

# **UMA CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE SOBRE A EFICÁCIA DO DIREITO DE DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR POR DEFENSOR DATIVO**

Paula Gomes Tavares Sette<sup>1</sup>

Leonardo Medeiros Júnior<sup>2</sup>

## **RESUMO**

No âmbito da Administração Pública, tem-se como forma de instrumentalização das penas aplicadas aos servidores públicos o chamado Processo Administrativo Disciplinar. Na hipótese em análise, é observada a eficiência da atuação do servidor dativo no Processo Administrativo Disciplinar face as garantias constitucionais dos Princípios Contraditórios e da Defesa Ampla. Analisam-se os conceitos e os princípios aplicáveis no Processo Administrativo Disciplinar, estes como gatilhos necessários para a ponderação do poder discricionário do Estado Administrativo. Isso resulta na ampliação de um debate jurídico sobre a eficiência ou ineficiência do servidor dativo no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar trazendo como análise, os precedentes que originaram o Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça e a Súmula Vinculante nº 5.

**Palavras chaves:** Direito Administrativo; Processo Administrativo; Processo Administrativo Disciplinar; Ampla Defesa; Revelia; Servidor Dativo.

## **A CONTRIBUTION TO THE DEBATE ON THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO DEFENSE IN THE DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE PROCESS BY DATIVE DEFENSOR**

## **ABSTRACT**

In the scope of the Public Administration, one has as a form of instrumentalization of the penalties applied to public servants the so-called Administrative Disciplinary Process. In the hypothesis under analysis, the efficiency of the dative server's performance in the Administrative Disciplinary Process is observed in face of the constitutional guarantees of the Contradictory Principles and the Broad Defense. The concepts and principles applicable in the Administrative Disciplinary Process are analyzed, these as necessary triggers for the weighting of the discretionary power of the Administrative State. This results in the expansion of a legal debate on the efficiency or inefficiency of the dative server in the scope of the Administrative Disciplinary Process and with the analysis of the

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte-UNI-RN. E-mail: paulagomessette@hotmail.com

<sup>2</sup> Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte-UNI-RN. E-mail: leonardomjunior@hotmail.com

precedents that originated the Supreme Court's Summary 343 and the Binding Preciousness nº 5.

**Keys Words :** Administrative Law; Administrative Process; Administrative Disciplinary Process; Broad Defense; Dative Server.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história social humana compreende-se como um conceito básico, conforme afirmou o físico, Isaac Newton, de que “toda ação gera uma reação”. Ou seja, no convívio social algumas ações podem causar prejuízos a terceiros, somado a elas consequências que gera uma responsabilização. Por isso, somos submetidos a regras, leis, mandamentos de otimização, que direcionam aos nossos direitos e deveres.

Sabe-se que o Estado é o responsável em aplicar penalidades aos cidadãos que causam ações divergentes à ordem social e estes são sujeitos a punições. Nesse contexto, seguindo a lógica contrária, quando o próprio Estado é o autor de irregularidades, isto é, seus próprios agentes estão indo contra a integridade pública, compreende-se que tal conduta é de maior reprovação. Isso leva a percepção de que é essencial a existência de um instrumento que aplique as regulamentações submetidas aos cidadãos no próprio Estado. Dessa forma, através do processo administrativo se tem a instrumentalização primordial da responsabilização nas irregularidades constatadas em âmbito interno da Administração Pública.

Assim, o presente artigo objetiva realizar a análise de institutos do Direito Administrativo Disciplinar à luz do Direito Constitucional, e, com isso, a possibilidade de interpretação da atuação do servidor dativo na defesa de indiciado em revelia no Processo Administrativo Disciplinar e a eficácia da defesa.

Dentro dessa linha, apresenta-se como tema de pesquisa o Direito de Defesa no Processo Administrativo Disciplinar voltado para exame de sua eficácia, delimitando sob o enfoque da análise da defesa por defensor dativo. Por conseguinte, é fundamental a compreensão da problemática que consiste em avaliar se as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em sede de direito administrativo, são respeitadas frente ao princípio da razoabilidade e da não discricionariedade.

Com efeito, o corte epistemológico cinge-se na identificação dos gatilhos que limitam a atuação do julgador no Processo Administrativo Disciplinar, em especial na sua atuação como executor do *jus puniendi*, observando-se a aplicabilidade dos Princípios

constitucionais do Devido Processo Legal, Da Ampla Defesa e do Contraditório e o Princípio da Razoabilidade.

Em outras palavras, afere-se que a pesquisa se prende à questão da eficácia dessas garantias adquiridas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e a força normativa destes para considerar a existência implícita do princípio da legalidade estrita no âmbito do direito disciplinar.

O método de abordagem foi o dedutivo, em que se analisa a confluência dos princípios constitucionais, relacionados à aferição de punibilidade ao servidor indiciado em Processo Administrativo Disciplinar em revelia, em especial a efetividade da defesa realizada por defensor dativo. Já o método de procedimento foi essencialmente bibliográfico.

Insta ressaltar que no presente artigo, não se está a defender um formalismo lógico positivista, que limitaria o interprete e aplicador do ordenamento jurídico a um molde imutável. A defesa preponderante é de que a punição administrativa deve ser clara e analítica com a devida instrução probatória, almejando a observância da dignidade da pessoa humana, a justiça e a certeza do Direito em sede administrativa.

