

A (IN)DISPENSABILIDADE DA DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE (IN)DISPENSABILITY OF TECHNICAL DEFENSE IN THE DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE PROCESS AND THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE BINDING PRECEDENT 5 FEDERAL SUPREME COURT OF BRAZIL

FELIPE GONÇALVES FERNANDES

Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (2017). Especialista em Direito do Estado pelo curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito do Estado da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (2014.1). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador do Estado de São Paulo. ORCID: [orcid.org/0000-0001-8944-3913]. felipefernandes_9@hotmail.com

JOSÉ FRANCISCO MACHADO MARTINS

Bacharel em Direito pela Faculdade Mater Dei (2018). Policial Militar do Governo do Estado do Paraná. ORCID: [orcid.org/0000-0003-4569-6665]. joseefrancisco@outlook.com DOI: [10.48143/rdai.21.fernandesmartins]

Recebido: 29.08.2021 | Received: Sep. 29th, 2021
Aprovado: 14.02.2022 | Approved: Feb. 14th, 2022

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Processual; Constitucional

RESUMO: O presente artigo aborda o Direito Administrativo e o Direito Constitucional no tocante à indispensabilidade da defesa técnica no processo administrativo disciplinar – PAD, e a (in) constitucionalidade da Súmula Vinculante 05 do Supremo Tribunal Federal. Problematisa-se o tema para concluir pela inafastabilidade da defesa técnica, o que se fez por meio de procedimentos

ABSTRACT: This paper deals with Administrative and Constitutional Law with regard to the indispensability of technical defense in the administrative disciplinary process, and the (un) constitutionality of Binding Precedent 05 of the Federal Supreme Court. The subject problematizes in order to conclude that the technical defense is not feasible. This was done through

metodológicos, os quais incluíram a pesquisa exploratória e bibliográfica, com método dedutivo de pesquisa acerca da essencialidade do tema debatido e a consequente inconstitucionalidade da Súmula Vinculante 05 do Supremo Tribunal Federal, tendo como fontes de consultas artigos, publicações, textos da internet e legislação atual. Demonstra-se, assim, que a presença da defesa técnica por advogado em PAD é indispensável em respeito à ampla defesa, contraditório e a segurança jurídica, sendo que a ausência de patrono tornaria necessária a atuação da Defensoria Pública, em seu mister constitucional, como uma obrigação do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo – Direito constitucional – Processo administrativo disciplinar – Defesa técnica – Súmula Vinculante 5 do STF – Inconstitucionalidade.

methodological procedures, which included exploratory and bibliographical research, with a deductive method of research about the essentiality of the debated topic and the consequent unconstitutionality of the Binding Precedent 05 of the Federal Supreme Court, having as sources of consultations articles, publications, internet texts and current legislation. It is demonstrated that the presence of technical defense by a lawyer in the disciplinary process is indispensable with respect to the ample defense, contradictory and legal security, and the absence of a patron would make it necessary for the Public Defender's Office to act in its constitutional an obligation of the State.

KEYWORDS: Administrative law – Constitutional right – Disciplinary administrative procedure – Technical defense – Binding Precedent 5 STF – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O contexto jurídico da pesquisa. 2.1. O estabelecimento do processo administrativo disciplinar e a administração pública. 3. As súmulas relativas ao PAD. 4. Os princípios constitucionais no processo administrativo. 4.1. A parcialidade manifesta. 4.2. A paridade de armas. 5. A indispensabilidade da defesa técnica no processo administrativo disciplinar. 6. A inconstitucionalidade da Súmula Vinculante 5 do STF. 7. Conclusão. 8. Referências. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

O¹ Processo Administrativo Disciplinar é compreendido como a ferramenta que a Administração Pública utiliza na apuração de supostas infrações cometidas por agentes públicos no exercício de seus cargos, empregos e funções. O texto constitucional garante a todos os acusados o respeito ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório, o que inclui a presença da defesa técnica ao acusado, como premissa básica de garantia dos princípios de ampla defesa e contraditório. Registrando-se a indispensabilidade da defesa técnica no processo

1. Como citar esse artigo/How to cite this article: FERNANDES, Felipe Gonçalves; MARTINS, José Francisco Machado. A (in)dispensabilidade da defesa técnica no Processo Administrativo Disciplinar e a (in)constitucionalidade da Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 81-114, abr./jun. 2022. DOI: [10.48143/rdai.21.fernandesmartins].

administrativo disciplinar e a (in)constitucionalidade da Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal, portanto, estuda-se a necessidade de defesa técnica em referidos procedimentos, a despeito de não haver a exigência de capacidade postulatória.

