



Supremo Tribunal Federal  
PSV 000058 - 21/03/2011 14:39  
9930191-29.2011.0.01.0000



# *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL

**Pet 4385 - 5/170**



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Coordenação de  
Processamento Inicial

13/08/2008 15:07 110692



O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL,  
no exercício das suas atribuições conferidas pelo art. 54, XIV, da Lei nº 8.906/94<sup>1</sup>, ora  
representado pelo seu Presidente Dr. Raimundo Cezar Britto Aragão (art. 100, II, do  
Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB<sup>2</sup>) e pelo Conselheiro Federal que esta  
também subscreve, em cumprimento à deliberação tomada em sessão do Conselho Pleno  
ocorrida em 9 de junho de/2008, vem perante Vossa Excelência apresentar

## PROPOSTA DE CANCELAMENTO DE SÚMULA VINCULANTE

com fulcro no art. 103-A, § 2º<sup>3</sup> e 103, VII<sup>4</sup> da Constituição Federal, e art. 3º, V da Lei 11.417/06<sup>5</sup>,  
com base nos fundamentos jurídicos expostos a seguir.

<sup>1</sup> Art. 54. Compete ao Conselho Federal: (...)

XIV - ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei;

<sup>2</sup> Art. 100. Compete ao Presidente: (...)

II - representar o Conselho Federal, em juízo ou fora dele;

<sup>3</sup> Art. 103-A. (...)



# Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

## I – PRELIMINARMENTE

### I.1. Legitimidade ativa

Inicialmente, cumpre registrar que os artigos 103, VII e 103-A, § 2º da Constituição Federal, bem como o art. 3º, V, da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, outorgaram ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil legitimação para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

Desta sorte, tendo em vista o temerário conteúdo do enunciado consignado na Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Federal da OAB vem, com o devido respeito, por meio desta proposta, expor as razões fáticas e jurídicas que impõem o seu imediato cancelamento.

### I.2. Ausência dos pressupostos constitucionais para a edição de súmula vinculante

Em 07.05.2008, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 434059, editou a Súmula Vinculante nº 5, contendo o seguinte enunciado: **“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição”**. A par de seu questionável conteúdo, que será analisado em tópico posterior, o procedimento de edição da referida súmula não observou os pressupostos exigidos pela Constituição Federal para a aprovação de súmula com efeito vinculante, conforme restará demonstrado.

---

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

<sup>4</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...)  
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

<sup>5</sup> Art. 3º. São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: (...)  
V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;



# Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

O art. 103-A da Constituição da República, acrescido pela Emenda Constitucional nº45/2004, instituiu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar súmula dotada de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Consoante o §1º do mesmo artigo, o objetivo de tais súmulas consistiria na validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, acerca das quais houvesse controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública.

Para tanto, a Lei Maior estabeleceu determinados requisitos, cujo preenchimento afigura-se como *conditio sine qua non* para que haja a aprovação, pela Corte Suprema, de enunciados sumulares com efeito vinculante. Tais exigências foram reiteradas pela Lei nº 11.417/06, que regulamentou os dispositivos constitucionais que prevêm o novo instituto, reproduzindo os requisitos previstos pela Constituição.

O art. 103-A, *caput* e §1º da Constituição Federal, e o art. 3º, *caput* e §§1º e 3º da Lei nº 11.417/06, estabeleceram como requisitos para a aprovação de súmula vinculante:

- (i) existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional;
- (ii) existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública sobre a matéria;
- (iii) ocorrência de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica;
- (iv) decisão de dois terços dos membros do STF.

*In casu*, resta evidente a ausência do primeiro requisito, qual seja, a existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria objeto da súmula. Insta observar que além do acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434059, que acabou por render ensejo à edição da Súmula Vinculante nº 5, o Supremo Tribunal Federal



# Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

indicou apenas outros três julgados que, supostamente, configurariam as "reiteradas decisões" acerca da mesma matéria (AG nº 207197, RE nº 244027, MS nº 24961).

Todavia, é imperioso destacar que a decisão exarada no MS nº 24961 não encerrou posicionamento semelhante ao conteúdo da Súmula Vinculante nº 5. Como se depreende da leitura do enunciado, a matéria que se pretendeu cristalizar sob a forma de súmula diz respeito à obrigatoriedade ou não de defesa técnica no processo administrativo disciplinar. No MS nº 24961, no entanto, restou consignado que a matéria sob exame não cuidava de processo administrativo disciplinar, mas sim de procedimento administrativo de tomada de contas, conforme se depreende da própria ementa do julgado:

*"A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa da coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado" (grifamos)*

A significativa distinção entre o assunto versado no aludido Mandado de Segurança e na Súmula Vinculante nº 5 afasta por completo a possibilidade de se utilizar tal precedente como supedâneo para a edição do enunciado. Isso porque, o processo administrativo distingue-se do procedimento administrativo justamente pelo fato de neste não haver contraditório, o que justifica a não incidência do princípio da ampla defesa.



# Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

O segundo signatário do presente petítório teve oportunidade de sustentar que, "a relação entre procedimento e processo administrativo é a de gênero e espécie"<sup>6</sup>, razão pela qual "todo processo é procedimento, porém a recíproca não é verdadeira: nem todo procedimento converte-se em processo"<sup>7</sup>. A peculiaridade que caracteriza o processo administrativo, enquanto espécie do gênero procedimento administrativo, consiste na "atuação de interessados sob a incidência do contraditório e ampla defesa"<sup>8</sup>.

Na mesma esteira, Cândido Rangel DINAMARCO esclarece que:

*"nem todo procedimento é processo, mesmo tratando-se de procedimento estatal e ainda que de algum modo possa envolver interesses de pessoas. O critério para a conceituação é a presença do contraditório"<sup>9</sup>. (grifos nossos)*

Desta feita, com alicerce em autorizada doutrina, pode-se inferir que o tema tratado no julgado do MS nº 24961 envolvia procedimento administrativo, mais especificamente em "tomada de contas", eis que desprovido de partes litigantes, razão pela qual não se sujeitou à incidência do contraditório e da ampla defesa. Como dito, o tema versado no MS nº 24961, aludia a *procedimento* e não sobre *processo*, o que impenderia a desnecessidade de ser aventada eventual violação a princípios aplicáveis ao processo administrativo disciplinar. Segundo Lúcia Valle Figueiredo, a diferenciação entre procedimento e processo administrativo é relevante exatamente para "efeito de aplicabilidade de princípios específicos"<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 51.

<sup>7</sup> *Idem Ibidem*.

<sup>8</sup> *Idem Ibidem*.

<sup>9</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 133.

<sup>10</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 287.



# Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Pode-se inferir, por conseguinte, que o último posicionamento assumido pela Suprema Corte, no que concerne à obrigatoriedade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar, não encontra arrimo em reiteradas posições no mesmo sentido, o que descaracteriza o suposto preenchimento do primeiro requisito exigido pela Lei Fundamental para a aprovação de súmula vinculante.

Aliás, impende ressaltar que além de não haver reiteradas decisões no sentido do aludido enunciado, há inclusive decisões dessa mesma Corte que apontam para direção diametralmente oposta àquela contida na questionável Súmula Vinculante nº 5, como é possível demonstrar no aresto infracolacionado, circunstância a corroborar a tese de que mesmo em relação a esta matéria o Supremo Tribunal Federal não adota posicionamento pacífico:

*"1. Mandado de Segurança. 2. Comissão de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. Instauração de processo por quebra de decoro parlamentar contra deputado federal. Ampla defesa e contraditório. Licença médica. 3. **As garantias constitucionais fundamentais em matéria de processo, judicial ou administrativo, estão destinadas a assegurar, em essência, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal em sua totalidade, formal e material (art. 5º, LIV e LV, da Constituição).** 4. **O processo administrativo-parlamentar por quebra de decoro parlamentar instaurado contra deputado federal encontra sua disciplina no Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados e no Regulamento do Conselho de Ética daquela Casa Legislativa, a partir do disposto nos incisos III e IV do art. 51 da Constituição, e se legitima perante o rol dos direitos e garantias fundamentais da Carta de 1988 quando seus dispositivos são fixados pela competente autoridade do Poder Legislativo e prevêm ampla possibilidade de defesa e de contraditório, inclusive de natureza técnica, aos acusados.** 5. **Tal como ocorre no processo penal, no processo administrativo-parlamentar por quebra de decoro parlamentar o acompanhamento dos atos e termos do processo é função ordinária do profissional da advocacia, no exercício da representação do seu cliente, quanto atua no sentido de constituir espécie de defesa técnica.** A ausência pessoal do acusado, salvo se a legislação aplicável à espécie assim expressamente o exigisse, não compromete o exercício daquela função pelo profissional da advocacia, razão pela qual neste fato não se caracteriza qualquer espécie de infração aos direitos processuais constitucionais da ampla defesa ou do contraditório. 6. Ordem indeferida." (Supremo Tribunal Federal, MS 25917/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.09.2006)*



# *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

Inobjetável, portanto, a ausência do primeiro pressuposto justificador de edição de enunciado vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal e art. 2º da Lei nº 11.417/06, o que por si só reclama a imediata revogação da Súmula Vinculante nº 5.