Considerando que não é tarefa fácil para o operador do direito, principalmente o fato de que a disciplina de Direito Administrativo é um ramo desprovido de sistematização codificada e, ainda, não apresenta aprofundamento teórico-dogmático a dar amparo ao julgador administrativo ou ao administrado. Contudo, sabe-se que o direito administrativo e seus institutos são levados à concreta aplicação, muitas vezes, por servidores públicos que na maioria dos casos, não possuem conhecimento técnico-jurídico necessário, criando, assim, um ambiente de instabilidade jurídica no âmbito da administração interna.

## **2. O PROCESSO ADMINISTRATIVO EM SENTIDO ESTRITO E EM SENTIDO LATO**

Processo Administrativo é o caminho que a Administração Pública se utiliza para coordenar e reunir comprovações para as atividades e irregularidades no âmbito da Administração, nas relações da esfera interna, como na esfera externa.

Segundo Celso Antônio de Mello<sup>3</sup>:

---

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 499.

É em decorrência do caráter funcional administrativo que a Administração deve buscar as finalidades legais através de um itinerário, de uma ordenação sequencial de atos, isto é, de um processo e um procedimento, a fim de que fique assegurado que a conclusão final administrativa, isto é, o ato derradeiro, resultou de uma trilha capaz de garantir que a finalidade legal foi, deveras, atendida e se possa controlar a ocorrência desse resultado.

Com intuito de aprofundar na temática é importante verificar que o Procedimento Administrativo pode ser classificado em Sentido *Lato* e Sentido *Estrito*. A palavra *Lato* é um adjetivo com origem em latim, que significa largo, vasto, amplo, extensivo, se trata de um conceito ampliativo, dessa forma, no âmbito do processo administrativo pode representar a ação de processamento de atos dentro do serviço público, se caracterizando como um gênero, já a palavra *Estrito*, representa uma interpretação de algo Restrito, rigoroso, exato, representa a forma especial de um conjunto de atos.

Assim, o gênero Processo Administrativo, isto é o Processo Administrativo em sentido *Lato*, em que fazem parte, por exemplo, o Processo de abertura de uma licitação, Processo Administrativo Disciplinar propriamente dito ou a Sindicância, sendo uma categoria generalizada, enquanto o Processo Administrativo em sentido *Estrito* se tem a ideia de um procedimento específico se encaixando como exemplo Processo Administrativo Disciplinar, em que são encadeados atos com procedimento exclusivo.

### 3. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Os princípios são de grande importância no ordenamento jurídico, pois possibilitam a melhor interpretação jurídica da lei ao caso concreto, dessa forma o aplicador do direito deve ter em mente a interpretação jurídica de maneira sistêmica, harmônica e em unidade.

Neste traçado, o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), o senhor Luis Roberto Barroso<sup>4</sup>, insta a necessidade da compreensão dos princípios no âmbito jurídico:

O emprego do termo princípio, nesse contexto, prende-se à proeminência e à precedência desses mandamentos dirigidos ao intérprete, e não propriamente ao seu conteúdo, à sua estrutura ou à sua aplicação mediante ponderação. Os princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 333-334.

premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta.

Considerando que o sistema jurídico não é exclusivo de normas, em consonância com isto, a lição de Carlos Maximiliano<sup>5</sup> diz: “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.”. Os princípios jurídicos têm papel importante para fundamentar, e também limitar a atuação do gestor administrativo, com a finalidade de garantir a segurança jurídica no âmbito administrativo, como bem aclara Celso Bandeira de Mello<sup>6</sup>:

Assim a discricionariedade administrativa é como a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Identifica-se que este poder discricionário tem limites, uma vez que se não houvesse barreiras estaríamos indo contra garantias estipuladas na Constituição da República Federativa do Brasil (CF) de 1988, como por exemplo, o Princípio da Razoabilidade.

Como bem explana Celso<sup>7</sup> sobre os limites da atuação administrativa, entendimento este que deduz que as normas tem o poder de demarcar as fronteiras da discricionariedade.

A interpretação do sentido da lei, para a pronúncia judicial, não agrava a discricionariedade, apenas lhe reconhece os confins; não penetra na esfera da liberdade administrativa, tão só lhe declara os contornos; não invade o mérito do ato nem se interna em avaliações objetiváveis, mas recolhe a significação possível em função do texto, do contexto e da ordenação normativa como um todo, aprofundando-se até o ponto em que pode extrair razoavelmente da lei um comando certo e inteligível.

---

<sup>5</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 10.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 990-991.

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 993.

Nesta linha, podemos considerar que os princípios, leis e fatos são gatilhos necessários para a ponderação da discricionariedade do Estado-Administração, principalmente, em sede de processo administrativo. Assim, deve-se elencar, conforme o Manual do Processo Administrativo Disciplinar, confeccionado pela Controladoria Geral da União<sup>8</sup> (CGU), os seguintes princípios que são aplicáveis ao Processo Administrativo Disciplinar: Princípio do Devido Processo Legal, Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, Princípio do Informalismo Moderado, Princípio da Verdade Real, Princípio da Presunção de Inocência ou de Não Culpabilidade e Princípio da Motivação.

De relevante importância sobre a temática abordada, os princípios são basilares para a segurança jurídica e o devido exaurimento do processo administrativo, assim, é necessário compreender o conceito dos principais princípios que contribuem para a melhor interpretação da lei perante o caso concreto.

### 3.1. Do Devido Processo Legal

Este princípio, trazido na Constituição de 1988, consolida a procedimentalização da atividade administrativa, sendo dessa forma, a outorga da relevância ao procedimento administrativo, consequência da consagração do Estado Democrático de Direito, pautado na cidadania e na dignidade da pessoa humana. O princípio do Devido Processo Legal instituiu o *modus procedendi* obrigatório para o Poder Público, cujo percurso correto é a maior garantia para o cumprimento dos bens jurídicos que o Estado de Direito visa resguardar.

