

Súmula Vinculante n. 5

“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”¹

Thiago Luís Sombra²

A edição da Súmula Vinculante n. 5 ocorreu em virtude do julgamento do RE n. 434.059/DF (rel. Min. Gilmar Mendes), no qual o INSS e a União Federal impugnaram acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu a segurança em benefício de agente público federal, sob o fundamento de violação aos artigos 5º, inciso LV, e 133 da Constituição Federal, bem como inobservância da Súmula n. 343 do STJ.

Por ocasião da aludida assentada, os ministros do Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento de que, no procedimento administrativo disciplinar³, a presença do advogado é uma mera faculdade conferida ao agente público pelos

1 Publicada no *DJe* n. 88, de 16.05.2008, p. 1 e no *DOU* de 16.05.2008, p. 1.

2 Procurador do Estado em exercício na Procuradoria do Estado de São Paulo em Brasília (PESPB). Mestrando em Direito Civil na PUC-SP, Pós-graduando em Direito Civil na Università di Camerino, Itália.

3 O entendimento do Supremo Tribunal Federal refere-se ao procedimento administrativo disciplinar principal, razão pela qual, a fortiori, tampouco dever-se-á exigir a presença de defesa técnica nos procedimentos preparatórios, como a sindicância e o inquérito administrativo. Por sinal, para José dos Santos Carvalho Filho, a sindicância, em específico, “reveste-se de caráter inquisitório, porque é processo não-litigioso; como consequência, não incide o princípio da ampla defesa e contraditório. Caracteriza-se por ser procedimento preparatório” (*Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 821). No mesmo sentido: MS n. 23.261/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, *DJU*, de 18.02.2002. Em virtude da imprecisão do emprego da expressão “sindicância”, a jurisprudência firmou o entendimento de que, quando se tratar de procedimento preliminar, dispensa-se o contraditório e a ampla defesa. Ao contrário, quando utilizada a nomenclatura equivocadamente e, portanto, nas ocasiões em que envolver procedimento disciplinar principal, entendia-se, anteriormente à Súmula Vinculante n. 5, ser imprescindível a presença de advogado (RMS n. 281, rel. Min. Demócrito Reinaldo, RDA v. 193, p. 138; RMS n. 10.472/ES, rel. Min. Felix Fischer, *DJU*, de 17.08.2000).

artigos 156 da Lei n. 8.112/90, parágrafos 2º e 3º, inciso IV, da Lei n. 9.874/99, todavia não consubstancia uma obrigatoriedade.⁴

Não obstante, é salutar ressaltar que subsistem duas exceções à prescindibilidade da presença de defesa técnica, a saber, quando a acusação se afigura notadamente complexa para a compreensão⁵, e em caso de o agente público se encontrar em local incerto e desconhecido.⁶

Além do RE n. 434.059/DF (rel. Min. Gilmar Mendes), o Plenário do Supremo Tribunal Federal se amparou em outros três precedentes para a edição da súmula vinculante. O *leading case* decorreu do julgamento do AgR AG n. 207.197/PR (rel. Min. Octavio Gallotti, *DJU*, de 05.06.98). Os fundamentos do referido acórdão conduziram toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao longo de anos, no tocante à prescindibilidade da presença de defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar.

Para o eminente Ministro Octávio Gallotti, “a extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) 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 outra ocasião, o Supremo Tribunal Federal reafirmou os fundamentos do aresto da lavra do Ministro Octávio Gallotti, ao julgar o MS n. 24.961/DF (rel. Min. Carlos Velloso, *DJU*, de 04.03.2005), cuja peculiaridade, entre outros aspectos, se centrava na não-identificação da tomada de contas especial como procedimento administrativo disciplinar.

Na atual composição, a Suprema Corte corroborou a jurisprudência anteriormente consolidada, de maneira que a Ministra Ellen Gracie asseverou, no AgR RE n. 24.4277/SP (*DJU*, de 28.06.2002), interposto pelo Procurador do Estado de São Paulo Luís Cláudio Manfio, que “a incidência do princípio do contraditório e da ampla defesa aos procedimentos administrativos não implica extensão ao ponto de ser obrigatória a transmissão de todas as regras dos feitos judiciais, entre elas a indispensável atuação do advogado”.

4 Celso Antônio Bandeira de Mello também trata a questão como uma singela faculdade (*Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 445-446).

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 445-446.

6 Artigos 23 e 24 do Código Civil, combinados, por analogia, com o artigo 9º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Além de notadamente pragmática e casuística⁷ – afinal cerca de 30.000 procedimentos administrativos disciplinares federais estavam sujeitos a anulação, sem mencionar os outros tantos estaduais⁸ –, a posição do Supremo Tribunal Federal contrasta com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, corporificado no enunciado sumular n. 343, segundo o qual “é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Impende esclarecer, por oportuno, que a Súmula n. 343 do Superior Tribunal de Justiça foi editada em virtude do julgamento do MS n. 7.078/DF (rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU*, de 09.12.2003). Advertiu o Ministro Relator, por circunstância do julgamento, 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”.

A rigor, a pertinência da edição da Súmula Vinculante n. 5 emana das inúmeras ações judiciais constantemente propostas com o intuito de rever decisões proferidas em procedimentos administrativos disciplinares, nos quais alguma penalidade foi aplicada ao agente público, sem a presença de defesa técnica.

Caso preponderasse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no pertinente à obrigatoriedade da presença de advogado, fatalmente diversos procedimentos disciplinares seriam anulados, o que acarretaria uma significativa repercussão jurídica e econômica, em razão do retorno de agentes públicos demitidos, do pagamento de verbas remuneratórias e de outras vantagens.

7 Observe-se, por exemplo, que com a atual composição, o Supremo Tribunal Federal admitiu a aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa às relações privadas (RE n. 201.819/RJ, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJU*, de 27.10.2006; RE n. 158.215/RS, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU*, de 07.06.1996), assim como editou a Súmula Vinculante n. 3 (MS n. 24.628/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU*, de 17.09.2004), sem qualquer alusão à presença obrigatória de advogado. Em suma, o Supremo Tribunal não considera uma relação de imbricação ontológica a presença de defesa técnica e a observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, ressalvados, todavia, os processos criminais.

8 Salutar a observação de José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual as Leis ns. 9.784/99 e 8.112/90 “têm caráter federal, e não nacional, vale dizer, são aplicáveis apenas na tramitação de expedientes processuais dentro da Administração Federal, inclusive no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário. Em virtude de nosso regime federativo, em que as entidades integrantes são dotadas de autonomia, não podem tais mandamentos serem estendidos a Estados, Distrito Federal e Municípios já que estes são titulares de competência privativa para estabelecer as próprias regras a respeito de seus processos administrativos” (*Manual de direito administrativo*, cit., p. 815-816).

A despeito da relevância da tutela dos direitos fundamentais em face de possíveis ingerências estatais⁹, a Súmula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal, além de não subjugar os princípios da ampla defesa e do contraditório, ainda encontra fundamento no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF), em caso de lesão a direito subjetivo no procedimento disciplinar, bem como em função da relativa independência entre as esferas civil, penal e administrativa (art. 935 do CC).¹⁰

9 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, p. 206.

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 293; RMS n. 10.496/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJU*, de 09.10.2006.