para que outra peça defensiva fosse trazida aos autos por novo dativo designado.

Observou-se, ainda, que a sanção disciplinar fora aplicada tanto naqueles que contaram com a participação de advogados constituídos, como nos processos em que a defesa fora apresentada por advogados dativos ou pelo próprio servidor, em razão da gravidade dos atos praticados.

## 4 CONCLUSÃO

Como já fora ressaltado a pesquisa empírica realizada neste trabalho restringiu-se aos processos administrativos disciplinares instaurados para apurar condutas de policiais federais e rodoviários federais, encerrados no ano de 2013, aos quais a autora teve acesso em razão de exercer, à época da análise, o cargo de Advogada da União na Coordenação de Assuntos Disciplinares da Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral da União no Ministério da Justiça.

Merece ser destacado que as carreiras policiais federais ostentam o conhecimento jurídico entre suas qualidades profissionais, estando associadas a sindicatos e federações que dispõem de corpos jurídicos hábeis a prestar o necessário apoio aos acusados.

Além disso, as autoridades instauradoras e julgadores e os órgãos correccionais, nos casos analisados, se mostraram atentos à qualidade das defesas e à inércia dos acusados, designando, nesses casos, servidores dativos para representá-los. Também anularam os processos quando as defesas apenas circundaram os fatos, com questões preliminares, não oferecendo argumentos de mérito.

Acrescente-se que, no âmbito federal o processo administrativo disciplinar submete-se a diversos níveis de análise. Inicia-se com a apuração preliminar, seguindo-se a atuação da Comissão Processante e segue para as Corregedorias dos órgãos, para subsequente decisão da autoridade competente. Se a decisão estiver no âmbito de competência do Ministro de Estado, o processo é, também, analisado pelas Consultorias Jurídicas, órgãos de execução da Advocacia Geral da União – AGU, que atuam na Administração Pública Federal. Em qualquer desses níveis, o processo poderá ser anulado, total ou parcialmente, por inobservância das regras que o regem.

Assim, poder-se-ia concluir que a Súmula Vinculante nº 5, não trouxe qualquer prejuízo ao processo administrativo disciplinar.

Entretanto, o PAD também é instaurado para apurar a responsabilidade de servidores, cujo ingresso ao cargo não demanda a formação jurídica ou graduação em qualquer outra área de conhecimento e que, além de não estarem preparados para a autodefesa, também não dispõem de recursos econômicos para contratar um advogado.

A petição elaborada por esse acusado, a toda evidência, não poderá não satisfazer aos princípios constitucionais ditados pelo Estado de Direito, tendo em vista os meandros processuais ignorados pelos leigos, tais como os prazos processuais e as oportunidades de arguir a suspeição ou impedimento dos membros da comissão processante, impugnar testemunhas, requerer acareações, e solicitar a realização de perícias técnicas, dentre outros.

Veja-se, a propósito, o seguinte acórdão da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que aborda, exatamente, a falta de defesa técnica no processo disciplinar, tendo a decisão judicial, afastado a argumentação do servidor, um office-boy demitido, com fundamento na Súmula 05/STF:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO ADMINISTRATIVO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - DEMISSÃO DE SERVIDOR MUNICIPAL - IRREGULARIDADES - INEXISTÊNCIA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(...)

2. Os ditames da Lei n. 8.112/1990 não alcançam os servidores estaduais e municipais, eis que regulamentam o regime estatutário dos servidores da União.

3. Havendo nos autos demonstração de que a composição da comissão processante obedeceu aos critérios estabelecidos em lei municipal, não há falar-se em nulidade do processo administrativo.

