

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES  
UNTA  
BACHARELADO EM DIREITO**

**DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO  
DISCIPLINAR (PAD) NO ÂMBITO DO SERVIÇO PÚBLICO  
FEDERAL: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL  
INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO  
STF**

**GIBBSON DIAS SILVA ANDRADE**

**CARUARU  
2017**

**GIBBSON DIAS SILVA ANDRADE**

**DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO  
DISCIPLINAR (PAD) NO ÂMBITO DO SERVIÇO PÚBLICO  
FEDERAL: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL  
INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO  
STF**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação da Profa. Me. Roberta Cruz da Silva.

**CARUARU  
2017**

## **BANCA EXAMINADORA**

Aprovado em: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_.

---

Profa. Me. Roberta Cruz da Silva  
(orientadora)

---

Primeiro Avaliador

---

Segundo Avaliador

## DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho de conclusão de curso à todos os servidores públicos que, de alguma forma, contribuem para a boa prestação de seus serviços à sociedade.*

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus pelo dom da vida, por todas as bênçãos e porque sem Ele nada disso seria possível em minha vida.

Aos meus pais, Edna Maria da Silva Andrade e Davi Dias de Andrade, por sempre terem acreditado em mim e por não medirem esforços para que eu conseguisse a realização de mais um sonho, compartilhando comigo, desde o início da minha vida, todas as minhas conquistas.

À minha querida esposa, Rebeca Pereira da Silva Andrade, por toda afetividade, paciência e por estar ao meu lado me acompanhando, me incentivando, me dando forças e por nunca ter desacreditado em mim.

Às minhas irmãs, Débora Dias da Silva Andrade e Jaqueline Dias da Silva Andrade, pelo encorajamento que me foi dado e por sempre acreditarem e me terem como espelho em suas vidas.

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

À minha querida orientadora, Professora Roberta Cruz da Silva, pela paciência, compreensão, profissionalismo e por todo momento que esteve disponível para me auxiliar na construção desse trabalho.

Aos meus amigos pelo companheirismo e amizade.

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

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo apresentar a necessidade da existência de limites para a atuação do poder do Estado, por meio de suas instituições e de seus agentes públicos, a fim de garantir, não apenas o interesse público, mas também proteger os direitos individuais tutelados na Constituição da República Federativa do Brasil. É objeto deste trabalho a análise da atuação dos Tribunais Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal ao editarem súmulas, deste último vinculante, acerca da obrigatoriedade ou não da presença de advogado na defesa técnica do particular no processo administrativo disciplinar. Este trabalho se propõe, ainda, a apresentar os fundamentos que ensejaram na edição de tais súmulas, mostrando algumas correntes doutrinárias que se debruçaram sobre o tema. Para esse fim, foi utilizado como técnica para o estudo, pesquisas bibliográficas, textos de leis, revistas, periódicos, artigos, manuais e jurisprudências, com a devida utilização do método qualitativo. A proposta é apreciar o contexto político-jurídico em que a discussão sobre o tema se deu, apresentando os pontos fulcrais que questionam a atuação dos ministros do STF ao editarem a súmula que desobriga a participação do advogado nos processos administrativos disciplinares. Em seguida, busca-se, com este trabalho, apresentar os resultados das pesquisas que foram feitas, as quais servirão de subsídio para fundamentar a importância imprescindível da participação do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar, na busca pela proteção da ampla defesa do processado e pela proteção contra possíveis abusos de poder por parte dos agentes públicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Administrativo Disciplinar – Ampla Defesa – Súmula nº 343 do STJ – Súmula Vinculante nº 5 do STF – Participação do Advogado no PAD.

## **ABSTRACT**

This monographic work aims to present the need for limits to the power of the State, through its institutions and their public agents, to ensure, not only the public interest, but also protect the individual rights protected in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Object of this work is the analysis of the performance of the Superior Court of Justice and the Supreme Court to the edit summaries, the latter binding on the requirement of the presence of a lawyer in particular technical defense in administrative disciplinary process. This work aims to present the reasons that they gave in such overviews, showing some doctrinal currents that pored over the theme. For this purpose, it was used as a technique for the study, bibliographic research, texts of laws, journals, periodicals, articles, manuals and case law, with proper use of qualitative method. The proposal is to enjoy the political and legal context in which the discussion on the issue took place, presenting the key points that are questioning the actions of the Ministers of the Supreme Court to edit the scoresheet that relieves the participation of counsel in disciplinary administrative processes. Then, with this work, presenting the results of the research were made, which will serve as a subsidy to support the vital importance of the participation of counsel at all stages of the administrative disciplinary process in the quest for broad protection of Defense sued and protection against possible abuses of power by public agents.

**KEYWORDS:** Administrative Disciplinary Process – Wide Defense – Summary no. 343 of the STJ – Binding Summary no. 5 of the STF – Participation of the Lawyer in the PAD.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>CAPÍTULO I – O CONTROLE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	10
1.1 Breve Análise Sobre a Soberania do Estado e seus Limites .....	10
1.2 Controle na Administração Pública e suas classificações .....	14
1.3 Controle Administrativo Interno ou Controle Administrativo .....	18
1.4 Poderes Administrativos .....	19
<b>CAPÍTULO II – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E A QUESTÃO DA PARIDADE DE ARMAS</b> .....	25
2.1. Conceituação e Legislação Aplicada ao Processo Administrativo.....	25
2.2. Conceituação, Princípios, Objetivos e Aplicação do PAD.....	28
2.3. Equiparação do PAD ao Processo Penal .....	31
2.4. A Paridade de Armas no Ordenamento Jurídico aplicada ao PAD .....	33
<b>CAPÍTULO III – A ATUAÇÃO DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR</b> .....	37
3.1. Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) <i>versus</i> Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal (STF) .....	37
3.2. Críticas à Fundamentação da Súmula Vinculante nº 5 do STF .....	41
3.3. Abuso do Poder Disciplinar .....	47
<b>CONCLUSÃO</b> .....	49
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	51



## INTRODUÇÃO

Todas as normas devem, por adequação constitucional, estar de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), sob pena de serem consideradas inconstitucionais e, desta forma, terem seu texto revogado parcial ou totalmente. Logo, todas as normas brasileiras abaixo desta têm o *status* de norma infraconstitucional. O tratamento conferido à Administração Pública, por meio do Direito Administrativo, não é diferente.

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

No âmbito da Administração Pública federal, o PAD é umas das “ferramentas” à disposição da daquela para se apurar e punir condutas que causem danos ao patrimônio público, contudo, a atuação do Estado não é ilimitada, pois, de acordo com o princípio da legalidade, o(s) Agente(s) Público(s) processante deve(m) observância a todas as garantias constitucionais e infraconstitucionais que resguardam o processado.

É consenso que nem todo homem médio é habilitado para atuar como advogado. Para isso, se faz necessário cursar com aproveitamento uma graduação em Direito, provar sua capacidade técnica em exame de proficiência e se inscrever na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Logo, diante da complexidade do conhecimento técnico que um bacharel em Direito deve possuir, este, e somente este, terá condições de defender um agente público que esteja enfrentando um PAD pois, a menos que este processado seja também bacharel em Direito – ou que possua notório saber jurídico –, não dispõe da habilitação e conhecimento técnico necessário para exercer sua defesa plena e ampla diante de um processo de apuração com fins punitivos, tornando-se, o advogado, indispensável à manutenção da justiça.

A justificativa principal do presente estudo se dá face a discussão levantada entre o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e a Suprema Corte brasileira (STF), a qual aquele Tribunal entendeu, no ano de 2007, que a presença do advogado era obrigatória em todas as fases do processo administrativo disciplinar, homenageando, portanto, a indispensabilidade deste. Por outro lado, o STF, no ano de 2008, sumulou o entendimento de que a ausência do advogado

no tipo de processo em tela, não ofendia a Constituição. É diante deste impasse entre os mais altos Tribunais brasileiros que se desenvolve o presente estudo.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foram utilizadas pesquisas bibliográficas, análise de legislação infraconstitucional e julgados dos referidos Tribunais. A pesquisa de origem bibliográfica lastreou-se em doutrinas consagradas no meio acadêmico, artigos científicos e publicações de especialistas da área.

O presente trabalho de conclusão de curso se apresenta em três capítulos. No primeiro capítulo é abordada a estrutura do Estado e sua relação com a sociedade e o indivíduo, mostrando, portanto, os limites de atuação da Administração Pública e os mecanismos de controle que a sociedade exerce sobre ela. No segundo capítulo é apresentada a conceituação de processo administrativo, os princípios que o regem, seu objetivo e aplicação e a equiparação do PAD ao processo penal brasileiro por meio do princípio da paridade de armas. Por último, no terceiro capítulo é trazida a discussão acerca da presença do advogado no processo administrativo disciplinar, discussão essa que se pauta na obrigatoriedade da presença deste ou não, a depender do entendimento do Tribunal e as críticas apresentadas contra o posicionamento da Suprema Corte brasileira.

# CAPÍTULO I – O CONTROLE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

## 1.1 Breve Análise Sobre a Soberania do Estado e seus Limites

Há muito tempo, no que se refere à organização de Estado entre as várias sociedades que existiram e existem no mundo, vem-se refletindo e discutindo acerca da soberania dos Governos e seus limites em face dos seus governados. O contratualista Locke já defendia que o homem em sociedade abre mão de parte de sua liberdade e confere ao Estado a responsabilidade de garantir alguns direitos naturais como a propriedade, a segurança, o conforto e a paz. Neste sentido se entende que nem mesmo o Estado poderá interferir na individualidade do sujeito, de modo a retirar-lhes estas garantias, de forma arbitrária, senão, veja-se:

[...] não deve ficar sob qualquer outro poder legislativo senão o que se estabelece por consentimento na comunidade, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei senão o que esse poder legislativo promulgar de acordo com o crédito que lhe concedem. [...] a liberdade dos homens sob governo importa em ter regra permanente pela qual viva, comum a todos os membros dessa sociedade e feita pelo poder legislativo nela erigido: liberdade de seguir a minha própria vontade em tudo quanto a regra não prescreve, não ficando sujeita à vontade inconstante, incerta e arbitrária de qualquer homem [...].<sup>1</sup>

No entanto o poder soberano, embora exercido de modo quase que ilimitado, deve sofrer limitações em suas prerrogativas, de modo que o interesse público seja buscado e alcançado sem ferir nenhuma garantia fundamental ao povo subordinado a este poder.

É sabido que até mesmo os governos absolutistas mantinham, e/ou mantém, um mínimo de limite em seus poderes, os quais deveriam ser respeitados para que seu povo não se rebelasse contra seu líder, que por sua vez poderiam ser monarcas, imperadores, faraós, papas, céсарes entre outros.

O historiador, poeta, pensador e escritor, reconhecido como fundador do pensamento e da ciência política moderna, nascido no século XV, Nicolau Maquiavel, com base numa metodologia de análise essencialmente empírica, traz uma definição, do que ele chama de “*Governo Civil*”, acerca da forma que o povo, insatisfeito com seu governo opressor e sem limites - que pode ser um monarca ou não, por não suportar mais os atos desenfreados deste

---

<sup>1</sup> VANIN, Andrei Pedro. Limites do estado de natureza e liberdade civil em Locke.: Limits of the state of nature and civil liberty in Locke. **Revista Urutágua**. nº 31, 65-72, nov. 2014. ISSN: 15196178. p. 69. Disponível em: <<http://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=6&sid=5591f66b-67f3-4932-9f0f-16f055ce0883@sessionmgr1>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

líder Estatal, estabelece um novo governo elegendo um membro do próprio povo, onde o autor sugere o que é necessário para o cidadão, membro do povo, ser o novo soberano:

Para atingir tal posição, o cidadão não dependerá inteiramente do valor ou da sorte, mas da astúcia afortunada. Chega-se a ela com o apoio da opinião popular ou da aristocracia. [...], que **nascem do desejo do povo de se subtrair à opressão dos poderosos**, e da tendência destes últimos para dirigir e oprimir o povo.<sup>2</sup> (grifo nosso).