Nesta esteira, assevera-se a necessidade da defesa técnica nos processos administrativos disciplinares na Administração Pública, haja vista a patente insegurança jurídica quando não presente o defensor técnico nos atos administrativos disciplinares e as possíveis soluções para o problema apresentado. A pesquisa é exploratória, com método de abordagem dedutivo, e coleta de dados em fontes de papel para realização de pesquisa bibliográfica, mediante técnica de documentação indireta. Ao final, o estudo conclui pela essencialidade da defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante 5 do STF.

2. O CONTEXTO JURÍDICO DA PESQUISA

2.1. *O estabelecimento do processo administrativo disciplinar e a administração pública*

Nos ensinamentos de França², o Poder Disciplinar da Administração pode ser interpretado como “a concatenação da estrutura administrativa a partir do objetivo de manutenção de ordenação mínima para realização do ônus público a que determinada Administração está adstrita”. Orientado por um regime de verificação de conformidade legal do exercício administrativo, o Estado, por meio de suas autoridades, tem a função de responsabilizar os servidores que cometem faltas, para que seja obtida uma resposta jurídica corretiva na mesma medida do erro cometido, compreendida como uma sanção administrativa, que propõe conceder retribuição negativa à falta cometida, além de buscar o cometimento de novos atos ou omissões pelo servidor³.

O poder disciplinar é competência da administração pública na apuração de infrações e em aplicação de penalidades aos servidores públicos e outras pessoas que estejam sujeitas à disciplina administrativa, um poder discricionário, que decorre da hierarquia e onde essa hierarquia não se encontra, a exemplo do Poder Judiciário do Ministério Público, se orienta com relação ao aspecto funcional

2. FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 70.

3. FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse...* Op. cit.

sejam aprimorados, compreendendo que o conhecimento da responsabilidade pelos administradores públicos por seus atos é essencial para cessar reflexos econômicos negativos decorrentes de gestão disciplinar ineficiente.

Trata-se da pressuposição de que o investimento em PADs justos e conforme os valores do direito poderá trazer consequências positivas e redução nos prejuízos financeiros das instituições públicas e privadas¹³⁸. Complementando este posicionamento, a conclusão da OAB é de que:

“Só aquele que efetivamente conhece o processo em sua complexidade (prescrição, juiz natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa) – o advogado – haverá de desempenhar um trabalho que homenageie os direitos fundamentais.”¹³⁹

Além disso, é importante ressaltar que a garantia do princípio da impessoalidade na Administração Pública passa pelo exercício impessoal da função pública pelos servidores, em sua vertente positiva e negativa, ou seja, da mesma forma que os servidores públicos devem se pautar pela imparcialidade em suas atuações, eles têm direito subjetivo a processamento justo e imparcial caso lhes seja atribuída uma falta funcional; isso garante que não haverá perseguições ou quebra da impessoalidade também por parte do hierarca. Por essa razão, as garantias do processo administrativo disciplinar se assemelham, em certos aspectos, a quaisquer outras referentes ao *jus puniendi* estatal, entre elas a indispensabilidade da defesa técnica como corolário da ampla defesa.

7. CONCLUSÃO

As informações legais e de cunho acadêmico do Direito permitiram constatar a criação da Súmula Vinculante 5/2008 pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 434.059-3, Distrito Federal, segundo a qual não haveria ofensa à Constituição em caso de ausência de advogado no PAD, o que ocasionou o surgimento de divergências doutrinárias, haja vista a possibilidade de violação de garantias constitucionais que esse entendimento acarretaria.

Neste sentido, ressaltamos que a falta de defesa técnica por advogado em PAD pode acarretar a insegurança jurídica, conforme indicam as informações acerca da necessidade da defesa técnica em PAD e quanto à inconstitucionalidade da

138. FRANÇA, Phillip Gil. *Controle da administração pública...* Op. cit.

139. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de cancelamento da Súmula Vinculante n. 5 é reautuada como PSV. *Notícias STF*, 24.03.2011. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=175280]. Acesso em: 21.08.2018.

Súmula Vinculante 5, do STF, concernente aos denominados vícios formais de inconstitucionalidade. No que tange aos aspectos formais, a aprovação de súmula vinculante deve observar certos requisitos, a exemplo da existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, e das disposições constantes no artigo 103-A, *caput* e § 1º, da Constituição Federal, além de outras disposições em leis infraconstitucionais pertinentes, as quais, defendemos, não foram respeitadas no enunciado em tela.