Ademais, no que concerne ao terceiro requisito, vale dizer, a ocorrência de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, é patente que não se afigura no caso em exame. Isso porque, a própria ausência de um número expressivo de decisões do STF acerca da matéria sob discussão demonstra a improbabilidade de ocorrer uma “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”, nos termos previstos pelo art. 103-A, §1º da Constituição da República e art. 2º, §1º da Lei nº 11.417/06.

Ante o exposto, conclui-se que o procedimento de aprovação da Súmula Vinculante nº 5 deixou de observar os pressupostos constitucionais e legais autorizadores de edição de enunciado com efeito vinculante, razão pela qual se requer o seu cancelamento.

## II – MÉRITO

Conquanto apresente-se flagrante a ausência dos requisitos constitucionais e legais exigidos para a criação de súmula vinculante, caso os eminentes Ministros desse Egrégio Tribunal não entendam pelo acolhimento das preliminares argüidas, em homenagem ao princípio da eventualidade passa-se a refutar o conteúdo da Súmula Vinculante nº 5. Adite-se não ter sido possível aos advogados signatários, a obtenção das notas reveladoras dos debates encetados, o que só se viabilizará com a publicação do acórdão do RE-434059, o que, ainda não ocorreu.

Diz o referido enunciado: **“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição”**.



# *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

De uma primeira leitura, pode-se inferir que, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Constituição da República não impõe a obrigatoriedade de assistência de advogado (defesa técnica) aos acusados em processo administrativo disciplinar, como meio inerente ao direito fundamental de ampla defesa. Cumpre, desta sorte, analisar as garantias referentes ao processo administrativo disciplinar albergadas pela Carta Magna, para então examinar a correspondência ou não do conteúdo sumular com os princípios jurídicos e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

## **II.1. A Constituição de 1988, o Poder Disciplinar e a nova feição do Direito Administrativo brasileiro**

O Processo Administrativo, e em especial, o Processo Administrativo Disciplinar, é um tema que está sempre a merecer especial atenção, mormente após o advento da Constituição brasileira de 1988. Têm a doutrina sustentado que, distinguindo-se das sete Constituições anteriores, a atual é fruto da participação de vários segmentos da sociedade. Tendo por escopo central a pessoa humana – daí ser cognominada de “Constituição cidadã” – o seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões.<sup>11</sup>

A partir de sua promulgação em outubro de 1988, realçadas as diversas alterações que, imediatamente fez fluir, nossa Constituição é precursora de significativas alterações no tratamento litúrgico até então outorgado aos processos ou procedimentos afetos às matérias reguladas pelo Direito Administrativo. A disciplina constitucional administrativa acolhe novos instrumentos para uma ruptura do quadro tradicional de um “Direito Administrativo autoritário”<sup>12</sup>, marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias integrantes do

<sup>11</sup> As dimensões são: o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador. Nesse sentido, a lição de José Joaquim Gomes CANOTILHO sobre esta “triade mágica” na Constituição Portuguesa de 1976, podendo ser aplicada também no direito brasileiro. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 347.

<sup>12</sup> Em brilhante artigo, antes de 1988, e que inspirou, certamente, as inovações da atual Constituição, Sérgio Ferraz denuncia: “É preciso que digamos isto sem qualquer vergonha: a administração pública brasileira é autoritária por várias razões, e entre elas, porque o próprio direito administrativo brasileiro foi autoritário e ajudou a administração pública brasileira a ser autoritária, com uma generosa injeção de justificação doutrinária, isso tudo prestigiado





# Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

patrimônio do cidadão.<sup>13</sup> Afeiçoado à visão da legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros valores (como, por exemplo, o contido no princípio da confiança), o Administrador exerceu suas prerrogativas, por muito tempo, de modo hegemônico e verticalizado, acobertado pelo manto da incontestabilidade do interesse público.<sup>14</sup>

Há que se ter consciência de que todo o exercício de prerrogativa, vale dizer, competência, implica dose de sujeição, de coerção. Contudo, esta não se auto-realiza, configurando antes um instrumento de trabalho adequado à realização das tarefas administrativas através de atendimento às aspirações coletivas. Bem por isso que, antes da Constituição Federal de 1988, percorreu-se longo caminho para a sedimentação da compreensão finalista de Administração Pública: aparelhamento constituído pelo Estado para satisfação do bem comum.

O princípio geral que domina toda a atividade estatal, exercida através da Administração Pública, é o bem comum. A Administração Pública – notadamente ao manejar os até então designados “poderes administrativos” – não pode objetivar interesses particulares. A transgressão a esse preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa. Afinal a existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e os encargos sociais. As elevadas e numerosas tarefas administrativas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário.