### 3.2. Da Ampla Defesa e do Contraditório

Para efetivamente exercer a função de estrutura integratória de interesses, é evidente que os titulares dos direitos afetados tenham a possibilidade de ter acesso ao procedimento administrativo. Sendo inexorável o reconhecimento do direito de ampla participação procedimental, à luz das injunções do princípio democrático, com sede

---

<sup>8</sup> **MANUAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**. Brasília: CGU, mar. 2016. Ano. Disponível em: <[www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2016.

constitucional, o Direito à Cidadania<sup>9</sup> e o Direito à Ampla Defesa<sup>10</sup>. De que adiantaria afirmar a própria procedimentalização da atividade como corolário das transformações vivenciadas pela vida administrativa, no estágio atual do Estado Democrático, se, ao mesmo tempo, não estiver plasmada a garantia ilimitada de plena participação dos administrados no âmbito da Administração Pública.

### 3.3. Do Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade tem relação direta da efetividade do direito ao devido procedimento administrativo e do direito de participação administrativa. Quanto maior a participação, quanto mais apropriado o procedimento, maior a possibilidade haverá de cumprimento integral do mandamento de adequação axiológica incorporado pela pauta da razoabilidade.

A Lei Federal do Processo Administrativo explicitamente define, em suas disposições gerais, a razoabilidade e a proporcionalidade como princípios do processo administrativo, fornecendo um critério unitário para firmar o seu conteúdo, ao preceituar que será observada a "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições, e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público"<sup>11</sup>.

O "critério" da razoabilidade/proporcionalidade deve ser observado nas decisões administrativas endoprocessuais, em todas as fases do processo administrativo. A exigência de trâmite razoável e proporcional na condução do processo administrativo visa elidir a cega automicidade na execução administrativa da lei, garantindo a adaptação das

---

<sup>9</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil/1988**, Artigo 1º, caput "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 [...]", II – "a cidadania".

<sup>10</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil/1988** Artigo 5º, caput "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 [...]", 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>11</sup> BRASIL. **Lei 9.784/99**, Artigo 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.[...]" "Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de [...]" "VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público[...]."

exigências adjetivas às circunstâncias de cada iter processual, assegurando a coerência do conteúdo dos autos processuais praticados. Neste Sentido, é corolário da imposição de eficiência e de moralidade administrativa nas relações processuais entre Administração e administrados.

#### 4. O DIREITO DE DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF) de 1988 traz o direito à defesa como decorrente da personalidade e dignidade humana, inserindo-se na categoria de direito fundamental. Este vem garantir ao réu, tanto nos processos jurisdicionais quanto nos processos administrativos, possibilidade de trazer aos autos todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade.

Conforme o artigo 5º, LV, da CF/1988<sup>12</sup>, trouxe de forma clara a garantia Constitucional da Ampla defesa, “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;” esta impede que o processo se transforme em uma luta desigual, em que só a uma parte é dada a oportunidade de argumentar e produzir provas. É por isso que a defesa é um instituto que determina o verdadeiro aspecto atual do direito, qual seja, o aspecto dialético, de argumentações contraditórias tendentes a revelar a verdade.

Mas antes de tudo, a penalidade administrativa deve ser aplicada precedida de um procedimento instrutório, seja a sindicância ou o processo administrativo, garantindo os ditames constitucionais. Contudo, é relevante tornar sabido que o disposto no artigo 143 da Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1993<sup>13</sup>, afirma que: “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante Sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar, assegurada ao acusado a Ampla Defesa.” Assim, pode-se concluir que o Processo Administrativo Disciplinar, possibilita que o *jus perseguendi* seja a cargo do Estado-administração, sendo, desta

---

<sup>12</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil/1988** Artigo 5º, caput “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 [...]”, 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>13</sup> BRASIL, **Lei 8.112/90**, Artigo 143, “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa. [...]”.

forma, este que dá início e andamento de ofício aos procedimentos previstos em lei para os casos de responsabilização do servidor público sem esquecer de consolidar em âmbito administrativo o direito à Ampla Defesa.

Neste mesmo sentido aborda o Doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello <sup>14</sup>:

Posto que o ato administrativo não surge do nada e não é aleatório, fortuito, para que se produza uma decisão final cumpre que a Administração haja sido provocado por alguém ou, então, se está a atuar de ofício, que haja ocorrido algum evento justificador de sua atuação. Este evento terá de ser verificado, sopesado e avaliadas medidas cabíveis diante dele. Tudo isto supõe um conjunto de providências a serem documentadas e implicará, com grande frequência, sejam ouvidos os interessados, analisadas razões postas em cotejo, apurados fatos, consultados órgãos técnicos e expedidas considerações administrativas.

A sindicância é o procedimento investigativo, com prazo de conclusão não excedente de 30 dias (prorrogáveis pela autoridade superior por igual período)<sup>15</sup>, ao cabo do qual, se a conclusão não for pelo arquivamento do processo ou pela aplicação de penalidade de advertência ou suspensão por 30 dias, assegurada a ampla defesa, será instaurado processo disciplinar, o qual é obrigatório sempre que o ilícito praticado ensejar sanção mais grave<sup>16</sup>.

Se, ao cabo da sindicância, seu relatório concluir que a infração configura ilícito penal, além de ser instaurado imediatamente o processo administrativo disciplinar, a autoridade competente remeterá cópia dos autos ao Ministério Público<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 499.