Quanto aos aspectos materiais, importante ressaltar que a presença da defesa técnica por advogado em PAD é indispensável em respeito aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica; o servidor público é figura essencial na implementação do projeto previsto na Constituição da República de 1988, de modo que o hígido processamento de supostas irregularidades é garantia não apenas do próprio servidor, mas (e principalmente) uma salvaguarda de que o desempenho da função pública será auditado de forma técnica e imparcial. Desse modo, a ausência de advogado em processos disciplinares consagra nulidade, de modo que, na impossibilidade do próprio servidor de obtê-lo, deverá o Estado garanti-lo por meio da defensoria pública (artigo 134 da Constituição Federal), conforme consta na Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994, artigo 4º, inciso V.

8. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, G. Defesa técnica no processo administrativo disciplinar (PAD) no âmbito do serviço público federal. Uma análise sobre a possível inconstitucionalidade da Súmula Vinculante 5 do STF. *Revista Jus Navigandi*, ano 22, n. 5190, 16 set. 2017. Disponível em: [jus.com.br/artigos/60218]. Acesso em: 18.07.2018.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. 16 dez. 1966. Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/pacto-internacional-dos-direitos-civis-e-politicos.html]. Acesso em: 10.08.2018.
- ASSIS, A. de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. I.
- BACELLAR FILHO, R. F. O controle da administração pública. In: FARÍAS, G. C.; RUIZ, J. F.; OLIVERA, M. A. L. (Coord.). *Control de la administración pública*. Segundo Congresso Iberoamericano de Derecho Administrativo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. p. 33-49.

- BACELLAR FILHO, R. F.; HACHEM, D. W. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante 5 do STF. *A&C.R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, ano 10, n. 39, p. 27-64, jan./mar. 2010.
- BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BACELLAR FILHO, R. F. Princípios orientadores do processo administrativo. In: Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 5. cap. 9. p. 507-732.
- BARRETO, C. P. *O princípio do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar*. 2013. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, SE, 2013.
- BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Direito Administrativo*, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.
- BATISTA, L. M. B. *Evolução do ambiente social e econômico: necessidade de revisar o sistema recursal brasileiro frente ao princípio constitucional que assegura razoável duração ao processo*. 2010. 168f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010.
- CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, M. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- COUTO, R. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DEZEM, G. M. PSV: proposta de cancelamento de súmula vinculante. In: *Blog do Madeira*, 09.02.2017. Disponível em: [professormadeira.com/2017/02/09/psv-proposta-de-cancelamento-de-sumula-vinculante]. Acesso em: 19.07.2018.
- DIDIER JR., F. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERNANDES, F. G. *A tipicidade e o regime disciplinar de servidores públicos*. 2016. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.
- FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ, L. Súmula Vinculante 5 do Supremo deveria, no mínimo, ser revista. *Revista Consultor Jurídico*, 30.03.2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-mar-30/interesse-publico-sumula-vinculante-supremo-deveria-minimo-revista]. Acesso em: 19.07.2018.

- FRANÇA, P. G. *Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- FRANÇA, P. G. *Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GRECO, L. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista CEJ*, n. 35, p. 20-7, out./dez. 2006.
- KISTEUMACHER, D. H. R. A (in) constitucionalidade da Súmula Vinculante 5. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 9, n. 9, p. 292-311, jan./jun. 2011.
- LEÃO, V. C. A indispensabilidade do advogado no processo disciplinar administrativo – Súmula 343 do STJ x Súmula Vinculante 5 STF. *Lex Magister*, 2018. Disponível em: [www.editoramagister.com/doutrina_27112203]. Acesso em: 19.07.2018.
- MAIA, T. O. A defesa técnica no processo administrativo disciplinar. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 2, p. 43-61, 2016.
- MARTINS, E. P. Direito administrativo democrático. *Migalhas*, 12.09.2002. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI369,31047-Direito+Administrativo+Democratico]. Acesso em: 21.08.2018.
- MEDAUAR, O. Processo administrativo: desafios contemporâneos. In: HACHEM, D. W.; GABARDO, E.; SALGADO, E. D. (Coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais – homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 321-30.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MIGALHAS. Súmula vinculante 5: STF mantém súmula vinculante que dispensa advogado em processo administrativo disciplinar. 30.11.2016. Disponível em: [www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI249843,81042-STF+mantem+sumula+vinculante+que+dispensa+advogado+em+processo]. Acesso em: 18.07.2018.
- OLIVEIRA, A. J. de. Prescindibilidade do advogado no processo administrativo disciplinar: uma análise sob a óptica da Súmula Vinculante 05. *Jus Navigandi*, jan. 2016. Disponível em: [jus.com.br/artigos/46218/prescindibilidade-do-advogado-no-processo-administrativo-disciplinar]. Acesso em: 31.08.2018.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE SÃO PAULO. *Manifesto da seccional da OAB/SP em apoio ao processo de cancelamento da Súmula Vinculante 5 do colendo pretório excelso promovido pela OAB federal*. 13.08.2010. Disponível em: [www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-administrativo/trabalhos_pareceres/sumula_vinculante05.pdf/download]. Acesso em: 18.07.2018.