---

também por uma copiosa elaboração jurisprudencial. Em razão de tudo isso, a administração pública brasileira sempre se sentiu muito animada em ser autoritária, porque as cabeças pensantes e os julgadores deste país também eram autoritários, quando dissertavam sobre o direito administrativo”. FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de Defesa do Administrado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 165, p. 17-18, jul./set. 1986. Seguindo essa trilha, Clémerson MERLIN CLÉVE deduz que a implementação da cidadania depende, em primeiro lugar, de uma mudança na concepção quanto à administração pública, já que “o direito administrativo brasileiro é autoritário”. CLÉVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional: e de Teoria do Direito*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 29.

<sup>13</sup> Como assinala o Ministro Celso de Mello, “a observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal.” Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 24458-DF. Julgamento: 18 de fevereiro de 2003. DJU 21.2.2003. Informativo n. 298, do STF.

<sup>14</sup> Sobre o papel legitimador do interesse público na Administração Pública: MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: RT, 1992. p. 179-180.



# Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Exatamente nesta perspectiva é imperioso revisitar as emanções do cognominado Poder Disciplinar e o instrumento que lhe oferece ensejo, o Processo Administrativo Disciplinar. Para tanto, dentre tantos textos que tratam do Regime Disciplinar do Servidor Público parece apropriado utilizar como referencial a Lei nº 8.112/90, não perdendo de vista a edição, no plano federal, da Lei nº 9.784/99. Partindo do pressuposto que os princípios constitucionais para serem compreendidos em sua dimensão prática necessitam do confronto com o sistema legal que os concretizam, a escolha da legislação não implica restrição ao âmbito dos servidores federais, ao contrário, revela grande interesse prático uma vez que a lei permanece em vigor, excepcionadas as partes que porventura tenham sido alteradas por Emenda Constitucional.

Se um dos pilares do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo, com a Constituição de 1988 restou identificada a presença de um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, *caput*). Ao lado desses princípios figuram outros – de modo explícito – não menos significativos: da presunção de inocência (art. 5º inciso LVII), do juiz natural (art. 5º inciso LIII)<sup>15</sup>, do devido processo legal (art. 5º inciso LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º inciso LV)<sup>16</sup>. Implicitamente extraem-se da Constituição

<sup>15</sup> Este princípio determina, no caso do processo administrativo a anterioridade da indicação do julgador (Comissão+autoridade). A Comissão de Processo Disciplinar geralmente só é indicada após a ocorrência do ilícito administrativo. As modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele inserem a proibição de subtração do julgador constitucionalmente e legalmente competente. Desse modo, na matéria processual em geral, a garantia desdobra-se em três constatações:

I. Só são órgãos jurisdicionais os instituídos pelo Ordenamento Jurídico positivo;  
II. Ninguém pode ser julgado por Órgão instituído após a ocorrência do fato. Pela exigência da identidade física do julgador é exigência natural que os integrantes da Comissão devam ser os mesmos, do começo ao fim do processo, repugnando a prática de sucessivas substituições.

III. Entre os julgadores pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja (as modificações de competência devem ser contidas em normas regularmente promulgadas).

<sup>16</sup> Foram elevados pela Constituição de 1988, em relação aos procedimentos administrativos, à dignidade constitucional. Defesa técnica (através de advogado regularmente constituído) e auto-defesa (interrogatório do indiciado e possibilidade deste presenciar todos os atos instrutórios). O contraditório é garantido por dois elementos: 1. a informação; 2. A possibilidade de reação. Na sindicância administrativa, como visto, que deveria revestir-se de



# *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

os princípios da prescritibilidade, da lealdade e da boa-fé, da segurança das relações jurídicas, da razoabilidade e da proporcionalidade, entre outros.

A supremacia da Constituição, sobre todas as normas, impõe que o processo de produção legislativa e interpretação do Direito Administrativo seja levado a cabo conforme aqueles princípios constitucionais.

Já há algum tempo, abandonou-se a idéia de que as garantias fundamentais consagradas da igualdade e do respeito à pessoa humana, encerram concepções abstratas de conteúdo programático, a exemplo de um manual de aspirações ou mesmo de um protocolo de intenções.

A interpretação das leis brasileiras, não pode descurar de submeter-se ao vetor de nossa ordem constitucional (dignidade da pessoa humana) e nem à existência de um núcleo mínimo processual dele emanado, que se revela na plena submissão, às garantias da prescritibilidade, da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Afirme-se, desde logo, que as eventuais discrepâncias de qualquer norma, com os princípios explícitos e implícitos da Carta poderão ser resolvidas através de uma interpretação conforme a Constituição.

A interpretação conforme a Constituição, sustentam Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, está no processo de constitucionalidade das leis. O processo de constitucionalidade das leis significa, para estes autores, que antes de uma lei ser

---

caráter meramente investigatório pela leis administrativas, não há contraditório e nem possibilidade de defesa, mas poderá haver acusação e aplicação de sanção. Inconstitucionalidade.



# Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

declarada inconstitucional, o juiz tem o dever de buscar, em via interpretativa, uma concordância de ditas leis com a Constituição <sup>17</sup>.

Sob a influência dessas idéias o assunto do processo administrativo disciplinar deve ser tratado. Qualquer interpretação relativa à matéria, que acabe por contrariar esta nova feição do Direito Administrativo brasileiro, fundada em um regime jurídico constitucional-administrativo pautado pelos direitos fundamentais e centrado na dignidade da pessoa humana, estará maculada pelo vício da inconstitucionalidade.

## II.2. O Processo Administrativo Disciplinar como garantia do cidadão, à luz da Constituição Federal de 1988

A doutrina costuma utilizar a expressão processo administrativo disciplinar para designar o processo administrativo punitivo ou sancionador (para aplicação de sanções administrativas) interno (dirigido aos servidores públicos).<sup>18</sup> Embora a noção corresponda ao sentido estrito (dada a abrangência para os demais agentes públicos), será aquela utilizada para o enfoque da competência disciplinar.

Nestes termos, o artigo 148, da Lei 8.112/90 em consonância com a Constituição, estabelece que o processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar a responsabilidade (administrativa) de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as prerrogativas do cargo em que se encontre investido. Com efeito, pelo exercício irregular de suas funções, descumprimento dos deveres e inobservância às proibições, o servidor responde administrativa, penal e civilmente<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT 1990. pág. 139.

<sup>18</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 183, jan./mar. 1991, p. 12. MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 132.

<sup>19</sup> A responsabilidade administrativa decorre da prática pelo servidor de atos considerados irregulares no desempenho do cargo ou função, por ação ou por omissão. A responsabilidade penal abrange os crimes e



# *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

Do que já se expôs, tem-se que o processo administrativo disciplinar (i) constitui-se em garantia constitucional dos servidores públicos, com as decorrências de vinculação do legislador, do aplicador e do intérprete à Constituição; (ii) é uma garantia de meio e de resultados uma vez que somente se pode falar em processo quando haja contraditório e ampla defesa com os recursos e meios a ela inerentes; (iii) haverá o processo, tal qual conceituado, sempre que no exercício da competência disciplinar a Administração litigue ou acuse um servidor público (sentido amplo) da prática de um ilícito administrativo; (iv) o litigante ou o acusado detém a posição de sujeito no processo; (v) tratando-se de acusados em geral, abrange servidores públicos estáveis e não estáveis (qualquer acusado) independente da gravidade da sanção (qualquer acusação).

Em um sentido negativo, haverá procedimento e não processo (i) quando a Administração procede à apuração de fatos sem levar à aplicação de pena de qualquer espécie, (ii) quando nesta investigação não ocorra conflito de interesses, ensejando o surgimento de um litigante contraposto à Administração Pública.<sup>20</sup>

Diga-se, por oportuno, que a legislação sobre ilícito administrativo não foge à concepção de uma legalidade elástica. Os diversos Estatutos de Servidores Públicos apresentam um rol de condutas tipificadas como ilícitas a partir de conceitos genéricos. Nesse sentido, cabe citar alguns dispositivos da Lei 8112/90, a saber: como "insubordinação grave ao serviço" (artigo 132, inc. VI); "incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição" (artigo 132, inc. V); "corrupção" (artigo 132, inc. XI); dever de "exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo" (artigo 116, inc. I). Como definir escândalo, zelo ou dedicação?

---

contravenções imputadas ao servidor nesta qualidade. A responsabilidade civil, por sua vez, resulta de procedimento culposo ou doloso que importe prejuízo da Fazenda Pública ou de terceiros, perquirida em ação regressiva. As cominações administrativas, penais e civis, ainda que independentes, são cumulativas. Muito embora vigore a independência das instâncias, prevalece a regra de que a decisão absolutória proferida na instância penal prepondera sobre as demais instâncias em caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou a sua autoria (artigo 126, da Lei 8.112/90 e artigo 935, do Código Civil).

<sup>20</sup> V.g., a sindicância.



# Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

15  
C

Diante da abertura legal, o processo administrativo disciplinar representa a garantia para a sociedade de que a competência disciplinar será exercida de modo responsável e coerente. O processo administrativo disciplinar é o instrumento vocacionado para atenuar a outra face do princípio da legalidade.<sup>21</sup> A Constituição de 1988 não é compatível com afirmações do tipo “no Direito Administrativo Disciplinar admite-se a atipicidade da infração e a ampla discricionariedade na aplicação da sanção, que é renunciável pela Administração, possibilidades inconcebíveis em Direito Penal.”<sup>22</sup>

Não basta a regulamentação pela lei do processo administrativo disciplinar. Trata-se de garantia de meios e de resultados, como salientado preteritamente. O instrumento processual deve ser interpretado de modo a realçar a sua potencialidade de enquadrar a discricionariedade nos devidos termos.<sup>23</sup> Qualquer escolha deixada ao administrador deve ser passível de verificação já que, concordando-se com CANOTILHO, discricionariedade não é escolha entre pressupostos de fato. Constatados os elementos para a aplicação da pena, através do processo administrativo disciplinar, não há escolha entre aplicá-la ou não.<sup>24</sup>

<sup>21</sup>Nesse sentido, GRINOVER já afirmava em 1980: “Apesar da atipicidade do ilícito administrativo, reconhece-se, por isso, a exigência de ser este capitulado, de forma a possibilitar ao acusado o exercício efetivo de sua defesa.” GRINOVER, Ada Pelegrini. O Princípio da Ampla Defesa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 19, dez.81/dez.82. p. 17.

<sup>22</sup>GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Administração Pública, Função Pública e Direito Administrativo Disciplinar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 19, p. 81, dez. 81/dez. 82.

<sup>23</sup>Cite-se trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Administrativo. Ato disciplinar. Motivo. Aferição pelo Judiciário. Estabilidade. Servidor. CF/69, art. 100. Exoneração. Falta de motivação. I - O Judiciário pode e deve examinar o motivo ou mérito do ato administrativo, no que não for extritamente discricionário. II - Comprovado às escancaras o estado de doença prolongada que acometeu o servidor, não poderia a Administração, a seu nutum, desconsiderar os motivos que o impediram de comparecer ao serviço, sem processo administrativo a lhe garantir ampla defesa, exonerá-lo mesmo porque estável [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº866/SP. Relator: Ministro Geraldo Sobral. 1ª Turma. 17 jun. 1991. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p. 9973, 5 ago. 1991.

<sup>24</sup>Refuta-se, por incompatível com a nova ordem constitucional, a afirmação de Eduardo LOBO BOTELHO GUALAZZI segundo a qual “a aplicabilidade de penas disciplinares, *in concreto*, é facultativa, para o Estado, em vista de interesse público relevante ou de conveniência de serviço.” GUALAZZI, *Administração Pública...*, op. cit., p. 84. No sentido de nossa refutação, Geraldo de CAMPOS PACHECO: “O prof. CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, informa (Do poder disciplinar na administração pública, p. 24) que a doutrina diz que a Administração tem a



# Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

16  
c

A imposição constitucional de atuação processualizada para o exercício da competência disciplinar põe em xeque a concepção de aplicação da lei como instrumento autômato e mecânico. A dimensão do princípio da legalidade, em sede de exercício de competência disciplinar, não pode ser mensurada sem a consideração do processo administrativo disciplinar.<sup>25</sup> A legalidade processual auxilia no fornecimento de limites e de medida à discricionariedade.

Títulos que, pela abrangência têm ocupado o tempo e o raciocínio dos mais conceituados tratadistas do Direito Público, a Sindicância (cunho investigatório)<sup>26</sup> e o Processo Administrativo Disciplinar<sup>27</sup> continuam a gerar controvérsias e a requerer melhor atenção não só do legislador, mas também da doutrina e da jurisprudência em nosso país. A vertente processual penal considera o inquérito policial um mero procedimento administrativo de

---

faculdade discricionária de não aplicar a penalidade por motivo de conveniência ou oportunidade, em função do interesse primordial da própria Administração, de superiores razões suas. O Prof. CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR acrescenta (obra citada, p. 25) que é da índole do poder disciplinar - no qual predominam os interesses da Administração - a discricionariedade, precisamente no sentido de que a punição não se reveste daquele caráter de necessidade da repressão penal. Diante das disposições estatutárias, contudo, não podemos aceitar o que proclama a doutrina. Realmente, se o Estatuto estabelece que se deve instaurar processo administrativo disciplinar ou sindicância para apurar ação ou omissão de funcionário público, punível disciplinarmente, é forçoso concluir que a autoridade julgadora não poderá relevar a penalidade. A discricionariedade da autoridade julgadora circunscreve-se, de certo modo, na dosimetria da pena, dentre as estabelecidas pelo Estatuto, conforme já assinalamos." PACHECO, Geraldo de Campos. Fase Conclusiva do Processo Administrativo Disciplinar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 18, p. 59-60, jun. 1981.

<sup>25</sup>Conforme Lúcia VALLE FIGUEIREDO, "o princípio da legalidade está, pois, atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial e não formal. Em sua faceta substancial - igualdade substancial - não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios." FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, n. 6, p. 644, set. 1995.