**4. "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição." (Súmula Vinculante nº 5, STF)**

5. Recurso conhecido e não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0433.15.022968-3/001 - COMARCA DE MONTES CLAROS - AGRAVANTE(S): SEBASTIÃO LOPES DE ABREU - AGRAVADO(A)(S): MUNICIPIO DE MONTES CLAROS

A C Ó R D ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. RONALDO CLARET DE MORAES (JD CONVOCADO)

RELATOR. DES. RONALDO CLARET DE MORAES (JD CONVOCADO) (RELATOR)

V O T O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido liminar, interposto por SEBASTIÃO LOPES DE ABREU contra a decisão de f. 649/650-TJ proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Empresarial e de Fazenda Pública da Comarca de Montes Claros, que, nos autos da "ação de anulação de processo administrativo disciplinar" ajuizada em face do MUNICÍPIO DE MONTES CLAROS, indeferiu o pedido de tutela antecipada.

Em suas razões recursais, pugnando pela reintegração liminar no cargo anteriormente ocupado, alega o agravante, em síntese: que "o

procedimento administrativo é norteado pelo Código de Processo Penal", de modo que ausente a apresentação de defesa pelo processado, a nomeação de defensor dativo era medida que se impunha; que pela hierarquia das leis, deve ser aplicada no âmbito do processo administrativo a Lei 8.112/90, que exige que a comissão processante seja composta por três membros estáveis; que o documento de f. 77 referente ao depoimento do autor quando ouvido na comissão não substitui a notificação para apresentação da defesa prévia.

Decisão às f. 657/661, por meio da qual foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

Contraminuta apresentada pelo Município de Montes Claros às f. 667/674.

Informações prestadas pelo ilustre magistrado da causa à f. 676, comunicando a manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

A controvérsia posta em deslinde cinge-se no direito do autor, ora agravante, de ser reintegrado no cargo público de office boy, do qual foi demitido após processo administrativo instaurado em seu desfavor. O instituto da tutela antecipada consiste na antecipação dos efeitos da sentença de mérito, mediante cognição sumária e, para a sua concessão, faz-se necessária a presença de todos os pressupostos estabelecidos no art. 273, do Código de Processo Civil, quais sejam: prova inequívoca das alegações, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e reversibilidade do provimento antecipatório.

A prova inequívoca consiste na demonstração dos fatos articulados na peça vestibular, por intermédio de prova idônea suficientemente forte, capaz de convencer o Juiz acerca da verossimilhança das alegações, aliada ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Em caso contrário, se o convencimento do julgador depender de outros elementos probatórios, para só então, em análise do conjunto, extrair-se a conclusão, a tutela deve ser indeferida.

No caso em espécie, o pleito antecipatório deduzido pelo agravante funda-se em dois argumentos, a saber: que a ausência de defesa prévia pelo processado impunha-se a nomeação de advogado dativo e, ademais, que houve irregularidade na composição da comissão processante, eis que todos os membros integrantes deveriam ser servidores estáveis, a teor da Lei 8.112/90, o que não ocorreu no caso. Impende registrar, inicialmente, que, malgrado seja defeso ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo, é-lhe assegurado o exercício do controle de legalidade e legitimidade, a fim de resguardar os princípios da finalidade, da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, erigidos pela Carta Magna.

Nesse sentido, quando os demais Poderes se desprenderem dos alicerces constitucionais, violando direitos, seja do indivíduo, seja da coletividade, exsurge a possibilidade de ser exercido o controle judicial, com o escopo de restaurar a situação de legitimidade e legalidade.

Com a devida vênia aos argumentos expendidos pelo agravante, não vislumbro, nessa análise prévia e provisória, característica do agravo de instrumento, qualquer ilegalidade no procedimento que culminou na demissão do servidor, noticiada pela Portaria n. 45/2014 (f.36-TJ).

No que tange aos membros integrantes da comissão responsável pelo processamento do Processo Administrativo Disciplinar, preconiza a

Lei Municipal n. 3.175/2003 (Estatuto do Servidor Público do Município de Montes Claros):

Art. 169. O processo administrativo disciplinar será conduzido por comissão composta pelo titular do órgão correccional e por mais dois servidores, sendo um estável e outro preferencialmente estável, designados pelo Corregedor. (f. 641-TJ)

Vê-se, pois, que a legislação responsável pela regulamentação da matéria em âmbito municipal exigiu que apenas um dos integrantes da comissão processante seja necessariamente estável.