Outro pensador que também adotava a metodologia de análise empírica, fundada na observação dos governos de sua contemporaneidade<sup>3</sup>, e que também desenvolveu pensamentos importantíssimos para que melhor se compreendesse os conceitos de poder, povo, soberano (detentor do poder) e seus limites, foi Montesquieu. Sistematizador da teoria da *Tripartição de Poderes* – divisão dos poderes do Estado em três órgãos distintos (legislativo, executivo e judiciário), em uma de suas obras, Montesquieu defende que ao homem se faz necessária a imposição de limites, mesmo num Estado Democrático de Direito, pois se assim não o for, este detentor do poder tende a abusar do poder, excedendo-o até encontrar limites:

A democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas elas nem sempre existe nos Estados moderados; mas trata-se de uma experiência eterna que **todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites**.<sup>4</sup> (grifo nosso).

Ainda sobre a temática do homem detentor do poder soberano no âmbito interno de atuação, isto é, dentro do seu próprio território, e a necessária submissão do Estado aos princípios naturais que regem a humanidade, Sahid Maluf, afirma que:

*Limitam a soberania os princípios de direito natural*, porque o Estado é apenas instrumento de coordenação do direito, e porque o direito positivo que do Estado emana só encontra legitimidade quando se conforma com as leis eternas e imutáveis da natureza. Como afirmou São Tomás de Aquino, *uma lei humana não é verdadeiramente lei senão enquanto deriva da lei natural; se, em certo ponto, se afasta da lei natural, não é mais lei e sim uma violação da lei*. E acrescenta que nem mesmo Deus pode alterar a lei natural sem alterar a matéria – *Neque ipse Deus*

<sup>2</sup> MACHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe**. Coleção a obra-prima de cada autor. (Trad. Pietro Nassetti). 9 ed. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 56.

<sup>3</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **O controle interno da Administração Pública e seus mecanismos**. Revista dos Tribunais, v. 956/2015, p. 25 – 50, Jun 2015. p. 1/14. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000157bb4ae d56f7379a7d&docguid=I05eefb30fb9e11e485db01000000000&hitguid=I05eefb30fb9e11e485db01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=29&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>>>. Acesso em: 12 out. 16.

<sup>4</sup> MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. (Trad. Cristina Murachco). 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166.

*dispensare poteste alege naturali, nisi mutandomateriam. Ergo lex naturalis est immutabilis seu proprio mutari omnino non potest.* (grifo do autor)<sup>5</sup>

Por conseguinte, ainda na perspectiva da importância de se estabelecer limites ao soberano, detentor do poder de governar, o teórico contratualista Jean-Jacques Rousseau afirma que, uma vez que o povo abriu mão de parte de sua liberdade e de seus bens, “contraindo com o Estado um pacto denominado ‘Contrato Social’ ” – depositando nas mãos do Estado o dever de satisfazer às necessidades e desejos do povo com os recursos oferecidos pelo próprio povo, o Estado tem por obrigação de atender tais exigências de modo a não se exceder na aplicação do seu poder ora pactuado. E para isso, Rousseau defende que há a “necessidade da existência da lei oriunda da vontade geral como mecanismo essencial para limitar as liberdades dos indivíduos e, assim criar-lhes obrigações.<sup>6</sup>”.

Rousseau preleciona que:

Vê-se por aí que o poder soberano, todo absoluto, todo sagrado, todo inviolável que é, não passa nem pode passar além dos limites das convenções gerais, e que todo homem pode dispor plenamente da parte de seus bens e da liberdade que lhe foi deixada por essas convenções; de sorte que o soberano jamais possui o direito de sobrecarregar um vassalo mais que outro, porque então, tornando-se o negócio particular, deixa o seu poder de ser competente.<sup>7</sup>

O que se vê surgir com o que foi exposto, mesmo que de maneira incipientemente, é a ideia da *legalidade* da atuação do Estado, isto é, nada poderá o Estado fazer senão for previamente pactuado com os seus concidadãos, por meio de leis anteriormente aprovadas através de mecanismos democráticos, de modo que os direitos e as liberdades naturais do povo sejam garantidos e que o Estado, com seu poder soberano, não cometa excessos.

Que o Estado está sujeito ao seu próprio Direito positivo, disto não se tem qualquer dúvida. Neste sentido Jorge Miranda aduz que:

[...] o Estado não é chamado ao poder de legislar senão porque promete, e não pode deixar de prometer, sujeitar-se às leis que ele próprio faz; esta sujeição é a condição para ele poder ser chamado a legislar. E, assim, pode também se dizer que os dois preceitos jurídicos de direito natural – o que estabelece o poder legislativo todo

<sup>5</sup> MALUF, Sahid *apud* FRIEDE, Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do Estado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 72.

<sup>6</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **O controle interno da Administração Pública e seus mecanismos**. Revista dos Tribunais, v. 956/2015, p. 25 – 50, Jun 2015. p. 1. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad8181600000157bb4ae d56f7379a7d&docguid=I05eefb30fb9e11e485db01000000000&hitguid=I05eefb30fb9e11e485db01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=29&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>>>. Acesso em: 12 out. 16.

<sup>7</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Versão para e-book. (Trad. Rolando Roque da Silva). Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores. p. 46. Disponível em: <http://www.elivros-gratis.net/livros-gratis-jean-jacques-rousseau.asp>>. Acesso em: 21 out. 2016.

governante e o que estabelece a sujeição desse mesmo governante às suas próprias leis – se acham indissolúvelmente ligados um ao outro.<sup>8</sup>

Contudo apenas a criação de leis não garante o cumprimento por parte do Estado, embora este também guarde uma relação de obediência, se submetendo aos limites impostos por elas. Como consequência natural, se são criados limites ao Estado, para que se evite o abuso do poder e que se faça cumprir o que prescreve a lei, faz-se necessário também a criação de mecanismos que garantam o cumprimento dos limites impostos por ela. Neste contexto surge a figura do controle da atuação estatal.

A própria *Tripartição dos Poderes*, teoria de Rousseau citada anteriormente, traz essa ideia de controle, onde cada poder – legislativo, executivo e judiciário – exerce, além de sua função típica, a de controle dos demais poderes. Traz-se à tona a função precípua exercida pelo judiciário, conforme preleciona Floriano de Azevedo Marques Neto:

A relação é direta com a própria noção de Estado de Direito. Este Estado, em contraposição ao Estado-Polícia característico do absolutismo, não apenas impõe normas jurídicas aos indivíduos. A lei subordina também a própria atuação do Estado, pois seus agentes a ela devem obediência. Quando a vontade individual dos governantes é substituída pela autoridade da norma geral, e o Estado passa a se submeter à ordem jurídica, o poder estatal passa a ser limitado e pode então ser controlado pelos seus destinatários.<sup>9</sup>

Odete Medauar menciona, como prova da pertinência do estudo e da discussão acerca do tema aqui proposto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, pontuando ainda o significado do controle que incide sobre a Administração Pública:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já continha, no art. 15, o seguinte preceito: “A sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração”. Aí está o significado do controle incidente sobre as atividades da Administração Pública.<sup>10</sup>

Além do que trazem estes teóricos, bem atual se tem o que preceitua a Carta Magna brasileira em seu artigo 2º, onde determina: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.<sup>11</sup>” Logo, fica claro que o que já prescrevia o teórico Montesquieu, em relação aos limites do Estado, de sua época até então, ainda é amplamente discutido, refletido e aplicado.

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 115.

<sup>9</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da administração pública**. Fórum de contratação e gestão pública, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32259>>. Acesso em: 12 out. 2016.

<sup>10</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 445.

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

O Estado contemporâneo, baseado no Estado Democrático de Direito, tem evoluído constantemente, especialmente no que diz respeito às necessidades de criação de mecanismos de autocontrole, colocando o Estado no patamar de sujeito passivo de obrigações, também subordinados ao conjunto de estruturas de controle exercido tanto pelo poder judiciário, pelo poder legislativo e pela sociedade. E é no sentido de melhor discorrer sobre controle das atividades do Estado que o próximo tópico será abordado precipuamente o instituto do Controle na Administração Pública.

## 1.2 Controle na Administração Pública e suas classificações

Para iniciar o estudo que este tópico se dispõe a realizar, faz-se necessário, para uma melhor compreensão da estrutura política do Brasil enquanto Estado soberano, definir o que preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil, denominada a partir de agora como CF/88. Em seu texto constitucional, no art. 1º, a CF/88 expõe o seguinte:

Art. 1º **A República Federativa do Brasil**, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.<sup>12</sup> (grifos nossos).

Para o termo Estado Democrático de Direito, Evandro Martins Guerra<sup>13</sup>, de maneira simplificada, apresenta a seguinte definição: “Estado de direito, sinteticamente, é aquele juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis, onde impera o princípio da legalidade, servindo de garantia contra os arbítrios do Poder Público.”. Pode-se extrair desta definição que o Estado com bases democráticas de Direito, especificamente o Brasil, está sujeito às próprias leis.

Em relação à participação popular e o exercício do poder de forma democrática, Marçal Justen Filho aduz que:

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

<sup>13</sup> GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 25.

O controle da atividade administrativa depende de instrumentos jurídicos adequados e satisfatórios. Mas nenhum instituto jurídico formal será satisfatório sem a participação popular. A democracia é a solução mais eficiente para o controle do exercício do poder. **A omissão individual em participar dos processos de controle do poder político acarreta a ampliação do arbítrio governamental.**<sup>14</sup> (grifos nossos).

Há também que se falar, ao se referir à Estado Democrático de Direito, em **democracia participativa**. Di Pietro afirma que:

**É inerente ao conceito de Estado Democrático de Direito a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública**, no processo político, econômico, social e cultural; essa ideia está incorporada na Constituição não só pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito – permitindo falar em democracia participativa -, como também pela previsão de vários instrumentos de participação, podendo-se mencionar, exemplificativamente, o direito à informação (art. 5º, XXXIII), o direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º), a gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, III), do ensino público (art. 206, VI), sem falar em inúmeras normas contidas na legislação ordinária prevendo também essa participação, como ocorre na Lei Geral de Telecomunicações, na Lei de Licitações e Contratos, na Lei de Processo Administrativo.<sup>15</sup> (grifo do autor).

Ainda se extrai que, conforme Silva:

No Estado Social e Democrático de Direito houve o estabelecimento de um Estado plural, transparente e participativo, evoluindo para um processo de crescente aproximação e coordenação democrática dos dois polos, no sentido de serem juntadas as forças do Estado e da sociedade para, mediante esforços comuns, serem superadas as desigualdades sociais, econômicas e políticas, para o estabelecimento de um regime de democracia participativa que realize a justiça social, com garantias formais e materiais do princípio da igualdade, consoante a garantia de realização dos direitos fundamentais da cidadania.<sup>16</sup>

Em alusão ao que os teóricos acima prelecionam observa-se que, uma vez que o Brasil é uma República Federativa, que tem seus pilares firmados na independência dos poderes, na democracia e na gestão participativa da coisa pública, apreende-se que têm como agentes de controle os próprios poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e a sociedade.

Marçal Justen Filho<sup>17</sup> atribui à expressão *controle* o seguinte significado: “O controle é um processo de redução do poder, entendida essa expressão no sentido da imposição da vontade do interesse de um sujeito sobre outrem”.

José Carvalho dos Santos Filho, de maneira antecipada, advoga que o controle, especificamente na Administração Pública indireta, é considerado um princípio:

<sup>14</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1133.

<sup>15</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

<sup>16</sup> MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 36.