<sup>15</sup> BRASIL, **Lei 8.112/90**, Artigo 145, “Da sindicância poderá resultar: I - arquivamento do processo; II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias; III - instauração de processo disciplinar. Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.”.

<sup>16</sup> BRASIL, **Lei 8.112/90**, Artigo 146, “Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.”.

<sup>17</sup> BRASIL, **Lei 8.112/90**, Artigo 154, “Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução. Parágrafo único. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.”.

O processo administrativo, instrumento de compostura mais complexa, é um procedimento apurador, desde logo instruído pelos autos da sindicância conduzido por comissão formada por três servidores estáveis, sob a presidência de um deles, conforme o artigo 149, da Lei 8.112/90<sup>18</sup>, e obediente ao princípio da ampla defesa.

Ele é formado por três fases a) instauração, b) o inquérito, c) o julgamento, conforme o artigo 151, da Lei 8.112/90<sup>19</sup>, das quais só as duas primeiras são alçada da comissão. A última fase, que é o julgamento, compete a autoridade superior que mandou instaurá-lo. O prazo para conclusão do processo é de 60 dias, contados da data em que for constituída a comissão, prorrogáveis por igual período quando as circunstâncias o exigirem, conforme art. 152, da Lei 8.112/90.<sup>20</sup>

#### 4.1. O Defensor Dativo no Processo Administrativo Disciplinar

O poder disciplinar da Administração tem como fundamento o princípio da moralidade administrativa, e, mormente após a emenda nº 19 à nossa Constituição Federal<sup>21</sup>, o princípio da eficiência da administração. O doutrinador Hely Lopes define, o Processo Administrativo Disciplinar como sendo "(...) a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração" <sup>22</sup>.

Sabendo disso, é importante identificar que o processo administrativo tem a sindicância como principal conteúdo de cognição para a constituição do processo, mas

---

<sup>18</sup> BRASIL, **Lei 8.112/90**, Artigo 149, "O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. [\(Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97\)](#)".

<sup>19</sup> BRASIL, **Lei 8.112/90**, Artigo 151, "O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; III - julgamento."

<sup>20</sup> BRASIL, **Lei 8.112/90**, Artigo 152, "O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem."

<sup>21</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. In: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 42.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

<sup>22</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 135.

nada impede que sejam requeridas pela comissão diligências necessárias para a complementação da instrução processual, conforme o artigo 155, da Lei 8.112/90.<sup>23</sup>

É facultado ao servidor o direito de acompanhar o processo, pessoalmente ou por meio de procurador constituído, ou até mesmo solicitar diligências, como comanda a Súmula Vinculante nº 5 do STF <sup>24</sup>.

Uma vez tipificada a infração disciplinar, o servidor será indiciado, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas, conforme art. 161, da Lei 8.112/90 <sup>25</sup>, fazendo-se sua citação para defesa no prazo de 10 dias, prorrogáveis pelo dobro se diligências por ele requeridas forem reconhecidas como indispensáveis.

Quando a citação tenha de ser feita por edital, hipótese de o indiciado encontra-se em local incerto e não sabido, o prazo de defesa será de 15 dias, contados da última publicação do edital.

Caso o indiciado seja revel, isto é, que ele não exerce nem pessoalmente nem indique quem o defenda, ser-lhe-á nomeado procurador dativo, ocupante de cargo efetivo superior ou do mesmo nível, ou de nível de escolaridade igual ou superior ao dele, conforme artigo 164, parágrafo 2º, da Lei 8.112/90 <sup>26</sup>.

Tendo em vista o rito do Processo Administrativo Disciplinar e sua defesa, torna saliente observar a atuação do servidor/defensor dativo em sede deste procedimento, pois todo processo possui em si uma formalidade que nem todos possuem intimidade de lidar, e na posição de defensor, se exige além do conhecimento do procedimento, mas sim o

---

<sup>23</sup> BRASIL, **Lei 8.112/90**, Artigo 155, “Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.”

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 5**, “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”.

<sup>25</sup> BRASIL, **Lei 8.112/90**, Artigo 161, “Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas. § 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição. § 2º Havendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias. § 3º O prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis. § 4º No caso de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de (2) duas testemunhas.”

<sup>26</sup> BRASIL, **Lei 8.112/90**, Artigo 164, caput “Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.” parágrafo 2º, “§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. [\(Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97\)](#)”.

poder da interpretação da norma, uma vez que hoje se tem novos paradigmas e novas categorias de compreensão do direito, tornando assim, um desafio e obriga ao aplicador da norma, utilizar a lei da melhor forma para adequá-la ao caso concreto, como bem explana Barroso<sup>27</sup>:

O papel do intérprete não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Como consequência inevitável, sua pré-compreensão do mundo - seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente - irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões. Registre-se que juízes e tribunais são os intérpretes finais da Constituição e das leis, mas não são os únicos. Boa parte da interpretação e aplicação do Direito é feita, fora de situações contenciosas, por cidadãos ou por órgãos estatais.

Assim, a existência normativa de que é faculdade do servidor indiciado nomear especialista com conhecimento técnico, impossibilita o auxílio de um profissional que possui a vivência jurídica e atuação diária com a aplicação da norma, que este pode contribuir a formação da formalidade do processo administrativo, bem como com a aplicação da norma. Dessa forma torna-se desobrigado o *jus postulandi* no âmbito interno da Administração, podendo prejudicar o direito à justiça dos servidores.