Na hipótese dos autos, observa-se dos elementos de prova coligidos aos autos que a comissão julgadora nomeada foi inicialmente composta pelos servidores (...) (f. 41-TJ), tendo sido, posteriormente, substituída pela comissão composta por (...) (f. 499-TJ).

Relativamente à primeira comissão processante, nota-se que houve observância da norma em comento, eis que a servidora (...) já era estável em 06/08/2014, quando se instaurou o Processo Administrativo (f. 41-TJ), conforme se observa da declaração de f. 647-TJ.

No mesmo sentido, observa-se que (...) integrantes da segunda comissão processante, também eram estáveis, conforme evidencia a certidão de f. 637-TJ.

Nesse particular, impende salientar que os ditames da Lei n. 8.112/1990 não alcançam os servidores estaduais e municipais, eis que regulamentam o regime estatutário dos servidores da União.

Ora, compete ao Chefe do Executivo de cada ente federativo a edição de lei que disponha sobre o regime jurídico dos seus servidores públicos, ex vi do artigo 39 c/c 61, §1º, II, "c", ambos da Constituição da República.

Com efeito, não prospera a alegação de que deve se aplicar em âmbito municipal o regulamento instituído pela Lei Federal n. 8.112/90.

**Melhor sorte não socorre ao agravante, no tocante à necessidade de nomeação de defensor dativo, tendo em vista a prescindibilidade de defesa técnica em processo administrativo, já referendada por súmula vinculante:**

**Súmula Vinculante n.º 5 (STF): A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.** [destacamos]

A propósito, nesse sentido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO ANULATÓRIA - DEMISSÃO DE SERVIDOR MUNICIPAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PRESENÇA DE DEFENSOR TÉCNICO - SÚMULA VINCULANTE N.º 5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRESCINDIBILIDADE - PROVA PERICIAL - AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO - PRECLUSÃO - PROVA TESTEMUNHAL - FALTA DE INTIMAÇÃO DO SERVIDOR PARA ACOMPANHAR OS DEPOIMENTOS - ART. 187 DA LEI COMPLEMENTAR N.º 05/97, DO MUNICÍPIO DE SARZEDO - OFENSA À GARANTIA DA AMPLA DEFESA - NULIDADE PARCIAL DO PROCESSO DISCIPLINAR E, POR CONSEQUÊNCIA, DA DEMISSÃO - DIREITO DO SERVIDOR AO RECEBIMENTO DAS PARCELAS RETROATIVAS - DANOS MORAIS - INOCORRÊNCIA.

**1. À luz do art. 180 da Lei Complementar n.º 05/97, do Município de Sarzedo, e da Súmula Vinculante n.º 05 do Supremo Tribunal**

**Federal, a presença de advogado não é imprescindível para a validade do processo administrativo instaurado em face de servidor, que poderá exercer a sua defesa independentemente do auxílio de defensor. [destacamos]**

(...) (TJMG - Apelação Cível 1.0114.06.069121-8/001, Relator(a): Des.(a) Edgard Penna Amorim, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/03/2012, publicação da súmula em 16/03/2012)

Por derradeiro, no que tange à alegada ausência de notificação, extrai-se do termo de depoimento colacionado às f. 86-TJ que o próprio agravante, na oportunidade, renunciou o prazo legal para defesa:

"que manifestou por livre e espontânea vontade interesse de prestar seu depoimento pessoal nos autos do processo em epígrafe, oportunidade em que afirmou ainda nem ter recebido a citação que lhe forma remetida pelo Correio desde o dia 08/08/2014; que na oportunidade cientificado do art. 175 da Lei 3175/03, o depoente abre mão do prazo legal nele referido. (...)"

Com efeito, nessa cognição sumária, em face da ausência da prova inequívoca das alegações, impõe-se a manutenção da decisão agravada.

**CONCLUSÃO**

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

Custas recursais, pelo agravante, suspensa, contudo, a exigibilidade, por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

(...)