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 732



Controle é o conjunto de meios através dos quais pode ser exercida função de natureza fiscalizatória sobre determinado órgão ou pessoa administrativa. Dizer-se que órgão ou entidade estão sujeitos a controle significa constatar que só podem eles atuar dentro de determinados parâmetros, ou seja, nunca podem agir com liberdade integral.<sup>18</sup>

Maria Sylva Zanella Di Pietro<sup>19</sup>, ao conceituar o controle da Administração Pública, leciona que “no exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os próprios atos”. Em complemento, a autora afirma que:

[...] pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.<sup>20</sup>

José Carvalho dos Santos Filho<sup>21</sup> afirma que o controle da Administração Pública tem seu exercício materializado em duas formas distintas de atuação: *controle político* e *controle administrativo*, ao que se traduz, aparentemente, já na divisão entre controle externo e interno. Para este autor, o *controle político* tem sua base firmada no equilíbrio dos três poderes do Estado República – Executivo, Legislativo e Judiciário, ensejando, desta forma, no sistema de pesos e contrapesos dos Poderes políticos. Já no *controle administrativo*:

Não se procede a nenhuma medida para estabilizar poderes políticos, mas, ao contrário, se pretende alvejar os órgãos incumbidos de exercer uma das funções do Estado – a função administrativa. Enquanto o controle político se relaciona com as instituições políticas, o controle administrativo é direcionado às instituições administrativas.<sup>22</sup>

Já os autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo apresentam um conceito mais amplo que o anterior acerca do que é controle administrativo, trazendo em sua definição a legitimidade também dos administrados em exercer o tal controle:

[...] conjunto de instrumentos que o ordenamento jurídico estabelece a fim de que a própria administração pública, os Poderes Judiciário e Legislativo, e ainda o povo, diretamente ou por meio de órgãos especializados, possam exercer o poder de fiscalização, orientação e revisão da atuação administrativa de todos os órgãos, entidades e agentes públicos, em todos os Poderes e níveis da Federação.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 486.

<sup>19</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 808.

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 809.

<sup>21</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 973.

<sup>22</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 974.

<sup>23</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 884.

Diversas são as formas e critérios com que os doutrinadores brasileiros classificam o controle da Administração Pública.

O controle da Administração Pública pode ser classificado *quanto ao órgão* que exerce o controle (administrativo, legislativo ou judicial), *quanto ao momento* (prévio, concomitante ou posterior), quanto ao aspecto controlado, se é de *legalidade ou de mérito*, e ainda se é um controle *interno* ou *externo*.<sup>24</sup>

Além das classificações já citadas, há ainda a forma de controle trazida por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo que é *quanto à amplitude*, que se subdivide em *controle hierárquico*, que “decorre do escalonamento vertical de órgãos da administração direta ou do escalonamento vertical de órgãos integrantes de cada entidade da administração indireta”<sup>25</sup>; e o *controle finalístico*, aquele que é “exercido pela administração direta sobre as pessoas jurídicas integrantes da administração indireta.”<sup>26</sup>

Buscando primar pela clareza e objetividade acerca do tema controle da Administração Pública, uma vez que este não é o tema central deste estudo, mas apenas especificamente o controle interno, convém adotar uma classificação que se afigura a mais adequada, a qual utiliza como critério o agente que exerce o controle. Nesta perspectiva, Odete Medauar utiliza o critério *quanto ao agente controlador* para diferenciar as espécies de controle exercidos sobre a Administração Pública. Para tanto a autora explica que:

Quando o agente controlador integra a própria Administração, se está diante de um *controle interno*, exercido pela própria Administração sobre seus órgãos e suas entidades da Administração indireta. Se o controle é efetuado por órgãos, ente ou instituição exterior à estrutura da Administração, qualifica-se como *controle externo*, situando-se nesta espécie o controle realizado por instituições políticas, por instituições técnicas e por instituições precipuamente jurídicas.<sup>27</sup>

Enfim, apresentadas as classificações para a incidência do controle sobre a Administração Pública, e delimitando este estudo precipuamente ao que se refere ao controle interno, sem desprezar a importância do controle externo (controle exercido pelo Ministério Público, Tribunais de Contas, pelo Poder Judiciário entre outros), mas por questão de maior aprofundamento no cerne do estudo, não serão abordadas minúcias relativas à tal espécie de controle.

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 810.

<sup>25</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 894.

<sup>26</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 885.

<sup>27</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 447.

### 1.3 Controle Administrativo Interno ou Controle Administrativo

Conforme já tratado anteriormente, o controle da Administração Pública pode ter várias espécies de classificações. Objeto deste tópico, o controle administrativo (ou controle administrativo interno), que tem sua classificação quanto à natureza do órgão controlador e é considerado um tipo de controle interno.

Dentre as várias tentativas de se conceituar o que é *controle administrativo*, percebe-se que os teóricos divergem em suas definições ao longo do tempo. Alguns trazem uma definição mais completa em determinado sentido, porém deixa a desejar noutra. A seguir serão apresentadas algumas definições de *controle administrativo* e serão pontuadas suas diferenciações para melhor adequar ao tema proposto e às necessidades da Administração Pública.

Hely Lopes Meirelles elaborou uma definição mais abrangente. Para este autor, controle administrativo é:

[...] todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando a mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo quê é um controle de *legalidade* e de *mérito*. Sob ambos esses aspectos pode e deve operar-se o controle administrativo para que a atividade pública em geral se realize com legitimidade e eficiência, atingindo sua finalidade plena, que é a satisfação das necessidades coletivas e atendimento dos direitos individuais dos administrados.<sup>28</sup>

Para Maria Sylva Zanella Di Pietro<sup>29</sup>, o “controle administrativo é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação.”. Segundo a autora, o controle administrativo deriva do **poder-dever de autotutela** que a Administração Pública tem sobre seus próprios atos e agentes, possibilitando que esta, em acordo com os princípios da conveniência, oportunidade e legalidade, anule, altere ou revogue estes atos.

Um outro conceito trazido pela doutrina é o de Marçal Justen Filho:

O controle interno da atividade administrativa é o dever-poder imposto ao próprio Poder de promover a verificação permanente e contínua da legalidade e da oportunidade da atuação administrativa própria, visando a prevenir ou eliminar defeitos ou a aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias a tanto.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 676.

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 811.

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1139.

Afirma ainda, este autor, que:

O controle administrativo interno desenvolve-se no âmbito do próprio Poder. Não é sinônimo de controle realizado pelo Poder Executivo, visto que existe controle interno no âmbito do Judiciário, do Legislativo, do Tribunal de Contas e do Ministério Público. Ou seja, todos os Poderes estatais têm o dever de promover o controle dos atos administrativos que produzem os seus próprios órgãos e autoridades. Assim se passa porque todos os Poderes desempenham atividades administrativas.<sup>31</sup>

Por fim, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo trazem uma definição semelhante aos autores anteriores. Em sua definição os autores defendem que:

[...] controle administrativo é o controle interno, fundado no poder de autotutela, exercido pelo Poder Executivo e pelos órgãos administrativos dos Poderes Legislativo e Judiciário sobre sua própria atuação administrativa, tendo em vista aspectos de legalidade e de mérito administrativo (conveniência e oportunidade administrativas).<sup>32</sup>

Visto todos estes conceitos, chega-se à conclusão que o *controle administrativo interno* ou *controle administrativo*, que também foi definido em dado momento como um princípio da Administração Pública indireta, é regido, amparado e guarda subordinação a outros princípios do Direito Administrativo. Além dos princípios explícitos na Carta Maior<sup>33</sup> brasileira (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), mantém relação também, entre outros, com os princípios trazidos no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999<sup>34</sup>, denominada lei do processo administrativo federal, princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, *moralidade*, *ampla defesa*, *contraditório*, *segurança jurídica*, *interesse público* e *eficiência*.

#### 1.4 Poderes Administrativos

Indissociável é a relação de *controle administrativo* e os *poderes administrativos*. Tais poderes são necessários à Administração Pública para a efetivação das atribuições à ela atribuídas, instrumentalizando a efetiva atuação do Estado em interesse da coletividade em detrimento do interesse individual.

<sup>31</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1139.

<sup>32</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 896.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

<sup>34</sup> BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Brasília, DF, 29 jan. 1999.

Para Hely Lopes Meirelles<sup>35</sup>, “a Administração é dotada de *poderes administrativos* – distintos dos poderes políticos – consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas.”.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que o ordenamento jurídico que circunda a atividade da Administração está precipuamente firmado em dois princípios basilares: *supremacia do interesse público sobre o privado* e *indisponibilidade do interesse público*. Acrescentam ainda que, do princípio da *supremacia do interesse público sobre o privado* derivam:

[...] todas as prerrogativas especiais de que dispõe a administração pública, as quais a ela são conferidas tão somente na estrita medida em que necessárias à satisfação dos fins públicos cuja persecução o mesmo ordenamento jurídico lhe impõe. Tais prerrogativas consubstanciam os chamados poderes administrativos.<sup>36</sup>

Maria Sylva Zanella Di Pietro<sup>37</sup> esclarece que “tais poderes são inerentes à Administração Pública pois, sem eles, ela não conseguiria fazer sobrepor-se a vontade da lei à vontade individual, o interesse público ao interesse privado”. Em seguida, a autora explica que “embora o vocábulo **poder** dê a impressão de que se trata de **faculdade** da Administração, na realidade trata-se de **poder-dever**, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis”. (grifos do autor).

De acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira são espécies de poderes administrativos o *poder hierárquico*<sup>38</sup>, que decorre da “relação de subordinação administrativa entre agentes públicos que pressupõe a distribuição e o escalonamento vertical de funções no interior da organização administrativa”; e o *poder disciplinar*<sup>39</sup>, sendo “a prerrogativa reconhecida à Administração para investigar e punir, após o contraditório e a ampla defesa, os agentes públicos, na hipótese de infração funcional. E os demais administrados sujeitos à disciplina especial administrativa”.

Vale ainda acrescentar o *poder discricionário* aqui postulado por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, que “é aquele em que o agente administrativo dispõe de uma razoável

<sup>35</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 118.

<sup>36</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23 Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 239.

<sup>37</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 90.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 257.

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 259.

liberdade de atuação, podendo valorar a oportunidade e conveniência da prática do ato, quanto ao seu motivo, e, sendo o caso, escolher, dentro dos limites legais, o seu conteúdo (objeto).”.

Adiante, para efeitos deste trabalho, serão abordados apenas os poderes hierárquico e disciplinar.

O **poder hierárquico**, como sendo um dos instrumentos que a Administração Pública dispõe para exercer suas atividades administrativas, não se aparta da função que esta tem para exercer o controle administrativo interno, sob a prerrogativa da subordinação entre os agentes públicos. Este controle se dá *ex officio* pela própria Administração Pública, sendo desnecessária qualquer provocação externa.<sup>40</sup>

Para tanto, Hely Lopes Meirelles<sup>41</sup> define que “*Poder hierárquico* é o que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal.”.

Duguit<sup>42</sup> advoga que “o princípio do poder hierárquico domina todo o Direito Administrativo e deveria ser aplicado, ainda mesmo que nenhum texto legal o consagrasse”.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, ao definirem hierarquia, explicam que:

Hierarquia caracteriza-se pela existência de níveis de subordinação entre órgãos e agentes públicos, sempre no âmbito de uma mesma pessoa jurídica. Deve-se frisar que subordinação só existe no âmbito de uma mesma pessoa jurídica, é estabelecida entre agentes e órgãos de uma mesma entidade, verticalmente escalonados, como decorrência do poder hierárquico.<sup>43</sup>

Mostrando a importância da existência da hierarquia na Administração Pública, bem como a relação entre esta, o Direito positivo e todos os agentes públicos, Maria Sylva Zanella Di Pietro defende que:

A organização administrativa é baseada em dois pressupostos fundamentais: a distribuição de competências e a hierarquia. O direito positivo define as atribuições dos vários órgãos administrativos, cargos e funções e, para que haja harmonia e unidade de direção, ainda estabelece uma relação de coordenação e subordinação

<sup>40</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **O controle interno da Administração Pública e seus mecanismos**. Revista dos Tribunais, v. 956/2015, p. 25 – 50, Jun 2015. p. 7/14. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000157bb4aed56f7379a7d&docguid=I05eefb30fb9e11e485db01000000000&hitguid=I05eefb30fb9e11e485db01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=29&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>>>. Acesso em: 12 out. 16.