Como bem aborda a autora Áurea Cristina<sup>28</sup> “Justiça Administrativa consiste materialmente em parcela de concreção operativa da função jurisdicional do Estado, que por sua vez, em regra no Poder Judiciário (exercente por excelência da função jurisdicional) e por exceção nos outros poderes”, isto é, deve ser obstinação do poder público criar uma Justiça Administrativa para obter uma otimização da função jurisdicional do Estado, isto é, criar meios seguros para obter a melhor forma de resolução, independente do setor público ou do poder.

---

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.345.

<sup>28</sup> CRUZ, Áurea Cristina, **Justiça Administrativa como instrumento de controle de legalidade dos atos da administração pública**. 1997, p.12 . Monografia (Especialização) - Curso de Controle da Administração Pública, Faculdade de Direito de Curitiba, Curitiba, 1997.

Sendo assim, a administração deve-se identificar que a interpretação normativa pode ser uma tarefa árdua e sacrificante para um servidor que não possui conhecimento técnico, construindo uma instabilidade jurídica e insegurança em relação à aplicação das garantias constitucionais.

## **5. A SÚMULA 343 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)**

A súmula 343 do STJ assim dispõe:

É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Tal Súmula cria a obrigatoriedade da presença de profissional com conhecimento técnico do Direito em todas as fases do processo administrativo, para a formação deste entendimento houve várias decisões, em que formaram precedentes favoráveis a este, proferidos pela corte do Superior Tribunal de Justiça, as quais são fundamentais para a criação da Súmula 343 do STJ, os quais são as principais: o Mandado de Segurança nº 7.078/DF, o Mandado de Segurança nº 9.201/DF, o Mandado de Segurança nº 10.565/DF, em que de forma sintetizada serão demonstradas as razões das decisões conforme voto dos relatores nos processos:

### **5.1. Mandado de Segurança 7.078/DF**

Foi impetrado Mandado de Segurança, por MARCIA DENISE FARIAS LINO, em face da Portaria nº 7.249, publicada no dia 14 de julho de 2000, em que o Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social demite a servidora MARCIA DENISE FARIAS LINO, do cargo de agente administrativo do quadro de pessoa do INSS/SP, por se valer do cargo para lograr proveito de outrem em detrimento da dignidade da função pública, por proceder de forma desidiosa e pela prática de improbidade administrativa, aplicando-se, em consequência, no que couber, as disposições dos arts. 136 e 137 caput e parágrafo único da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> BRASIL, **Lei 8.112/90**, Artigo 136, “A demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI do art. 132, implica a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.” Artigo 137 “A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

Em um dos argumentos trazido no *mandamus* foi à ocorrência de cerceamento de defesa, pois durante a instrução do inquérito, a impetrante não se viu acompanhar de defensor constituído, que o STJ entende ser um imperativo constitucional, com o qual não se compatibiliza a auto-defesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito.

Pois é claro no artigo 5º, inciso LV <sup>30</sup>, da Constituição da República, em que estabelece "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;".

Fundamentou também com o artigo 133, da Carta Magna, em que por sua vez, preceitua que "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."

Trazendo também aos autos a decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de que a ampla defesa significa dar ao réu todas as oportunidades e meios que a lei lhe propicia para defesa (RT 688/384).

O Superior Tribunal de Justiça, através de seu Relator Exmo. Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, afirma que “a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, por óbvio, é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.”.

O relator colacionou ao seu voto a doutrina do Professor Celso Ribeiro Bastos:

[...] A defesa dentro do âmbito jurisdicional implica também a assistência de um advogado.

Em um primeiro momento, a escolha e a contratação deste profissional cabem ao próprio réu. Caso contudo não se venha a dar a constituição de um causídico, ao Estado se traslada este dever. É interessante notar como mesmo nas legislações da antiguidade já se encontravam os indícios do defensor

---

<sup>30</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil/1988**, Artigo 5º, caput “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 [...]”, 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”

dativo. É que a figura deste não cumpre um papel apenas relativo ao réu, mas sim à própria tutela processual objetiva, pelo que se é levado a concluir que a nomeação de um defensor oficioso impõe-se mesmo nos casos de oposição do réu. [...] A assistência do defensor é um direito do acusado, em todos os atos do processo sendo obrigatória, independentemente da vontade dele. Não basta portanto que haja um defensor nem é suficiente que este se limite a participar formalmente do processo. É necessário que da sua atividade se extraia uma defesa substantiva do acusado. Em caso contrário, o juiz há de considerar que esta não se dá pro reo, mas sim na tutela da jurisdição. Por vezes o ingresso do advogado nos autos não se traduz em uma apresentação de elementos consubstanciadores de algo suscetível de ser tido como uma peça que vise a absolvição do réu ou ao menos o abrandamento da sua condenação. Estas exigências de uma defesa real, substantiva, impõem-se a nosso ver mesmo nos casos em que o réu, por ser advogado, resolva assumir a sua própria defesa. (in Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, ed. Saraiva, págs. 270/271).

E também o "Direito de Ampla Defesa e Processo Administrativo", verbis:

(...) 4.5. O interessado tem o direito de ser assistido por advogado, que atuará em sua defesa. Este, amparado na Lei nº 4.215/63, terá o livre exercício profissional, gozando de todas as prerrogativas auferidas pelo Estatuto dos Advogados, pleiteando ou fazendo impugnações, falando por escrito nos autos, participando das audiências, para as quais deverá ser intimado, ou retirando os autos da repartição, nos momentos próprios, para exame e manifestação.