(Agravamento de Instrumento-Cv 1.0433.15.022968-3/001 0671033-42.2015.8.13.0000 (1) - Relator(a):Des.(a) Claret de Moraes (JD Convocado), 6ª CÂMARA CÍVEL, Comarca de Origem: Montes Claros-Data de Julgamento 15/12/2015-Data da publicação da súmula: 18/12/2015)

É plenamente possível que ocorra danos àquele servidor cujo nível de instrução não lhe permita atingir o conhecimento técnico necessário à elaboração ou compreensão de uma peça tão essencial como a defesa e que não tenha condições, também, de contratar advogado para representá-lo.

O direito à defesa caminha *pari passu* com a solução justa dos processos, e embora não assegure a absolvição do culpado garante, ao menos, uma maior segurança jurídica às decisões da autoridade.

Vale lembrar que o advogado é essencial à distribuição da justiça, e é de justiça que se trata, também, no processo administrativo disciplinar.

Nesse sentido, a lição de Miguel Reale<sup>58</sup>:

---

<sup>58</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 174.

Muitas vezes (...) a grandeza de um advogado consiste exatamente em descobrir uma falha na jurisprudência tradicional, abrindo caminhos novos na interpretação e aplicação do Direito.

O verdadeiro advogado é aquele que, convencido do valor jurídico de uma tese, leva-a a debate perante o pretório e a sustenta contra a torrente das sentenças e dos acórdãos, procurando fazer prevalecer o seu ponto de vista, pela clareza do raciocínio e a dedicação à causa que aceitou. É nesse momento que se revela advogado por excelência, que se transforma em jurisconsulto.

Não nos parece, contudo, que a simples revogação do entendimento do STF possa solucionar o problema, visto que, com isso, poderiam ressurgir os abusos anteriores à Súmula 5/STF, praticados por servidores acusados que se mantinham inertes, para que a Administração Pública assumisse suas defesas.

A solução, a nosso ver, seria a revogação do entendimento vinculante, porém, acompanhado da determinação de participação da Defensoria Pública, na defesa dos servidores que não pudessem arcar com os custos da contratação de advogado, ou outra que atendessem a esse desiderato.

A Administração Pública se estende pelos níveis federal, estadual e municipal, assim, não é difícil prever que, entre os servidores menos favorecidos financeiramente, existam aqueles que tenham sofrido consequências processuais pouco favoráveis, em razão dessa condição.

Dito isso, conclui-se que em relação aos servidores hipossuficientes, jurídica ou economicamente, a Súmula nº 5/STF pode vir a representar um retrocesso no direito à ampla defesa e, via de consequência, uma contrariedade ao princípio do devido processo legal, mormente no caso de aplicação das penas mais graves, como demissão e cassação de aposentadoria, que não deveriam prescindir da defesa técnica elaborada por advogado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Henry J.; PERRY, Bárbara. *Freedom and the court*. 6.ed. Oxford University Press, 1994, p. 94, **apud** SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**, 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto; Wambier; Teresa Arruda Alvim (Coord). O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 33. n. 163. setembro/88. p. 55.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e Teria da Constituição*. 5. ed. Coimbra. Portugal: Almedina, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 4.ed. rev. amp. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fred. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.1-Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.

DWORKIN, Ronald Myles. É o direito um sistema de regras? **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, RS. v.34, n.92, p. 119-158, set./dez. 2001

FERRAZ, Luciano. Due process of law e parecer prévio das cortes de contas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, ano 1, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10.03.2014.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Devido processo legal e fundamentação das decisões**. Revista de Direito Tributário nº 63.

FREDERICO MARQUES, José. “O artigo 141, § 4º, da Constituição Federal”, Revista de Direito Universidade do Ceará, nº 16, **apud**SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.22.ed. São Paulo: Malheiros.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7.ed. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 22.ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. amp. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**, 3. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. Súmula vinculante e reforma do Judiciário. *Correio Braziliense*, Caderno Direito e Justiça, p. 3, 9 fev.1998, *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007. p.558.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

WRIGHT, Louis B. Magna Carta and the tradition of liberty. US Capitol Society, 1976, p. 18, *apud* SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**, 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.