<sup>41</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 123.

<sup>42</sup> DUGUIT *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 123.

<sup>43</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 248.

entre os vários órgãos que integram a Administração Pública, ou seja, estabelece a hierarquia.<sup>44</sup>

Por fim, Hely Lopes Meirelles apresenta o objetivo que o poder hierárquico persegue ao conferir a alguns agentes públicos tal poder:

O poder hierárquico tem por objetivo *ordenar, coordenar, controlar e corrigir* as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração Pública. *Ordena* as atividades da Administração, repartindo e escalonando as funções entre os agentes do Poder, de modo que cada um possa exercer eficientemente seu encargo; *coordena*, entrosando as funções no sentido de obter o funcionamento harmônico de todos os serviços a cargo do mesmo órgão; *controla*, velando pelo cumprimento da lei e das instruções e acompanhando a conduta e o rendimento de cada servidor; *corrige* os erros administrativos, pela ação revisora dos superiores sobre os atos dos inferiores.<sup>45</sup> (grifo do autor).

Hely Lopes Meirelles<sup>46</sup> acrescenta, ainda, que este poder confere ao superior hierárquico a prerrogativa de se dar ordens legais e fiscalizar os subalternos, bem como delegar e avocar atribuições, e obriga os subordinados à cumprirem tais ordens sobe pena de sanções disciplinares. No entanto estas ordens não devem ser cumpridas sempre que forem manifestamente ilegais, ou seja, o poder que emana dos cargos e funções públicas de chefia não autorizam os agentes públicos que exercem chefia a obrigarem, através de ordens, seus subordinados a cumprirem tais ordens de modo a ferir qualquer dispositivo legal, principiológico, ou normativo.

Em relação ao **poder disciplinar**, inaugura-se este estudo com o que José dos Santos Carvalho Filho chama de disciplina funcional. Segundo este autor:

A disciplina funcional resulta do sistema hierárquico. Com efeito, se aos agentes superiores é dado o poder de fiscalizar as atividades dos de nível inferior, deflui daí o efeito de poderem eles exigir que a conduta destes seja adequada aos mandamentos legais, sob pena de, se tal não ocorrer, serem os infratores sujeitos às respectivas sanções.<sup>47</sup>

Sob essa perspectiva de que o *poder disciplinar* decorre do poder hierárquico, mas não se confundem, Hely Lopes Meirelles define este poder como sendo:

[...] a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de

<sup>44</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96.

<sup>45</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 123.

<sup>46</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 124 e 125.

<sup>47</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 60.

funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente.<sup>48</sup>

É necessário esclarecer a diferença que há no *poder disciplinar* da Administração e no *poder punitivo* do Estado. Para Hely Lopes Meirelles<sup>49</sup>, o poder disciplinar se instala na faculdade que a Administração tem para punir seus agentes internamente, alcançando nada além do que diz respeito aos seus serviços; enquanto o poder punitivo do Estado visa reprimir crimes contravenções, com finalidade social, sendo este o motivo central com que o Poder judiciário é quem detém este dever-poder.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que, a rigor, este poder é um dever, e que outorga duas possibilidades punitivas à Administração Pública:

a) punir internamente as infrações funcionais de seus servidores; e b) punir infrações administrativas cometidas por particulares a ela ligados mediante algum **vínculo jurídico específico** (por exemplo, a punição pela administração de um particular que com ela tenha celebrado um contrato administrativo e descumpra as obrigações contratuais que assumiu).<sup>50</sup> (grifo do autor).

O que se deve ficar claro é justamente onde repousa esta discricionariedade que a Administração tem em relação ao poder disciplinar.

A Administração não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois, tendo conhecimento de falta praticada por servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível. Não o fazendo, incide em crime de condescendência criminosa, previsto no artigo 320 do Código Penal e em improbidade administrativa, conforme artigo 11, inciso II, da Lei nº 8.429, de 2-6-92.<sup>51</sup>

Logo, Maria Sylva Zanella Di Pietro acrescenta que a discricionariedade do poder disciplinar se limita aos procedimentos previstos para apuração da falta. Segundo a autora, há também discricionariedade:

[...] com relação a certas infrações que a lei não define; é o caso do "procedimento irregular" e da "ineficiência no serviço", puníveis com pena de demissão, e da "falta grave", punível com suspensão; são expressões imprecisas, de modo que a lei deixou à Administração a possibilidade de enquadrar os casos concretos em urna ou outra dessas infrações.<sup>52</sup>

Em oposição ao Direito Penal brasileiro, as infrações administrativas não são, necessariamente, tipificadas, restando então uma margem de discricionariedade ao agente público disciplinador, em decorrência do poder hierárquico, para que este, dosando a infração

<sup>48</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 126.

<sup>49</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 126.

<sup>50</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 251.

<sup>51</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96.

<sup>52</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96.



devidamente apurada e processada, possa escolher aquela sanção que melhor se adequar à infração. Deverá para tanto, segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

[...] levar em consideração a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais, mencionando sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.<sup>53</sup>

Para materializar este poder de disciplinar, que entende-se como poder-dever, que a Administração detém, têm-se entre outros, o Processo Administrativo Disciplinar (PAD), objeto de estudo do próximo capítulo, como sendo “o principal instrumento jurídico que formaliza a investigação e a punição dos agentes públicos e demais administrados, sujeitos à disciplina especial administrativa, que cometeram infrações à ordem jurídica.”<sup>54</sup>

É com fundamento no poder do Estado, em apurar e punir os ilícitos praticados por seus administrados no âmbito da Administração Pública, e nos mecanismos constitucionais que buscam garantir a ampla defesa e o contraditório, que se inicia o estudo do próximo capítulo, observando sempre os princípios basilares do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, proporcionalidade, legalidade e demais princípios pertinentes ao tema em tela.

---

<sup>53</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 260.

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 333.

## CAPÍTULO II – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E A QUESTÃO DA PARIDADE DE ARMAS

### 2.1. Conceituação e Legislação Aplicada ao Processo Administrativo

Para se apresentar algumas das possíveis definições de processo administrativo formuladas pelos estudiosos da área, faz-se necessário trazer o conceito de Direito Administrativo e, a partir de então, melhor compreender os fatos e fundamentos que lastreiam aquele instituto.

Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>55</sup>, Direito Administrativo é “o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir”.

Por conseguinte, Maria Sylvia Zanella Di Pietro define:

[...] o Direito Administrativo como o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens e meios de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.<sup>56</sup>

Ademais, Edimur Ferreira da Faria define o Direito Administrativo como sendo:

[...] o conjunto de normas jurídicas pertencentes ao Direito Público, tendo por finalidade disciplinar e harmonizar as relações das entidades e órgãos públicos entre si, e desses com os agentes públicos e com os administrados, prestadores de serviços públicos ou fornecedores do Estado, na realização da atividade estatal de prestar o bem-social, excluídas as atividades legislativas e judiciária.<sup>57</sup>

Das definições de Direito Administrativo apresentadas, extrai-se que este ramo autônomo do Direito não se confunde com o direito privado e possui existência própria, com princípios, objeto, sujeitos e ordenamento jurídico próprios.

Com o processo administrativo não é diferente. Veja-se adiante algumas definições aplicadas à esta espécie de processo, fazendo-se, sempre que possível, uma análise comparativa entre as demais espécies de processos.

<sup>55</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8.

<sup>56</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 81.

<sup>57</sup> FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 27.

Preliminarmente, faz-se necessário diferenciar processo e procedimento. Conforme Hely Lopes Meirelles<sup>58</sup>, “*processo* é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; *procedimento* é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual”. (grifos do autor).

Imperioso destacar que nem sempre foi pacífico se utilizar o termo “processo” para se referir ao conjunto de atos (procedimentos) realizados pela Administração Pública, em linhas gerais. Até a década de 1950, os estudiosos da área entendiam que o termo “processo” apenas poderiam ser utilizados no âmbito do jurisdicionado, entendimento este que mudou, conforme registrou Odete Medauar:

A partir da década de 50, processualistas e administrativistas foram convergindo para a ideia de processo ligado ao exercício do poder estatal. O processo, nesse entendimento, expressa o aspecto dinâmico de um fenômeno que se vai concretizando em muitos pontos no tempo, refletindo a passagem do poder em atos ou decisões. Assim, o processo existe tanto no exercício da função jurisdicional, como na função legislativa e na função executiva.<sup>59</sup>

No que tange ao processo administrativo, José Cretella Júnior defende que:

[...] processo administrativo é o conjunto de iniciativas da Administração, que envolvem o servidor público, possibilitando-lhe a mais ampla defesa, antes da edição do ato final da autoridade maior, decisão que o absolve ou o condena, depois de analisar-lhe a conduta que teria configurado, por ação ou omissão, ilícito administrativo, funcional, disciplinar ou penal.<sup>60</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe quatro sentidos diferentes da utilização da expressão processo administrativo, dentre as quais, merece destaque a de número dois:

1. [...] designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário, do administrador ou da administração;
2. é ainda usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; nesse sentido é empregado no artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, quando diz que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de **sentença judicial transitada em julgado**, mediante **processo administrativo** em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante **procedimento de avaliação periódica de desempenho**, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa;
3. em sentido mais amplo, designa o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo;

<sup>58</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 693.

<sup>59</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 191.

<sup>60</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo**. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. p. 51.

4. como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em sentido ainda mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração.<sup>61</sup> (grifos do autor).

Por fim, Odete Medauar afirma que: “o *processo administrativo* caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, seja ante a Administração, seja ante outro sujeito (administrado em geral, licitante, contribuinte, por exemplo), todos, neste caso, confrontando seus direitos ante a Administração”.<sup>62</sup>

Nas várias tentativas de se conceituar o processo administrativo, surgiram discussões acerca deste ser de fato um processo ou apenas um procedimento, por não se confundir com um processo judicial. No entanto, da mesma forma que o Direito Administrativo material detém autonomia legislativa no ordenamento jurídico, produzindo consequências importantes na vida dos seus agentes, apresenta-se razoável o processo administrativo ter sua própria feição autônoma. Prova disto é que, embora as normas do Código de Processo Civil não se apliquem no todo ao processo administrativo, são aplicáveis, salvo disposição contrária ou incompatibilidade, todos os princípios gerais que norteiam o processo civil.

Verificada a igualdade fática da existência do processo administrativo e de sua importância em relação aos demais processos existentes (fiscal, tributário, trabalhista, civil, penal, previdenciário entre outros), depreende-se que o *processo administrativo* nada mais é do que uma espécie do gênero *processo*. Neste sentido, Aurelio Guaita escreve:

Por definição, o *processo administrativo* é uma categoria especial do gênero processo, do que concluímos – não importa a disparidade existente – que as conclusões a que se chegou na *teoria geral do direito processual* sejam perfeitamente válidas para nós. O *processo administrativo* é essencialmente idêntico às demais espécies de *processos*.<sup>63</sup> (grifos do autor).

No que tange à legislação aplicada ao processo administrativo, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta em sua Carta Maior o contido no artigo 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>64</sup>

Em homenagem ao disposto na Constituição Federal, o artigo 143 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos da União) determina que “a autoridade que tiver ciência de

<sup>61</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 765.

<sup>62</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 445.

<sup>63</sup> GUAITA, Aurelio *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo**. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. p. 42.

<sup>64</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”.<sup>65</sup>

Por conseguinte, a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ordena que:

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

Art. 27. [...]

Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado.<sup>66</sup>

Tais dispositivos positivados no ordenamento jurídico (os constitucionais, legais e estatutários), que regem o processo administrativo, a partir de então serão abordados para fundamentar o estudo acerca do Processo Administrativo Disciplinar, ora denominado apenas de PAD.

Superados os trabalhos de se entender e conceituar Direito Administrativo e o processo administrativo, bem como a diferença deste para *procedimento*, deve-se agora adentrar na espécie de processo objeto deste estudo, o PAD.