<sup>26</sup> Com efeito, ao cabo e ao final caberá à Comissão responder a apenas dois questionamentos: (i) se o fato é irregular ou não; (ii) se há presunção de autoria. Na sindicância, ao contrário do que ocorre no processo administrativo, jamais haverá acusação ou individualização de possível culpado. Os fatos narrados em seu ato inaugural deverão ser investigados sem que seja formulada qualquer acusação. Portanto a sindicância prescinde de apresentação de defesa ou presença de defensor.

<sup>27</sup> As Comissões de Sindicância e de Processo Administrativo devem ser compostas por servidores que ofereçam presunção de imparcialidade: categoria igual ou superior à do sindicado ou indiciado; não sejam suspeitos ou impedidos por qualquer razão. Exigir-se-ia, também da autoridade julgadora, *mutatis mutandi*, os mesmos requisitos.



# *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

17  
C

colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria, onde não há contraditório.<sup>28</sup> A exemplo do que ocorre na sindicância, no Direito Administrativo, não existindo acusação nesta fase, não há, também, defesa.

No Processo Administrativo Disciplinar, contudo, em razão da possibilidade de resultar em aplicação de pena ao servidor, devem ser observados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme se exporá a seguir.

### **II.3. O direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa no Processo Administrativo Disciplinar**

A natureza da matéria tratada nesta peça impõe que se dê realce, desde logo, a alguns aspectos da maior relevância jurídica:

1. a aplicação de qualquer penalidade a servidor público, efetivo ou não, deve ser antecedida de processo administrativo disciplinar, asseguradas, além do devido processo legal, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CF). É cediço que outras garantias retratadas pela observância dos princípios explícitos e implícitos que emanam da Carta Constitucional, também devem merecer atenção do aplicador da lei;

2. a demissão de servidor estável só pode ocorrer em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo em que lhe sejam possibilitadas as garantias constitucionais (CF, art. 41, § 1º), sendo certo que ao servidor público, admitido por

<sup>28</sup> Muito embora, recente jurisprudência do STJ admita contraditório em inquérito. HC 69.405-SP, j. 23.10.2007 (precedentes: HC 36.813-MG, DJ 05.08.2004; HC 44.305-SP, DJ 04.06.2007 e HC 44.165-RS, DJ 23.04.2007).





# Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

18  
e

concurso público, qualquer que seja o regime a que se submeta, também, é possibilitado invocar o elenco de garantias protetivas<sup>29</sup>;

3. a inobservância do *due process of law* (processo adequado ao caso) e o cerceamento do direito de defesa geram – pela extrema gravidade de que se reveste esse procedimento ilícito da Administração Pública – a nulidade do ato punitivo;

4. o conjunto principiológico retrata as prerrogativas constitucionais destinadas a resguardar, de um lado, a dignidade do servidor, seja ele detentor ou não, da estabilidade no serviço público, e, de outro, limitar o poder conferido ao Estado na imposição de sanções administrativas, notadamente as de natureza expulsiva;

5. a Administração Pública no exercício de seu poder disciplinar, não tem o direito de, legitimamente, impor sanções punitivas aos agentes públicos, sem propiciar-lhes, primeiramente, a possibilidade de audiência sobre a imputação que lhes é feita (*nemo inauditus damnari debet*) e, segundo, o ensejo de participação crítica e ativa no procedimento probatório.

**A defesa técnica, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988 e o núcleo processual comum que implementou, torna-se obrigatório componente da ampla defesa com os meios e recursos inerentes (art. 5º LV da CF). 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.**

Costuma-se afirmar, invocando HELY LOPES MEIRELLES, que o processo administrativo disciplinar deve primar pelo informalismo. Com o devido respeito às respeitáveis opiniões que acolhem esse modo de pensar, dá-se exatamente o contrário. Com toda a certeza, os adeptos da informalidade ao referirem-se à opinião de HELY, colheram a impressão do prestigiado Mestre, antes do advento da Constituição Federal, pois sob a égide do

<sup>29</sup> STF Súmula nº 20 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 39. Processo Administrativo - Ampla Defesa - Demissão de Funcionário Admitido por Concurso - É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.*



# Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

atual ordenamento – art. 5º, inciso LV – não é admissível a afirmação de informalismo em nenhum ato da Administração Pública, mormente naqueles que ostentem cunho punitivo.

Celso RIBEIRO BASTOS, de saudosa memória, é incisivo quando afirma "(...) 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>30</sup>

Em se tratando de processo administrativo, inafastável, pois, em qualquer circunstância, a observância do princípio do devido processo legal. O universo do devido processo legal não se exaure na fiel observância da norma de regência. Antes e acima de tudo, revela-se o processo adequado ao caso que o julgador tem em mãos. Ainda que a lei possa limitar algumas diligências, o julgador, em interpretação conforme a Constituição <sup>31</sup> e, como já foi dito, atento ao princípio da oficialidade, na busca da verdade material, pode ampliar a abrangência da produção probatória.