A administração, ainda, tem por obrigação proporcionar ao advogado, que atua na defesa do administrado, condições para exercer as prerrogativas estatutárias, fornecendo-lhe local adequado e dispensando-lhe atendimento compatível com o munus público que exerce, sob pena de obstaculizar o direito de ampla defesa.

## 5. CONCLUSÕES

Os processos administrativos são, segundo o critério da juridicidade, de natureza contenciosa ou graciosa e a atuação do administrado é delimitada pela natureza do processo;

Nos processos administrativos de natureza contenciosa há que se proporcionar ao envolvido, oportunidade de exercício da ampla defesa, nos termos preconizados pela Constituição Federal;

O exercício da ampla defesa, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal, não se limita ao princípio do contraditório, pois, se traduz na ampla participação do administrado, no processo, segundo os princípios do direito processual.

Finalizando, embora inexistente, em nosso regramento, normas específicas para disciplinar o processo administrativo, encontramos em nossa legislação e, agora, com mais atenção, nos princípios constitucionais erigidos na atual Carta, todos os meios assecuratórios de ampla defesa no processo administrativo. Basta exercitá-los. A inscrição constitucional desse direito,

além de conferir cogência para aplicação em todas as esferas da Administração, ante a relevância da matéria, não inibe o controle judicial da ampla defesa, até a mais Alta instância." (José Carlos Peres de Souza, Leili Odete Campos Izumida de Almeida, Procuradores do Município de São Paulo, in RT 695/81-82).

O Relator concluiu o seu voto da seguinte forma “Pelo exposto, concedo a ordem para, sem prejuízo de instauração de novo inquérito administrativo, declarar nula a Portaria nº 7.249, de 14 de julho de 2000, da lavra do Exmo Sr. Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, reintegrando a impetrante ao cargo que anteriormente ocupava.”

Neste caso usado como fundamento da criação da Súmula 343 do STJ, o precedente do MS 7.078/DF, traz a importância da presença do profissional técnico na defesa de servidor em sede de Processo Administrativo Disciplinar, sendo considerada esta como pré-requisito essencial para a execução da determinação do administrador. Dessa forma, o entendimento da corte do STJ é claro de que é necessário conhecimento técnico jurídico para acompanhar e instruir de forma justa processo no âmbito interno da Administração, conforme artigo 133 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente quando se tem como objeto penalidades aos servidores que podem causar até mesmo a demissão.

## 5.2. Mandado de Segurança 9.201/DF

Impetrado Mandado de Segurança por GILMAR HELDER FONSECA LUCAS, de forma preventiva, por ato futuro do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Saúde, consistente na imposição de pena de demissão do GILMAR HELDER FONSECA LUCAS, do cargo de motorista oficial do quadro de pessoal da Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, em razão do Processo Administrativo Disciplinar n.º 25265.007811/2002-21, instaurado com o fim de apurar irregularidades, caracterizadas na retirada do veículo oficial de placa IGS-0712, fora do horário de expediente, para particular, assim como o respectivo abastecimento, inexistindo, para tanto, prévia autorização superior.

Entre os fundamentos que fundaram o Mandado de Segurança, segue o que interessa ao precedente:

a) violação ao seu direito constitucional de ampla defesa, já que “não foi assistido por advogado, por não poder arcar com os honorários advocatícios, o que deveria ter sido sanado pela Comissão indicando advogado dativo para defesa do ora impetrante, pelo menos a partir da fase do inquérito.”.

O Superior Tribunal de Justiça, através de sua relatora Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz, reconhece a ocorrência de cerceamento de defesa, pois é suficiente para prejudicar o respectivo procedimento, uma vez que, na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com advogado constituído ou defensor dativo – imperativo constitucional a luz dos precedentes desta Corte de Justiça, com a qual não se compatibiliza a auto-defesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito.

Restando caracterizada a violação da garantia constitucional da ampla defesa, entendo, consequentemente, que o Procedimento Administrativo em análise é nulo, assim como a punição que dele possa decorrer.

Dessa forma, a relatora, concede a segurança para que o Ministro de Estado da Saúde se abstenha de emitir portaria demissória para o senhor GILMAR HELDER FONSECA LUCAS em razão dos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar n.º 25265.007811/2002-21, em decorrência de sua nulidade, sem prejuízo de instauração de novo procedimento, com observância das formalidades legais.

### 5.3. Mandado de Segurança 10.565/DF

Trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por RENATO PEREIRA DA COSTA contra ato praticado pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Previdência Social, consistente na edição da Portaria nº 141, publicada no DOU de 04 de fevereiro de 2005, que gerou a aplicação da pena de demissão em sede de processo administrativo disciplinar do impetrante.

O Mandado de Segurança busca a nulidade da portaria com sob o fundamento:

- i) Não foi assistido por advogado, nem lhe foi nomeado defensor dativo;
- ii) A penalidade imposta pela autoridade julgadora suplantou a que foi sugerida pela Comissão Processante, mas não foi dada oportunidade para o impetrante se

manifestar acerca deste agravamento, o que fere o disposto no art. 64, Parágrafo Único da Lei n 9784/99.

O relator, o Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer, em análise afirma “De acordo com os próprios documentos apresentados pelo impetrante, verifica-se que ele acompanhou o transcurso do processo administrativo disciplinar, o que se constata pelos seguintes fatos: (a) à fl. 537, o impetrante assina a ata relativa à declaração da testemunha Luiz Antônio da Cunha; b) às fls. 558/559, o impetrante apresenta e assina a sua defesa nos autos relativos ao processo administrativo disciplinar. É incontroverso, portanto, que o impetrante não foi revel.”