## 2.2. Conceituação, Princípios, Objetivos e Aplicação do PAD

O manual prático de processo administrativo disciplinar e sindicância da Advocacia-Geral da União (AGU), uma das referências de documento oficial de orientação do referido instituto, conceitua o PAD como sendo:

O processo administrativo disciplinar é o instrumento de que dispõe a autoridade administrativa para apurar a responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido (art. 148 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990).<sup>67</sup>

Edimur Ferreira de Faria, ao reconhecer que o processo administrativo disciplinar é a forma mais complexa entre os tipos de processos administrativos, o conceitua como:

Processo punitivo – É o mais completo de todos, no que se refere às formalidades e procedimentos. Destina-se à apuração de atos ou comportamentos contrários à

<sup>65</sup> BRASIL. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

<sup>66</sup> BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

<sup>67</sup> BRASIL. AGU. **Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância** - Corregedoria-Geral da Advocacia da União. 1 ed. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2015. p. 12. Disponível em: <Disponível em: <http://www.agu.gov.br/unidade/cgau>>. Acesso em: 18 out. 2016.

Constituição, à lei, ao regulamento, ao contrato ou outro ajuste, praticados por administrado ou por servidor público, fornecedor, concessionário, permissionário contribuinte, etc.<sup>68</sup>

O autor supracitado acrescenta ainda que este tipo de processo deve subordinação à todos os princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis e indispensáveis à sua formação, os quais, se não forem observados adequadamente, poderá tornar nulo todo o processo por vício irremediável.<sup>69</sup>

Para José dos Santos Carvalho Filho, processo administrativo disciplinar é “o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infração praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplica as sanções adequadas”.<sup>70</sup>

De acordo com Hely Lopes Meirelles<sup>71</sup>, processo administrativo disciplinar “é o meio de apuração e **punição de faltas graves dos servidores públicos** e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração.”. (grifo nosso).

Ainda na busca de melhor compreender o conceito de PAD, verifica-se o que o regime jurídico dos servidores públicos civis da União define, em seu artigo 148, que “o processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.”.

Vê-se, então, que o PAD se tem a mesma feição que os demais processos do ordenamento jurídico brasileiro, ora, pois está devidamente positivado em leis específicas<sup>72</sup> e com amparo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Veja-se, a seguir, os princípios que regem este instituto.

Ao discorrer sobre a origem do princípio do devido processo legal, Walber de Moura Agra traz o significado do *due process of law*, terminologia oriunda do Direito inglês, a qual afirma que: “[...] para um cidadão sofrer o alcance de uma norma, **seja em processo judicial seja em processo administrativo**, torna-se necessário que o parâmetro da legalidade seja obedecido. O devido processo legal ampara o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)”.<sup>73</sup> (grifo nosso). Esta afirmativa também é ratificada por Fábio Medina Osório, quando

<sup>68</sup> FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 667.

<sup>69</sup> FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 667.

<sup>70</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 999.

<sup>71</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 702.

<sup>72</sup> BRASIL. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

<sup>73</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 227.

preleciona que “a base dos princípios (e direitos) fundamentais do Direito Administrativo Sancionador, no sistema brasileiro, reside na cláusula do *due process of law*, expressamente prevista na CF/88”.<sup>74</sup>

Ainda em análise ao contido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero pontuam que:

Na primeira parte, a norma constitucional demonstra que a garantia incide em todo e qualquer processo judicial, **inclusive no administrativo**. Na segunda parte a norma afirma que são assegurados “o contraditório e ampla defesa”, juntando os dois direitos, e após acrescenta que a “ampla defesa” é assegurada “com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>75</sup>

Concernente aos objetivos do processo administrativo disciplinar, a AGU<sup>76</sup> traz em seu manual os seguintes: “a) esclarecer se houve a prática de infração disciplinar por determinado servidor público e suas circunstâncias; b) garantir que o servidor (acusado) tenha oportunidade de defesa em relação aos fatos a ele imputados e; c) respaldar a decisão da autoridade julgadora. (grifo nosso).

Sobre o tema, José Cretella Júnior afirma que:

O objetivo do processo administrativo disciplinar é a tutela da hierarquia através da apuração imediata da falta cometida e, em seguida, da aplicação justa da pena cominada no Estatuto do Funcionário, na sua perspectiva esfera (União, Estado ou Município). Para as punições disciplinares menos graves basta a apuração por meios sumários [...] ou sindicâncias; para as mais graves é de rigor o *processo administrativo*.<sup>77</sup> (grifo do autor).

Logo, diante das definições ora trazidas, observa-se que o PAD nasce da suposta prática de um ilícito funcional administrativo, mas que precisa ser devidamente apurado e punido, se for o caso, sempre se garantido aos acusados a ampla e irrestrita defesa, a contradita e as demais garantias processuais inerentes ao processado.

No entanto, a aplicação da respectiva sanção administrativa, por vez, nos casos em que o PAD se faz necessário, tem um resultado extremo e gravoso, embora não haja sanções de natureza penal, como a restrição de liberdade.<sup>78</sup> Isto porque, conforme Hely Lopes Meirelles,

<sup>74</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 165.

<sup>75</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 353.

<sup>76</sup> BRASIL. AGU. **Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância** - Corregedoria-Geral da Advocacia da União. 1 ed. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2015. p. 12. Disponível em: <Disponível em: <http://www.agu.gov.br/unidade/cgau>>. Acesso em: 18 out. 2016.

<sup>77</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo**. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. p. 89.

<sup>78</sup> CORDEIRO, Rafael Pinto. **Súmula Vinculante nº 5 gerou efeitos antidemocráticos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1934, 17 out. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11834>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

“o processo disciplinar é sempre necessário para a imposição de pena de *demissão* ao funcionário estável (CF, art. 41, § 1º), tendo a jurisprudência entendido que também o é para o *efetivo*, ainda que em estágio probatório”.<sup>79</sup>

No bojo do Estatuto do Servidor Público Federal<sup>80</sup> são apresentados exemplos de punições, ensejando em graves consequências que podem advir de um PAD, as quais são: demissão (artigo 127, III), impossibilidade de retornar ao serviço público (artigo 137, parágrafo único), a cassação de aposentadoria (artigo 127, IV) e destituição de função comissionada (artigo 127, VI), além da medida cautelar da indisponibilidade de bens do servidor (artigo 136).

Vê-se, então, que as sanções aplicadas aos agentes públicos, submetidos ao PAD, é medida extrema com consequências idem. Como já mencionado, embora não tenha caráter restritivo de liberdade, na esfera administrativa, a gravidade das sanções aplicadas aos servidores públicos, por serem meramente administrativas, não afasta a magnitude de tais punições, carecendo, assim, relevância no seu aprofundado estudo, no cuidado da apuração do ilícito administrativo e no uso da proporcionalidade e razoabilidade em sua aplicação.

### 2.3. Equiparação do PAD ao Processo Penal

No que concerne à relação entre o Processo Penal e o Processo Administrativo Disciplinar, vê-se que este guarda estreita relação àquele quando se trata, por exemplo, da posição do acusado, que seria o réu no processo penal. Observa-se que ao servidor processado administrativamente são asseguradas todas as garantias constitucionais conferidas aos acusados no processo penal.

Neste tema, Lúcia Valle Figueiredo preleciona que:

Nos *processos disciplinares ou sancionatórios* há aplicação dos princípios do Direito Penal: a) verdade material; b) indisponibilidade; c) impossibilidade de *reformatio in pejus*; d) retroatividade da legislação benigna; e) necessidade de defensor *ad hoc*; f) direito de estar presente aos depoimentos; g) duplicidade de instância ou direito de reexame.<sup>81</sup> (grifo do autor)

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari afirmam que:

Na seara dos processos administrativos pertinentes à aplicação de sanções, não deve o agente decisório deixar de levar em consideração a rica trama principiológica do

<sup>79</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 702.

<sup>80</sup> BRASIL. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

<sup>81</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 458.



direito penal. Cabe-lhe, em suma, levantar as pontes conceituais antes por nós exaltadas [...], a fim de evitar que o processo realize não a justiça, mas a suma injustiça.<sup>82</sup>

Vale destacar também o que Celso Ribeiro Bastos defende em relação às garantias do processo penal que são inafastáveis do processo administrativo disciplinar:

[...] nada obstante o fato de o procedimento administrativo disciplinar não ser guiado nos seus atos da mesma forma que o é o processo penal, algumas fases, contudo, são inafastáveis. Por exemplo, a ciência inicial da imputação ao acusado, a sua audiência e a produção de provas e contra provas, dentre outras.<sup>83</sup>

Percebe-se, com as referências doutrinárias ante expostas, que a autoridade administrativa que conduz o PAD, fundamentada nos princípios da hierarquia e disciplina, deve observar não apenas os princípios próprios do direito administrativo e processual administrativo, mas também, os princípios que norteiam o processo penal.

Logo, além dos princípios elencados anteriormente, tem-se também outros princípios que devem orientar a atuação da Administração Pública instauradora do PAD, os quais são: presunção de inocência, *in dubio pro reo*, retroatividade da lei mais benigna, dentre outros princípios norteadores do direito penal.<sup>84</sup>

Na visão do espanhol Santiago Muñoz Machado, embora o poder de alcance das esferas penais e administrativas sejam diferentes, poderes estes delimitados pelo legislador, no que tange ao conceito de ilícito, em ambas as esferas – penal e administrativa, este guarda relação comum desde sua raiz. Mais adiante, o autor afirma que “o crescimento da capacidade sancionadora administrativa se justifica porque não se pode atribuir à jurisdição penal a totalidade de infrações que acontecem, cujo fenômeno é chamado de ‘*criminalización del derecho administrativo*’”.<sup>85</sup>

Ainda sobre o tema, de acordo com a inteligência de Egberto Maia Luz, o direito administrativo disciplinar tem íntima relação com o direito penal: “Embora neste [*direito penal*] a regra seja a prisão corporal, naquele [*direito administrativo disciplinar*] a exceção

<sup>82</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 195.

<sup>83</sup> BASTOS, Celso Ribeiro *apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. II, pp. 268-269. p. 707.

<sup>84</sup> GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Alguns tópicos importantes no processo administrativo disciplinar**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14014](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14014)>. Acesso em nov 2016.

<sup>85</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago *apud* SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. **Segurança jurídica no processo administrativo disciplinar**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 92.

também existe neste aspecto quando há a ocorrência de ilícitos funcionais demonstrados pelo alcance ou pelo crime de peculato, entre outros nesse caráter”.<sup>86</sup> (grifo nosso).

Por fim, para se entender a relação indissociável entre o processo administrativo disciplinar e o processo penal, veja-se o que Reginaldo Gonçalves Gomes aduz:

[...] o processo penal é fonte subsidiária do Direito Administrativo Disciplinar na medida em que o acusado, segundo a Constituição da República, tem garantias inarredáveis na defesa de seu patrimônio, no caso, o cargo público, a remuneração ou a honra, sendo certo que a lei nº 8.112/1990 tem muitas lacunas, as quais somente o processo penal pode preencher.<sup>87</sup>

Vê-se, no entanto, que não é apenas em função da matéria que o direito penal não abarca os ilícitos administrativos, mas principalmente pela limitação de sua abrangência e atribuição, verificando-se, assim, que tanto as condutas antijurídicas apuradas no processo penal quanto as apuradas no processo administrativo disciplinar são de semelhante importância, requerendo-se igual dispêndio de esforços para que o processo apurado seja devidamente conduzido e finalizado de forma mais justa, razoável e proporcional possível.

#### 2.4. A Paridade de Armas no Ordenamento Jurídico aplicada ao PAD

Apresentada a legislação, conceituação, princípios, objetivos e aplicação do PAD, bem como sua equiparação com o processo penal, faz-se necessário chamar a atenção para o princípio da paridade de armas, princípio este que busca garantir a igualdade entre as partes litigantes e, naturalmente, no PAD, este princípio deve ser observado.

Consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de vários dispositivos legais, tem-se o princípio da paridade de armas como sendo um princípio fundamental a todo processo, seja judicial ou administrativo. Este princípio é de suma importância para garantir a igualdade material das partes. Sobre o tema, Leonardo Greco afirma que:

Toda parte em um processo deve ter a possibilidade de expor e defender a sua causa em condições que não a inferiorizem perante a outra. **Sem isso, não há garantia de um processo justo.** O contraditório pressupõe, portanto, que nenhuma das partes seja posta em posição de desvantagem em relação à outra, na possibilidade de

<sup>86</sup> LUZ, Egberto Maia *apud* SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. **Segurança jurídica no processo administrativo disciplinar**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 98.

<sup>87</sup> GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Alguns tópicos importantes no processo administrativo disciplinar**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14014](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14014)>. Acesso em nov 2016.

planejar a sua defesa e de realizá-la. Ambas devem ter as mesmas oportunidades de sucesso no ganho da causa.<sup>88</sup> (grifo nosso).

Ainda sob a perspectiva de garantir a igualdade material no processo, a Constituição Federal, em seu o artigo 3º, I, determina que: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, **justa** e solidária;”<sup>89</sup> (grifo nosso).

Já em seu artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 impõe que:

Art. 5º Todos são **iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;<sup>90</sup>

Em complemento ao disposto na Carta Magna, o artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a **igual proteção da lei**. Todos têm direito a **igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação**”.<sup>91</sup>

Conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado ao Direito brasileiro pelo o Decreto nº 678, de 1992:

Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

<sup>88</sup> GRECO, Leonardo. **A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa**. Revista CEJ, Brasília, n. 35, p. 20-27, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/733/913>>. Acesso em 18 de nov. 2016.

<sup>89</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2016.

<sup>90</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2016.

<sup>91</sup> ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;<sup>92</sup>

Analogicamente pode-se aduzir o que preceitua no Novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que, embora tramite na esfera judicial, não se abstêm de emprestar sua inteligência ao processo disciplinar administrativo. O artigo 7º do NCPC determina que: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.<sup>93</sup>

Após ver-se todo este arcabouço legal acerca da paridade de armas, observa-se categoricamente a busca pela igualdade entre as partes nos processos que tem por resultado a privação de direitos dos particulares ou não.

Leonardo Greco afirma que: “A igualdade concreta também se aplica quando uma das partes é o Estado, sob pena de privar-se o particular da garantia da tutela jurisdicional efetiva”.<sup>94</sup> Por este entendimento, extrai-se que nem mesmo o Estado, quando este é parte num processo, pode se escusar de assegurar a garantia da paridade de armas frente ao particular ora litigante.

Ainda no tocante à paridade de armas, Luigi Ferrajoli ensina que:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, (...), a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.<sup>95</sup>

Embebidos da necessidade de conceituar o que de fato é a igualdade material, ou seja, paridade de armas, Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli destacam:

Mas a igualdade não pode ser, evidentemente, somente formal: o correto enfoque da 'paridade de armas' leva ao reconhecimento não de uma igualdade estática, senão

<sup>92</sup> BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2016.

<sup>93</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 18 de nov. 2016.

<sup>94</sup> GRECO, Leonardo. **A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa**. Revista CEJ, Brasília, n. 35, p. 20-27, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/733/913>>. Acesso em 18 de nov. 2016.

<sup>95</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 565.

dinâmica, em que o Estado deve suprir desigualdades para vivificar uma igualdade real. Se o devido processo é a expressão jurisdicional democrática de um determinado modelo de Estado, essa igualdade somente pode ser a substancial, efetiva, real. As oportunidades dentro do processo (de falar, de contraditar, de reperguntar, de opinar, de requerer e de participar das provas etc.) devem ser exatamente simétricas, seja para quem ocupa posição idêntica dentro do processo (dois réus, v.g.), seja para os que ostentam posição contrárias (autor e réu, que devem ter, em princípio, os mesmos direitos, ônus e deveres).<sup>96</sup>

Por fim, resta claro que ao se falar em processo, independentemente do ramo do Direito – seja civil, penal, administrativo, tributário entre outros, a igualdade de armas entre as partes deve ser respeitada. Além de respeitada, deve, o Estado, proporcionar meios que garantam efetivamente a litigância justa e proporcional, de modo a não penalizar uma parte ou outra no mesmo processo.

---

<sup>96</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 3 ed. São Paulo: RT, 2010. p. 113.

## CAPÍTULO III – A ATUAÇÃO DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

3.1. Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) *versus* Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal (STF)

A Constituição Federal de 1988 tornou inadmissível a existência do processo disciplinar sem a observância do princípio da ampla defesa, inarredavelmente atrelado à exigência constitucional de participação de advogado-defensor. Nos dispositivos a seguir, verifica-se cabalmente que esta Carta Magna foi constituída a fim de garantir todos os direitos de defesa de qualquer acusado, seja ele em processo judicial ou extrajudicial.

Ora, veja-se:

Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.<sup>97</sup>

Semelhantemente ao processo penal, o processo administrativo, que resultar em sanção, necessariamente reclama a presença de um patrono com conhecimento técnico para proceder com a defesa do processado administrativamente. É nesta linha de pensamento que Lúcia Valle Figueiredo defende:

Se a parte “acusada” da prática de infração administrativa ou disciplinar não se defender por advogado, deverá lhe ser nomeado defensor.

Ainda, se a defesa não houver, quer por revelia, quer porque entenda a parte de não se defender, a nomeação de defensor dativo é absolutamente necessária, do mesmo modo que no processo penal (art. 261 do Código de Processo Penal), sob pena de nulidade.<sup>98</sup>

Mais adiante, a autora reforça seu entendimento ao afirmar que, mesmo em se tratando de sindicância – que dela resulte sanção, imprescindível é a nomeação de defensor. Logo,

<sup>97</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2017.

<sup>98</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 452.

extrai-se do exposto que a designação de defensor *ad hoc* é direito do processado administrativamente, e mais, trata-se de uma obrigação da Administração materializar esta defesa técnica, seja ela por advogado constituído pela parte, seja por defensor dativo.

Especialmente nas infrações que culminam em sanção administrativa de demissão, verifica-se a imprescindibilidade da constituição de defesa técnica, pois, diante da grave punição ora aplicável, não se pode tolher sumariamente o direito à defesa ampla do particular frente à Administração Pública.

A partir do ano de 2003, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) passou a ser provocado, recorrentemente, em sede recursal, sobre a matéria constitucional da ampla defesa nos procedimentos administrativos disciplinares.<sup>99</sup> Em perfeita sintonia com os preceitos constitucionais e com uma interpretação preponderantemente pró-administrado, a terceira seção deste Egrégio Tribunal firmou em 2007 o seguinte entendimento, que resultou na Súmula nº 343 do STJ: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.<sup>100</sup>

Cinco foi o número de precedentes que ensejaram na necessidade de sumular a referida redação, padronizando, então, este entendimento no STJ tendo, portanto, aplicabilidade não apenas na esfera federal, regida pela Lei nº 9.784/99, mas também em todos os processos administrativos sancionadores de todos os entes da federação (estados, municípios e Distrito Federal). Foram eles os Mandados de Segurança o MS 7.078-DF<sup>101</sup>; MS 9.201-DF<sup>102</sup>; MS 10.565-DF<sup>103</sup>; MS 10.837-DF<sup>104</sup>; e o Recurso em Mandado de Segurança RMS 20.148-PE<sup>105</sup>.<sup>106</sup>

<sup>99</sup> MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o sistema processual administrativo punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. (Org.). **Processo administrativo: temas polêmicos da lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 163-164.

<sup>100</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 343**. É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. 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 em: 30 jan. 2017.

<sup>101</sup> 3ª S, 22.10.2003 – DJ 09.12.2003.

<sup>102</sup> 3ª S, 08.09.2004 – DJ 18.10.2004.

<sup>103</sup> 3ª S, 08.02.2006 – DJ 13.03.2006.

<sup>104</sup> 3ª S, 28.06.2006 – DJ 13.11.2006.

<sup>105</sup> 5ª T, 07.03.2006 – DJ 27.03.2006.

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 343**. É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. 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 em: 03 fev. 2017.

Ao analisar estes julgados, um a um, verifica-se que todos eles dispõem sobre direitos individuais de particulares, tutelados pelo ordenamento jurídico nacional, que por sua vez são agentes públicos.

Para melhor compreensão da linha de defesa da maioria dos Ministros do STJ que se debruçaram sobre o tema, à época, ao julgarem os referidos Mandados de Segurança, faz-se necessário observar o que o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima arguiu em seu voto-vista, referente ao MS nº 10.837-DF (2005/0120158-6), após citar os artigos 5º, LV e 133, todos da CF/88; os artigos 156 e 159, §2º da Lei 8.112/90, fez a seguinte interpretação:

Na interpretação de referidos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, **é indispensável a presença de advogado ou de defensor dativo inclusive na fase instrutória em processo administrativo disciplinar**, não obstante a ausência de expressa determinação na Lei n. 8.112/1990. Esse posicionamento decorre da circunstância de que é exatamente na fase probatória que se colhem os elementos que servirão de suporte para a futura aplicação da penalidade administrativa. Por conseguinte, **é imperioso que o servidor público acusado seja acompanhado de advogado ou de defensor público, para que, em tese, obtenha em seu favor uma defesa técnica.**<sup>107</sup>

Ratificando o disposto no voto do Ministro Arnaldo Esteves Lima, e também dos demais Ministros que votaram em conformidade com a Súmula nº 343, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho afirma o seguinte:

A presença de advogado em processo administrativo disciplinar tornou-se obrigatória devido ao seu caráter peculiar em relação aos demais processos administrativos punitivos. Dotada de maior gravidade, suas penas mais severas atingem mais profundamente os bens jurídicos do agente público, Tanto é que o Egrégio Tribunal não exigiu a presença de advogado em todos os procedimentos administrativos punitivos, mas tão somente nos disciplinares. Desta forma, pode-se afirmar que o Superior Tribunal de Justiça deu ao princípio constitucional da imprescindibilidade do advogado uma natureza absoluta no tocante ao processo administrativo disciplinar.<sup>108</sup>

Logo, após demonstrada a posição e entendimento do Egrégio Tribunal STJ, fica demonstrada que a constituição de advogado ou de defensor dativo é, mesmo que no âmbito do processo administrativo disciplinar, fundamental à existência da garantia constitucional do

<sup>107</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 343**. É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. p. 379. 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 em: 03 fev. 2017.

<sup>108</sup> MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o sistema processual administrativo punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. (Org.). **Processo administrativo: temas polêmicos da lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 164.



direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Ainda mais quando se trata de processos que buscam apurar faltas tão graves que sujeitam o processado a severas sanções.

Em contraponto à Súmula nº 343 do STJ, em 2008 o pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) editou e aprovou a seguinte Súmula Vinculante de nº 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”<sup>109</sup> derogando, assim, o entendimento anterior já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Este entendimento, como se pode perceber, manteve a necessidade da defesa técnica como condição de validade do processo administrativo disciplinar, no entanto, tornou desnecessária a realização desta defesa por profissional da área jurídica com inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, possibilitando, portanto, a realização desta defesa técnica pelo próprio particular, não acarretando, desta maneira, em nulidade do processo disciplinar.

Neste sentido, Arnaldo Esteves Lima afirma que:

A regra, no entanto, é a *facultatividade*, que deve ser prestigiada ante a maior informalidade do Processo Administrativo. Além disso, o art. 133 da CF dispõe sobre a indispensabilidade de advogado para a administração da justiça, porém em sentido *stricto*, ou seja, aquela refletida na atuação do Poder Judiciário em sua atividade-fim.<sup>110</sup> (Grifo do autor)

Também no intuito de melhor esclarecer o verbete sumular exarado pelo Supremo Tribunal Federal, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho pontua que:

[...] conciliando o entendimento legal com os sumulados, voltaram a existir apenas duas situações possíveis: (i) *processo administrativo com assistência facultativa* – a assistência de advogado pelo particular é mera faculdade, ficando unicamente a critério seu buscar uma defesa mais técnica; (ii) *processo administrativo com assistência obrigatória* – fica obrigado o assessoramento técnico por advogado nos casos em que a legislação expressamente assim estipular, visto que a Súmula Vinculante nº 5 não afastou a parte final do art. 3º, IV, da Lei nº 9.784/99.<sup>111</sup>

Concluindo as apresentações destas súmulas, é mister destacar que foram apenas três precedentes, além do próprio caso em comento à época, que embasaram a edição e aprovação

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 5**. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

<sup>110</sup> LIMA, Arnaldo Esteves. **O processo administrativo no âmbito da administração pública federal: lei n. 9.784 de 29/01/1999**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 39.