Exsurge nítido, pois, o dever do Estado de velar pela intangibilidade do direito de defesa, que é inviolável e de observância ampla e inarredável, máxime num processo administrativo, onde se encontra em jogo, para o servidor público estável, a possibilidade de perda do cargo duramente conquistado.

A mais ampla defesa é requisito indispensável para a demissão de servidor estável. Sem ela o ato demissório é nulo, porque em procedimento administrativo destinado a apurar a falta do funcionário e a ensejar a aplicação da pena de demissão, a ampla defesa deve ser-lhe assegurada de modo pleno e integral (v. súmula 20, do STF; RDA 47/108 e 73/136).

<sup>30</sup> In *Comentários à Constituição do Brasil*, vol.II, págs. 268 e 269 – Saraiva, São Paulo, 1989. (g.n.)

<sup>31</sup> O art. 5º, inciso LV da CF, assegura o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.



# *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

W  
C

Preocupada, por certo, com as reiteradas agressões aos preceptivos constitucionais assecuratórios do direito de defesa, a nossa Corte Suprema, apoiada em notável voto do eminente Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança nº 20.999 (21.03.1990), teve a oportunidade de decidir:

*“A nova Constituição do Brasil institui, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º LV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento-administrativo disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração Pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos”.<sup>32</sup>*

Não se alegue que as idéias antes lançadas estariam a judicializar o processo administrativo, procrastinando ou impedindo a aplicação da necessária sanção. Afinal, estamos a cuidar da base antropológica da Constituição: **a dignidade da pessoa humana**. Trata-se interpretar a lei fundamental sob a consideração e o reconhecimento de um núcleo processual comum, aplicável tanto ao processo judicial (civil e penal) quanto ao processo administrativo. Os fins jamais haverão de justificar os meios.

Como dito, **a defesa técnica, notadamente a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e o núcleo processual comum que implementou, tornou-se um obrigatório componente da ampla defesa com os meios e recursos inerentes (art. 5º**

<sup>32</sup> In Revista de Direito Administrativo, volume 179/180, 1990, pág.117.



# *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

LV da CF). Não é possível aceitar que um leigo que não conhece o processo em sua complexidade (prescrição, juiz natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa) possa ser incumbido de manejar ingredientes tão complicados de modo a promover um trabalho que seja minimamente eficiente e à altura dos postulados constitucionais.

Daí a razão de ser absolutamente incompreensível o enunciado da Súmula Vinculante nº 5. Sobre constituir um lamentável retrocesso, o STF deitou por terra a súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça que acertadamente e interpretando adequadamente os mandamentos constitucionais transitava em caminho inverso: "É obrigatória a presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar". Faz-se imperioso, por conseguinte, o seu cancelamento. Perceba-se que, da forma como se encontra redigida, a súmula pode ser geradora de perplexidades incontornáveis. Suscite-se o exemplo de que, em havendo advogado constituído, não seja este regularmente intimado para os atos do processo. Dada a suposta desnecessidade da defesa técnica, nada haveria a ser questionado pelo indigitado servidor, eventualmente atingido pela imposição de sanção.

### III – REQUERIMENTO

Diante do arrazoado antes expendido e em homenagem à dignidade da pessoa humana, base antropológica comum sobre a qual se assentam todos os princípios da Constituição Federal, impõe-se a revogação da Súmula Vinculante nº 5. Sendo assim:

1. Preliminarmente, requer-se o cancelamento da referida súmula, na forma do art. 3º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamenta o art. 103-A, da Constituição Federal, pela ausência, no caso em tela, dos pressupostos exigidos constitucional e legalmente para a



# *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

edição de súmula com efeito vinculante (art. 103-A, *caput* e §1º da Constituição Federal, e art. 3º, *caput* e §§1º e 3º da Lei nº 11.417/06);

2. No mérito, propõe-se o cancelamento da Súmula Vinculante nº 5, pelo fato de seu conteúdo contrariar o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, nos termos da argumentação acima exposta.

3. Se não acatadas as razões anteriormente lançadas, como pleito alternativo e derradeiro propõe-se a alteração do enunciado da súmula editada, dele passando a constar que se houver advogado constituído, a sua não intimação, nulifica o processo.

Nestes termos,  
Pede deferimento.

Brasília, 1º de agosto de 2008.


  
RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGÃO

**Presidente do Conselho Federal da Ordem  
dos Advogados do Brasil**

  
ROMEUFELIPEBACELLARFILHO

**Conselheiro Federal**

**OAB nº 16601/PR**

  
MAURÍCIO GENTIL MONTEIRO  
OAB nº 2435/SE