No entanto, traz o fundamento que “(...) Esta Corte já se manifestou no sentido de que independentemente da defesa pessoal, é indispensável a atuação de advogado, sob pena de se declarar a nulidade de todo o processo. Vê-se, pois, que deveria ter sido nomeado defensor dativo para o impetrante, uma vez que ele não nomeou advogado para defendê-lo.”

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, decide nesta hipótese, a concessão da segurança para que seja anulado o processo administrativo disciplinar que resultou na demissão do impetrante, haja vista a ausência de nomeação de defensor dativo, sem prejuízo de instauração de novo procedimento, com observância das formalidades legais.

## **6. A SÚMULA VINCULANTE Nº5**

O Supremo Tribunal Federal (STF) ao apreciar o tema, da necessidade da presença de profissional com conhecimento técnico em sede de Processo Administrativo Disciplinar, editou a Súmula Vinculante n. 5 tendo em vista que considera que não seja requisito essencial, em processo administrativo, a presença de advogado para a instrução e comprovação dos atos.

In verbis, Súmula Vinculante n. 5: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição.

Estabelece que a ausência de defesa técnica não impede da execução de penalidade em processo administrativo, e dessa forma, não ofende a Constituição da República Federativa do Brasil.

Como fundamentação desta Súmula Vinculante o Supremo Tribunal Superior elencou alguns precedentes importantes para a consolidação desta.

#### 6.1. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 244.027-2 SP

O Agravo Regimental foi em razão da decisão de Recurso Extraordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que considerou correta a punição aplicada a policial militar (Desligamento do Curso de Formação de Oficiais), afastando a alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa (art. 5º LV, da Constituição Federal/1988) por entender ser desnecessário a presença de defensor, “face à simplicidade do caso e ao fato de se tratar de uma questão *‘interna corporis’*, que não envolvia a perda do cargo nem da função pública, mas, tão só, o impedimento à conclusão do Curso de Oficiais”. Sustenta o recorrente que a ausência de defesa técnica ofende o art. 5º, LV, CF/1988, sendo, por isso, inválido o processo administrativo em que não se fez representar por advogado.

No entanto, o entendimento do Relator do Recurso Extraordinário, Exmo. Senhor Ministro Marco Aurélio, firmou entendimento contrário à pretensão do recorrente, no sentido de que a extensão da garantia constitucional do contraditório aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado.

Em voto do Agravo Regimental, a relatora Exma. Ministra Ellen Graice, afirma que o agravante não trouxe argumentos suficientes para extinguir os precedentes já existentes na corte do STF, no sentido de que, uma vez dada à oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensas aos princípios da Ampla Defesa e do Contraditório do fato de se considerar dispensável a presença, no processo administrativo, de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória.

#### 6.2. Recurso Extraordinário 434.059-3/DF

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela União e o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, ambos com fundamento no art. 102, III, a, da CF/1988, por alegada violação aos artigos 5º, LV e 133 da CF/1988, contra Acórdão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

No caso, o STJ concedeu mandado de segurança impetrado pela recorrida para “declarar nula a Portaria nº 7.249, de 14 de julho de 2000, da lavra do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, reintegrando a impetrante ao cargo que anteriormente ocupava”. Eis a ementa do mencionado acórdão:

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

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou de defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.
2. Ordem concedida

O principal argumento dos recorrentes é que a própria Lei nº 8.112/90, a qual dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, na dicção de seu art. 156, não exige a defesa exclusiva por procurador, verbis:

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

O Exmo. Senhor Ministro Gilmar Mendes, o relator, em seu voto, explana “Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consista na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão.”

Continua o Ministro:

Ora devidamente garantido o direito i) à informação, ii) à manifestação e iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em

sua plenitude inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. Por si só, a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo com habilitação não importa nulidade de processo administrativo disciplinar, como já decidiu o STF.

### 6.3. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento N. 207.197-8/PR

Teor do despacho que foi negado provimento e agravado :

Tendo sido intimado o impetrante para a apreciação de recurso administrativo, não parece razoável inferir-se, por aplicação direta do art. 5º, LV, da Constituição Federal, nulidade decorrente da ausência de intimação de seu advogado.

Em agravo Regimental, sustenta em suma o agravante:

Pois bem. Partindo da premissa de que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa aplicam-se não só aos processos judiciais, mas também aos processos administrativos, fica fácil concluir, data vênia, que no caso em discussão, a autoridade coatora praticou ato ilegal e arbitrário, visto que, ao não intimar o procurador da recorrente na data do julgamento do recurso de reconsideração, cerceou o direito de defesa da recorrente (...)

Em seu voto, o Exmo. Senhor Ministro Octavio Gallotti, nega o provimento do agravo sob o argumento de que “A extensão da garantia constitucional do contraditório aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado.”.

## 7. CONCLUSÃO

No Âmbito da Administração Pública, para obter prestação de serviços ou até mesmo para fornecer serviços à administração deve-se abrir um processo administrativo, uma vez que a formalização dos atos dentro da Administração Pública torna-se claro, probo e cria segurança jurídica à Administração, tendo em vista a facilidade do arquivamento de todas as ações e resultados desta.

Sabendo disso, em sede de aferição de condutas contrárias a ordem administrativa, tem-se como forma de instrumentalização das penalidades aplicadas aos servidores públicos, o chamado Processo Administrativo Disciplinar, que é instaurado com um rito administrativo, o qual é descrito em lei, e após a sua instrução, será proferida decisão administrativa feita pelo gestor público.