<sup>111</sup> MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o sistema processual administrativo punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. (Org.). **Processo administrativo: temas polêmicos da lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 166.

da Súmula Vinculante nº 5, os quais são, respectivamente: MS 24961<sup>112</sup>; RE 244027 AgR<sup>113</sup>; AI 207197 AgR<sup>114</sup>; e o RE 434059<sup>115</sup>.<sup>116</sup>

### 3.2. Críticas à Fundamentação da Súmula Vinculante nº 5 do STF

Com a publicação da Súmula Vinculante nº 5, por parte da Suprema Corte brasileira, algumas divergências doutrinárias surgiram, pondo em xeque a constitucionalidade do enunciado, confrontando tanto sua base principiológica e regras constitucionais de elaboração quanto a matéria propriamente dita.

Diante da vasta doutrina produzida acerca da obrigatoriedade da presença do advogado em processos administrativos disciplinares, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho apresenta cinco vertentes por ele identificadas, as quais são:

(i) *corrente da defesa técnica plena* – defende a presença obrigatória do advogado em todos os processos administrativos em que haja a imposição de alguma penalidade, seja grave ou não; (ii) *corrente da defesa técnica condicionada* – entende que a defesa especializada somente será necessária quando acarretar algum prejuízo grave na esfera jurídica do particular; (iii) *corrente da defesa técnica específica* – infere que a defesa técnica somente será obrigatória quando a lei expressamente assim exigir ou quando o interesse em jogo foi indisponível; (iv) *corrente da defesa técnica disciplinar* – endossa a presença obrigatória da assistência jurídica em todas as fases dos processos administrativos disciplinares; (v) *corrente da defesa técnica desnecessária* – compreende pela absoluta desnecessidade da participação imperativa do advogado em processos administrativos disciplinares.<sup>117</sup>

Em sua opinião, e seguindo o entendimento do STJ quando formulou a Súmula nº 343, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho defende que a corrente da defesa técnica disciplinar seja a mais apropriada a ser aplicada nesta espécie de processo administrativo. Conforme o autor, este entendimento estabelece uma hierarquia entre os procedimentos administrativos em virtude da gravidade da disciplina experimentada pelo particular ora processado, se aproximando, portanto, às características dos processos judiciais apenas no que diz respeito à

<sup>112</sup> Publicação: DJ de 04/03/2005.

<sup>113</sup> Publicação: DJ de 28/05/2002.

<sup>114</sup> Publicação: DJ de 24/03/1998.

<sup>115</sup> Publicação: DJe nº 172 de 12/09/2008.

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 5**. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

<sup>117</sup> MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o sistema processual administrativo punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. (Org.). **Processo administrativo: temas polêmicos da lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 168.

presença do advogado, respeitando, em plenitude, o que determina a constituição em relação à ampla defesa.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle José Coelho Nunes consignam que, quanto a interpretação do STF em relação a presença obrigatória do advogado nos PADs, há, ao menos, dois pontos relevantes a serem observados:

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

[...]

Que hermenêutica "constitucional" é essa que subverte os institutos jurídicos exatamente em razão da sua constitucionalização? **Ampla defesa é um instituto jurídico-processual e não se pode desconsiderar sua história institucional em nome de um falso imperativo axiológico de eficiência custe o que custar.** Afinal, estaremos vivendo o que o Prof. Lenio Streck tão bem denuncia, uma espécie de "estado de exceção hermenêutico", instaurado por tal pragmatismo judicial, levado às últimas consequências.<sup>118</sup> (grifo nosso)

Percebe-se, então, que os autores rejeitam a ideia de que vale tudo por uma celeridade e eficiência nos processos administrativos disciplinares. É mister enfatizar que o emprego, o salário e a liberdade são bens jurídicos com valor superior ao princípio processual da celeridade no serviço público.

Rafael Pinto Cordeiro entende que “a participação obrigatória do advogado nos processos disciplinares preveniria a ocorrência de nulidades no âmbito administrativo, festejando, entre outros, o princípio da economicidade, uma vez que evitaria ações judiciais para anulação de tais procedimentos.”<sup>119</sup> Mais adiante, o autor expõe que a decisão do STF se baseou basicamente num único princípio, o da segurança jurídica, e nos argumentos do então Advogado Geral da União. Senão, vejamos:

Entendemos que a decisão do STF se fundamentou exclusivamente no princípio da segurança jurídica. Na linha do legítimo entendimento expresso pelo competente Advogado Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, a manter-se o entendimento dado pelo STJ à questão, a obrigatoriedade da presença do advogado em PAD daria ensejo à demandas em que servidores, além de sua reintegração ao cargo, poderiam reclamar salários atrasados de todo o período em que dele estiveram ausentes.

Esse argumento, "concessa máxima vênia", é destituído de substrato jurídico, olvidando-se, inclusive, da regra imperativa proclamada pela Constituição Federal, que assegura a apreciação do Poder Judiciário às lesões ou ameaças a direitos.

<sup>118</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle José Coelho. **A inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2107, 8 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12588>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

<sup>119</sup> CORDEIRO, Rafael Pinto. **Súmula Vinculante nº 5 gerou efeitos antidemocráticos.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n.1934, 17 out. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11834>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

Por essa razão, emerge neste caso particular uma das mais contundentes críticas que se faz às Súmulas Vinculantes, qual seja, a de que elas obliteram a função precípua dos juízes de dizerem o direito caso a caso, compondo os conflitos de interesse na exata medida de suas realidades.<sup>120</sup>

Dentre os institutos que parte da doutrina aponta terem sido violados, encontram-se, apontados por Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, a violação a princípios constitucionais, a pressupostos constitucionais para a elaboração das súmulas vinculantes e a violação à judicialidade da decisão.

#### a) Violação a princípios constitucionais

Quanto à violação de princípios constitucionais, faz-se necessário apontar mais uma vez, além dos que já foram discutidos anteriormente, o princípio da ampla defesa. Neste sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que:

A defesa leiga, sem advogado, não é ampla, mas *restrita*. Em *processos sancionadores*, como ocorre com o processo penal e com o processo administrativo sancionador (disciplinar ou não), que visa a imposição de penalidade ao servidor ou administrado, ressalta a importância de observar-se a garantia constitucional da ampla defesa, motivo por que nesses processos é imprescindível que a defesa do acusado seja *técnica*, isto é, feita por advogado. Por essa razão não se pode ter como atendido o princípio constitucional da ampla defesa, se não se der advogado ao acusado, no processo penal e no processo administrativo sancionador.<sup>121</sup>

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

Infere-se do exposto que, uma vez que o princípio da ampla defesa é espécie do gênero devido processo legal, e que este, por sua vez, decorre do Estado sob o *status* de Democrático de Direito, logo, qualquer violação ao primeiro princípio fatalmente reverbera na violação aos demais.

Além do que a doutrina defende em relação à ampla e plena defesa nos PADs, deve-se analisar também o princípio da paridade de armas. Este, por sua vez, sendo utilizado preponderantemente como analogicamente ao Direito Penal e Processual Penal.

Em relação ao princípio da paridade de armas, ou igualdade entre as partes – conforme Lúcia Valle Figueiredo o define, este também se trata de um princípio plenamente amparado pela Carta Maior em toda sua extensão. Neste sentido, a autora afirma que: “A igualdade entre

<sup>120</sup> Cf. CORDEIRO, Rafael Pinto. Ob, cit.

<sup>121</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 231.

as partes é um dos princípios do *due process of law* que realmente está espraído por toda a Constituição; em consequência, certas desigualações são impossíveis, fazem o *undue process of law*.<sup>122</sup>

Em mesma sintonia, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari afirmam que:

Na seara dos processos administrativos pertinentes à aplicação de sanções, não deve o agente decisório deixar de levar em consideração a rica trama principiológica do direito penal. Cabe-lhe, em suma, levantar as pontes conceituais antes por nós exaltadas [...], a fim de evitar que o processo realize não a justiça, mas a suma injustiça.<sup>123</sup>

Superada a discussão em relação ao que o processo administrativo disciplinar se assemelha ao processo judicial penal, é de suma importância salientar o que a doutrina defende acerca do princípio da Paridade de Armas, o que eu fora já tratado neste trabalho, e a realidade de todos os órgãos Estatais e os particulares.

Conforme disposto no próprio sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União, são funções institucionais deste órgão a **atuação consultiva** e **contenciosa**, respectivamente:

**Consultiva:** [...] se dá por meio do assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, de suas autarquias e fundações públicas, para dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão por elas praticados, notadamente quanto à materialização das políticas públicas, à viabilização jurídica das licitações e dos contratos e, ainda, na proposição e análise de medidas legislativas (Leis, Medidas Provisórias, Decretos e Resoluções, entre outros) necessárias ao desenvolvimento e aprimoramento do Estado Brasileiro.

[...]

**Contenciosa:** [...] se dá por meio da representação judicial e extrajudicial da União (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dos órgãos públicos que exercem função essencial à justiça), além de suas autarquias e fundações públicas. A representação judicial é exercida em defesa dos interesses dos referidos entes nas ações judiciais em que a União figura como autora, ré ou, ainda, terceira interessada. A representação extrajudicial é exercida perante entidades não vinculadas à Justiça, como órgãos administrativos da própria União, Estados ou Municípios.<sup>124</sup>

Verifica-se, ainda, a título de exemplo, o que contém no próprio sítio eletrônico oficial da Universidade Federal do Rio de Janeiro:

Procuradoria Federal da UFRJ

A Procuradoria Federal - UFRJ é órgão de execução da Advocacia-Geral da União (AGU), e tem por função prestar consultoria e assessoria jurídica aos dirigentes da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

<sup>122</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 448.

<sup>123</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu *apud* GOMES, R. G. **Responsabilidade administrativa do servidor público na administração pública federal**. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 193-212, jan./jun. 2014.

<sup>124</sup> BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Competências**. Brasília, 2015. Disponível em: < [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/175195](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/175195)>. Acesso em: 02 mar. 2017.

No exercício de suas atribuições institucionais, os Procuradores Federais elaboram pareceres nas matérias em que, por força de lei, deva necessariamente se manifestar ou, também, em matérias que lhes sejam encaminhadas pela Administração da Universidade.

No que se refere às demandas judiciais em que a UFRJ seja parte, cabe a Procuradoria Regional Federal da 2ª Região representar a Universidade perante o Poder Judiciário, sendo função da Procuradoria Federal - UFRJ fornecer subsídios para que a PRF2 possa exercer suas atribuições em juízo.<sup>125</sup>

Logo, em poucas linhas, percebe-se o aparelhamento técnico-jurídico que os órgãos do Estado, especificamente os federais, possuem para representar suas instituições em demandas, tanto judiciais quanto administrativas, fato este que comprova a desigualdade material entre um particular servidor público e uma instituição federal processante.

#### b) Violação a pressupostos constitucionais para a elaboração da Súmula Vinculante nº 5

A redação do artigo 103-A da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, regulamentada pela Lei nº 11.417/2016 e pelas Resoluções nº 381/2008 e nº 388/2008, todas do STF, estabelecem, dentre outros, os elementos necessários para se conferir o caráter vinculativo às decisões da Suprema Corte brasileira.