- PICCINA, F. V. F. *O devido processo legal no processo administrativo disciplinar*. 2011. 152f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.
- REIS, L. A. (des)necessidade de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar. *Revista Jus Navigandi*, ano 22, n. 4959, 28.01.2017. Disponível em: [jus.com.br/artigos/55411]. Acesso em: 02.08.2018.
- RODRIGUES, J. P. de M.; PISCO, D. A Súmula do STF que prejudica o direito de defesa de inúmeras pessoas tem que cair. *Justificando – Carta Capital*, 08.06.2016. Disponível em: [justificando.cartacapital.com.br/2016/06/08/a-sumula-do-stf-que-prejudica-o-direito-de-defesa-de-inumeras-pessoas-tem-que-cair/]. Acesso em: 04.08.2018.
- ROSA NETO, R. C. Súmula 5 restringiu a ampla defesa garantida pela CF *Revista Consultor Jurídico*, 05.04.2010. Disponível em: [www.conjur.com.br/2010-abr-05/sumula-vinculante-restringiu-ampla-defesa-garantida-constituicao]. Acesso em: 19.07.2018.
- ROSSETTO, G. da S. Anulação do ato administrativo e o devido processo legal. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 26, n. 8, p. 936-52, ago. 2010.
- SCHÄFER, G. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SILVA, W. C. A análise da Súmula Vinculante 5 e a discussão sobre a obrigatoriedade do advogado na fase de defesa no processo administrativo disciplinar. *Iuris in mente: revista de direito fundamentais e políticas públicas*, ano II, n. 2, p. 1-20, jan./jun. 2017.
- TELLES, C. L. 11 de agosto: independência e dignidade na advocacia. *Migalhas*, 13.08.2018. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI285463,-21048-11+de+agosto+independencia+e+dignidade+na+advocacia]. Acesso em: 31.08.2018.

Legislação

- BRASIL. Presidência da República. *Lei 8.906 de 4 de julho de 1994*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1994. Disponível em: [www.oab.org.br/arquivos/pdf/legislacaoob/estatuto.pdf]. Acesso em: 04.08.2018.
- BRASIL. Presidência da República. *Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 343*. 12 set. 2007. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_-29_capSumula343.pdf]. Acesso em: 03.08.2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 5*: STF decide que não é obrigatória defesa elaborada por advogado em processo administrativo disciplinar. Notícias STF, 7 maio 2008. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88437]. Acesso em: 09.08.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de cancelamento da Súmula Vinculante 5 é reatuada como PSV. *Notícias STF*, 24.03.2011. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=175280]. Acesso em: 21.08.2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* [recurso eletrônico]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2018. 518 p. Atualizada até a EC 99/2017.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Processual; Constitucional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Após 13 anos da edição da Súmula Vinculante 05 do Supremo Tribunal Federal, eis o cancelamento da Súmula 343/STJ: estará sepultada a discussão sobre a indispensabilidade de advogados no PAD, mesmo diante do avanço do direito administrativo sancionador?, de Carolina Reis Jatobá Coêlho – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 16;
- O devido processo legal e o processo administrativo disciplinar, de Marcelo Buczek Bittar – *RDCI* 91/543-560; e
- Processo administrativo disciplinar da Lei 8.112/1990 e o cancelamento da Súmula Vinculante 5 do STF, de Ricardo Bispo Razaboni Junior, Rafael José Nadim de Lazari e Alencar Frederico Margraf – *RDAI* 10/73-88.

Veja também Súmula Vinculante relacionada ao tema

- 5 do STF.

Veja também Súmula relacionada ao tema

- 343 do STJ.