Apesar do rito do Processo Administrativo Disciplinar possuir um rito *estricto*, isto é, rigoroso, a decisão é feita pelo gestor público em sua função, e esta fica ao seu poder discricionário. No entanto, o gestor fica obrigado a aplicar os princípios constitucionais como forma de limitar a sua discricionariedade, uma vez que após o advento da CF/1988, os princípios se tornaram essenciais para a interpretação de normas, inclusive ao poder público.

Todavia quando se fala em Processo Administrativo Disciplinar se pressupõe a existência de imputação de penalidade por conduta irregular do servidor, dessa forma, a legislação vigente possibilita a faculdade para este servidor indiciado, após dar ciência ao processo, poderá este habilitar profissional com conhecimento técnico de Direito para instruir da melhor forma o processo.

No entanto, nos casos de revelia do servidor indiciado, isto é, quando se foi feita a intimação regular do servidor indiciado, e este continua silente, a lei estipula a nomeação de servidor dativo, ou seja, será nomeado pelo administrador público, através de uma portaria, um servidor/defensor dativo para elaborar defesa e fornecer embasamento probatório para o processo administrativo disciplinar, este deve ser do mesmo nível ou de nível superior do servidor indiciado, não necessariamente com conhecimentos jurídicos, este procedimento tem a finalidade de facilitar o exaurimento do processo, para enfim se ter uma decisão administrativa feita pelo gestor público.

O tema foi discutido nos Tribunais Superiores sobre a temática da obrigatoriedade da presença de profissional técnico em sede de processo administrativo, tendo em vista a existência de norma constitucional regulamentando a necessidade de advogado em processo, para a garantia da justiça, ampla defesa e do contraditório.

Em análise dos precedentes que originaram a Súmula 343 do STJ e a Súmula Vinculante nº5 do STF que são contraditórias em relação da obrigatoriedade de

profissional de conhecimento técnico de Direito no âmbito interno da Administração Pública, percebe-se os fundamentos essenciais na necessidade ou não de advogado em processo em âmbito administrativo.

No entanto, existe o embate em que consiste: será adequada a decisão final administrativa, em sede de Processo Administrativo Disciplinar, em que o processo fora instruído por servidor/defensor dativo, ou seja, esta decisão terá segurança jurídica, tendo em vista que na maioria dos casos o servidor/defensor dativo não possui conhecimento técnico jurídico?

Mesmo ciente da posição do STF, pretende-se contribuir com o debate de que a segurança jurídica do servidor envolvido em Processo Administrativo Disciplinar é prejudicada em caso de nomeação de servidor/defensor dativo, haja vista que, é considerada obscura a parcialidade deste servidor, bem como a necessidade de conhecimento técnico para se obter a melhor aplicação da norma jurídica, inexistindo a Justiça Administrativa, isto é, a graciosidade e ponderação da atuação do gestor público se tornam prejudicadas frente à defesa do servidor dativo.

## **REFERÊNCIAS**

### **A SÚMULA VINCULANTE N.º 5 E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.**

Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/a-sumula-vinculante-n-5-e-seus-reflexos-no-processo-administrativo-disciplinar/>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAGA JUNIOR, Sérgio Alexandre de Moraes. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E A SÚMULA Nº 343 DO STJ. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 9, n. 2, p.275-288, 2008. Semestral.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. In: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 42.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. 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. **Presidência da República**. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. Lei 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Presidência da República**. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. STF. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 207.197-8/PR. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília-DF, 24 de mar de 1998.

\_\_\_\_\_. STF . Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 244.027-2/SP. Relatora: Ministra Ellen Graice. Brasília-DF, 28 de mai de 2002.

\_\_\_\_\_. STF. Recurso Extraordinário nº434.059-3/DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 12 de set de 2008.

\_\_\_\_\_. STJ. Mandado de Segurança nº 7.078-DF. Impetrante: MARCIA DENISE FARIAS LINO. Impetrado: Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social - INSS/SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília-DF, 21 de outubro de 2003. Brasília, 09 dez. 2003.

\_\_\_\_\_. STJ. Mandado de Segurança nº 9.201-DF. Impetrante: GILMAR HELDER FONSECA LUCAS. Impetrado: Ministro de Estado da Saúde. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília-DF, 08 de setembro de 2004. Brasília, 18 de out. de 2004.

\_\_\_\_\_. STJ. Mandado de Segurança nº 10.565-DF. Impetrante: RENATO PEREIRA DA COSTA. Impetrado: Ministro de Estado da Previdência Social. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília-DF, 08 de fevereiro de 2006. Brasília, 13 de mar de 2006.

CRUZ, Áurea Cristina. **Justiça Administrativa como instrumento de controle de legalidade dos atos da administração pública**. 1997. Monografia (Especialização) - Curso de Controle da Administração Pública, Faculdade de Direito de Curitiba, Curitiba, 1997.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira, **Curso de Direito Administrativo**, 31ª ed., rev. e at. – São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

DEZAN, Sandro Lucio, **Ilícito Administrativo Disciplinar: Da Atipicidade ao Devido Processo Legal Substantivo**, 1ª Ed. – Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_, Sandro Lucio. **PRIMEIRAS LINHAS SOBRE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. 2014. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Curitiba, 2016.

**MANUAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**. Brasília: CGU, mar. 2016. Ano. Disponível em: <[www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2016.

MAXIMILIANO, Carlos, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 15ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 17ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 1992.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**, 1ª Ed., - São Paulo: Editora Malheiros, 2006.