Veja-se o que determina o artigo 103-A da CRFB/88:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, **após reiteradas decisões sobre matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.<sup>126</sup> (grifo nosso)

Deste dispositivo extrai-se, principalmente, o termo “reiteradas decisões sobre a matéria constitucional” como sendo um requisito formal imprescindível para conferir tal efeito vinculante *erga omnes* à decisão em tela. Isto significa dizer que para editar e publicar uma Súmula Vinculante, várias decisões do STF, no mesmo sentido, são necessárias como elemento formal exigido para sua elaboração.

Verifica-se, conforme já aludido, que foram apenas três os precedentes, além do próprio caso que culminou na edição da Súmula, que embasaram a edição desta, os quais são, respectivamente: MS 24961<sup>127</sup>; RE 244027 AgR<sup>128</sup>; AI 207197 AgR<sup>129</sup>; e o RE 434059<sup>130 131</sup>.

<sup>125</sup> BRASIL. Universidade Federal do Rio de Janeiro. **Procuradoria Federal da UFRJ**. Rio de Janeiro. Disponível em: < <https://ufrj.br/procuradoria>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

<sup>126</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

<sup>127</sup> Publicação: DJ de 04/03/2005.

Com exceção do *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento* AI nº 207197 e do *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário* RE nº 244027, o outro caso que precedeu a edição da Súmula Vinculante foi o *Mandado de Segurança* MS nº 24961, que tratava não de um processo administrativo disciplinar, mas sim de apenas um procedimento administrativo, o qual, em tese, prescinde a obrigatoriedade da ampla defesa.

Ante o exposto, observa-se que o significado do termo “reiteradas decisões sobre a matéria constitucional”, para a edição do enunciado sumular vinculante número cinco do STF, limitou-se a apenas dois julgados, além do julgado que deu sua origem. Logo, percebe-se que a Suprema Corte não cumpriu o requisito elementar de se observar as várias decisões uniformes sobre a mesma matéria.

### c) Violação à judicialidade da decisão

Para Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, o que fundamentou a decisão do STF, ao sumular este enunciado, foi preponderantemente o aspecto político em detrimento ao caráter jurídico do caso em comento. O autor explica que:

Com o novo raciocínio exarado na quinta súmula vinculante, tanto se evitou a enxurrada de ações judiciais reivindicando a revisão das decisões administrativas já emitidas, quanto se poupou aos cofres públicos de contratar novos defensores públicos, a fim de abarcar o desmembramento do princípio da ampla defesa. [...] olhou-se tanto para o pretérito quanto para o futuro, observando-se os reflexos do acórdão na esfera administrativa e, principalmente, na judicial.<sup>132</sup>

Em nome da *segurança jurídica*, o STF produziu este enunciado de maneira que não observou a garantia constitucional plena ao princípio da ampla defesa, nem tampouco ao do devido processo legal. Tentou-se evitar, assim, a revisão das decisões, algumas já transitadas em julgado, de inúmeros processos administrativos disciplinares que não observaram a participação do defensor técnico em todas as fases deste processo.

<sup>128</sup> Publicação: DJ de 28/05/2002.

<sup>129</sup> Publicação: DJ de 24/03/1998.

<sup>130</sup> Publicação: DJe nº 172 de 12/09/2008.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 5**. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

<sup>132</sup> MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o sistema processual administrativo punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. (Org.). **Processo administrativo: temas polêmicos da lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 179.

A decisão, ainda com o condão político, buscou proteger o Poder Público da necessidade de novas contratações de mais defensores públicos, pois, nos casos em que o servidor processado disciplinarmente não tivesse condições financeiras para custear sua defesa técnica, na seara administrativa, por meio de profissional habilitado, o advogado, a instituição seria obrigada a nomear um defensor dativo ou comunicar o fato à Defensoria Pública. Verifica-se, mais uma vez, a mitigação da ampla e plena defesa do processado, do princípio da isonomia, e também do princípio da paridade de armas.

### 3.3. Abuso do Poder Disciplinar

O poder disciplinar exercido pela Administração Pública, como já visto, deriva de outro poder administrativo, do poder hierárquico. Àquele, é atribuído às autoridades administrativas para apurar, por meio de processos e procedimentos administrativos, condutas faltosas praticadas por agentes públicos e puni-los.

Em sua essência, o poder disciplinar é associado à discricionariedade do agente público responsável por apurar as condutas contrárias à realização considerada normal das atividades do órgão estatal e punir quem as praticou. No entanto, essa associação à discricionariedade do agente público vem caindo por terra por conferir a este agente uma subjetividade muito grande em relação ao que é correto ou não. Neste sentido, Odete Medauar defende que:

Não mais é viável invocar poderes livres ou zonas livres a título de discricionariedade. Um rol de princípios e exigências que integram o direito administrativo contemporâneo denotam o direcionamento da discricionariedade [...]. No tocante ao poder disciplinar, soa estranho atualmente associá-lo à discricionariedade. De início, em virtude dos parâmetros que norteiam o poder discricionário em geral. Em segundo lugar, porque o poder disciplinar há muito vem se exercendo sob moldes processuais, justamente para impedir arbítrios e subjetivismos.<sup>133</sup>

Conforme o apontamento da autora, verifica-se uma preocupação premente, especialmente por parte dos doutrinadores, no intuito de se minimizar a abrangência do campo discricionário do agente público, servindo-o com um vasto arcabouço principiológico que servirá para nortear toda e qualquer tomada de decisão.

---

<sup>133</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 117.



Mesmo se admitindo um certo grau de discricionariedade no poder disciplinar, outro princípio da Administração Pública surge como forma de controle e transparência das decisões. Este princípio é o da motivação.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo, “a motivação atende às duas faces do *due process of law*: a formal – porque está expressa no texto constitucional básico; e a substancial – sem a motivação não há possibilidade de aferição da legalidade ou ilegalidade, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa.”<sup>134</sup>

José Cretella Júnior afirma que “desvio de poder é o uso indevido que o administrador faz do poder discricionário de que é detentor para atingir fins diversos do que a lei assinala. Ou é o uso indevido que a autoridade administrativa faz do poder que lhe é conferido para atingir finalidade diversa daquela que a lei preceitua.”<sup>135</sup>

Por fim, a não observância das garantias processuais constitucionais poderá ensejar, fatalmente, no desvio de poder disciplinar, isto é, quão maior é a margem de discricionariedade conferida ao agente público processante, maior é a possibilidade deste cometer abuso de poder na hora de exercer o poder disciplinar.

---

<sup>134</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 52.

<sup>135</sup> CRETELLA JÚNIOR, José *Apud* FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 287.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente trabalho de conclusão de curso, pode-se afirmar que o Estado tem sua soberania, principalmente em relação a outros Estados, no entanto, esta soberania não é absoluta. No que diz respeito ao contrato social estabelecido entre o povo e o Governo, deve-se entender que a este não cabe impor suas vontades sobre àquele de forma indiscriminada, mas sim buscar realizar suas atividades estatais pautadas no que dispõe o ordenamento jurídico pátrio, de modo a garantir os anseios da coletividade.

Foi constatado que a Administração Pública, enquanto Governo, possui prerrogativas que a conferem poderes para intervir na individualidade dos particulares. No intuito de diminuir o campo de atuação do Estado, tais poderes servem a um propósito maior, que é o interesse público.

No decorrer deste trabalho ficou demonstrada a importância que os mecanismos principiológicos constitucionais exercem sobre a relação do Estado e a sociedade – e daquele sobre o indivíduo, de modo a garantir direitos básicos aos particulares. Tais direitos não podem, em momento algum, serem mitigados em detrimento de interesses obscuros, de particulares ou coletivos, mas que caminhem de encontro às garantias individuais já consagradas na CRFB.

Não se pode afastar também a relação íntima que há entre o processo administrativo sancionador com o processo penal, pois, no desenvolver do presente trabalho, foi apresentado os pontos de convergência que os dois tipos de processo se encontram, restando provado a verossimilhança entre os dois tipos de processos e assim, a necessidade de que os princípios que servem este também devem servir aquele.

Ficou evidenciado, ainda, por meio de fortes argumentos doutrinários e legais, que o Superior Tribunal de Justiça acertou ao editar a Súmula nº 343, garantindo a plena e ampla defesa aos particulares acusados em processos administrativos disciplinares, tornando obrigatória a presença da defesa técnica nestes processos. Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal, ao publicar a Súmula Vinculante nº 5, acabou mitigando, entre outros, os princípios do estado democrático de direito, do devido processo legal e o da ampla defesa, pois tornou dispensável a defesa técnica nestes processos.

Notadamente, o *decisium* da Suprema Corte teve um cunho político, visto que, na tentativa de se evitar o aumento de ações judiciais que buscassem revisar decisões administrativas já emitidas, este Tribunal adotou uma posição extremamente protecionista

blindando, portanto, o poder judiciário de mais demandas sob lógica de estar poupando os cofres públicos de dispender pessoal e dinheiro para estas potenciais novas demandas.

Por fim, verifica-se no texto a precipitada decisão tomada pelo egrégio Tribunal Supremo, ao sumular o enunciado que dispensa a presença obrigatória do advogado nos PADs, não observando pressupostos constitucionais para sua elaboração e violando princípios garantidos em nossa CRFB, restando a este Tribunal, portanto, cancelar esta Súmula Vinculante e homenagear o *decisum* do STJ, garantindo, assim, que de fato a defesa plena seja exercida e o devido processo legal seja observado.

## REFERÊNCIAS

### LIVROS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 3 ed. São Paulo: RT, 2010.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles Externo e Interno da Administração Pública**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LIMA, Arnaldo Esteves. **O processo administrativo no âmbito da administração pública federal: lei n. 9.784 de 29/01/1999**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

MACHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe**. Coleção a obra-prima de cada autor. 9 ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MALUF, Sahid *apud* FRIEDE, Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do Estado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. (Trad. Cristina Murachco). 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o sistema processual administrativo punitivo: um retrospecto na interpretação contemporânea do princípio do devido processo legal e na evolução dos desdobramentos do princípio da ampla defesa. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. (Org.). **Processo administrativo: temas polêmicos da lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011

MUÑOZ MACHADO, Santiago *apud* SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. **Segurança jurídica no processo administrativo disciplinar**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Versão para e-book. (Trad. Rolando Roque da Silva). Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <http://www.elivros-gratis.net/livros-gratis-jean-jacques-rousseau.asp>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

## ARTIGOS

CORDEIRO, Rafael Pinto. **Súmula Vinculante nº 5 gerou efeitos antidemocráticos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n.1934, 17 out. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11834>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Alguns tópicos importantes no processo administrativo disciplinar**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14014](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14014)>. Acesso em 17 nov. 2016.

GRECO, Leonardo. **A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa**. Revista CEJ, Brasília, n. 35, p. 20-27, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/733/913>>. Acesso em 18 de nov. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da administração pública**. Fórum de contratação e gestão pública, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32259>>. Acesso em: 12 out. 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle José Coelho. **A inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2107, 8 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12588>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **O controle interno da Administração Pública e seus mecanismos**. Revista dos Tribunais, v. 956/2015, p. 25 – 50, Jun 2015. Disponível em: <

VANIN, Andrei Pedro. **Limites do estado de natureza e liberdade civil em Locke**.: *Limits of the state of nature and civil liberty in Locke*. Revista Urutáguia. nº 31, 65-72, nov. 2014.

ISSN: 15196178. Disponível em: <<http://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=6&sid=5591f66b-67f3-4932-9f0f-16f055ce0883@sessionmgr1>>. Acesso em: 12 out. 2016.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **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: 30 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 18 de nov. 2016.

## MANUAIS

**Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância** - Corregedoria-Geral da Advocacia da União. 1 ed. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2015. Disponível em: <Disponível em: <http://www.agu.gov.br/unidade/cgau>>. Acesso em: 18 out. 2016.

## JURISPRUDÊNCIAS E SÚMULAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 343**. É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. 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 em: 30 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 5**. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Disponível

em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

### **SITES OFICIAIS**

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Competências**. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/175195](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/175195)>. Acesso em: 02 fev. 2017.