

KATIA YSHITUKA PEREIRA DE SOUZA

**ESTUDOS SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR, OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS E A
SÚMULA VINCULANTE Nº 05 DO STF.**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: **Professor Doutor Romeu
Felipe Bacellar Filho**

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

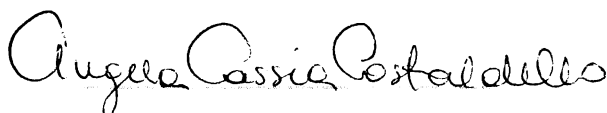
KATIA YSHITUKA PEREIRA DE SOUZA

Estudos sobre o processo administrativo disciplinar, os princípios constitucionais aplicáveis e a Súmula Vinculante nº 05 do STF.

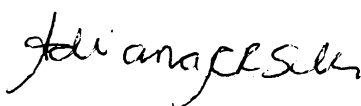
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO
Orientador



ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO
Primeiro Membro



ADRIANA RICARDO SCHIER
Segundo Membro

“O ontem é história; o amanhã é mistério; mas o hoje é uma dádiva, por isso se chama presente.”

Ogway

Dedico este trabalho à minha querida mãe Hidemi Yshituka Gregório, por estar presente e ajudar em todos os momentos difíceis de minha vida. E principalmente ao meu pequeno, e tão amado, Guilherme Uchida, razão do meu existir, amor que transcende a alma.

Agradeço primeiramente a Deus, sem o qual nada seria possível; ao meu orientador Romeu Felipe Bacellar, pela atenção; à minha família pelo apoio incondicional; às amigas Adriana Cabral; Cenira Ferreira, Cristiane Del Bianchi, Flávia Machado, Heidy da Silva, Leila Lanzem, Letícia Gonçalves, Maiara Leite e Patrícia Nogueira, por tornar fáceis momentos tão difíceis, pelas horas de estudos e apoio, sem o qual este trabalho não seria possível.

RESUMO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o processo administrativo disciplinar foi equiparado de forma expressa ao processo judicial, propiciando-lhe as mesmas garantias conferidas a este. Verifica-se que a figura do processo é um direito instrumental aplicável em todas as esferas de poder e, por isso, contém um núcleo comum de processualidade. Este núcleo detém princípios que são comuns tanto no processo judicial quanto administrativo, pois tem a finalidade de proteger os direitos individuais do cidadão, parte no processo. Diante disso, o presente trabalho visa abordar sucintamente os princípios comuns aplicáveis em todas as esferas de poder e, em especial, ao processo administrativo disciplinar. Dentre estes princípios têm-se o princípio do Estado Democrático de Direito; Dignidade da Pessoa Humana; Legalidade; Impessoalidade; Moralidade; Publicidade; Eficiência; Juiz Natural; Presunção de Inocência; Devido Processo Legal; Contraditório; e Ampla Defesa. Além disso, será discutido o conteúdo da Súmula Vinculante nº 05 editada pelo Supremo Tribunal Federal; os erros formais e materiais que caracterizam a sua inconstitucionalidade; e se os fundamentos apresentados são pertinentes. Por último, será exposta a importância da defesa técnica.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. A COMPREENSÃO DOS PRINCÍPIOS DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	11
2.1 NOÇÃO DE PRINCÍPIO	11
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	15
2.2.1 Princípio do Estado Democrático de Direito	15
2.2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	17
2.2.3 Princípio da Legalidade	18
2.2.4 Princípio da Impessoalidade.....	19
2.2.5 Princípio da Moralidade Administrativa.....	20
2.2.6 Princípio da Publicidade	22
2.2.7 Princípio da Eficiência	23
2.2.8 Princípio do Juiz Natural.....	24
2.2.9 Princípio da Presunção de Inocência	25
2.2.10 Princípio do Devido Processo Legal.....	25
2.2.11 Princípio do Contraditório	27
2.2.12 Princípio da Ampla Defesa	30
3. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	32
3.1 CONCEITO.....	32
3.2 DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	33
3.3 ISONOMIA DE TRATAMENTO ENTRE OS PROCESSOS, ADMINISTRATIVO, CÍVEL E PENAL	34

3.4 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DO SERVIDOR	37
4. RESTRIÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COM A EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 5, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	39
5. NECESSIDADE DE DEFESA TÉCNICA	47
6. CONCLUSÃO	49
7. BIBLIOGRAFIA.....	53

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, o processo administrativo disciplinar se equipara às demais modalidades de processo judicial, haja vista que o processo é utilizado em sentido amplo, como instrumento de realização das atividades dos poderes estatais. Tal idéia se instala não somente pela construção doutrinária e jurisprudencial, mas por estar expresso em nosso texto constitucional. E por estarem posicionados em um mesmo nível de importância, estão subordinados, de maneira igualitária, a determinados princípios constitucionais que formam o núcleo comum de processualidade.

Todavia, a edição da Súmula Vinculante nº 05, pelo Supremo Tribunal Federal, em 2008, ao afirmar que não há ofensa à Constituição quando da ausência de defesa técnica em processo administrativo disciplinar, contraria alguns dos princípios constitucionais que lhe são inerentes, como o princípio da legalidade, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. O que resulta em violação da nossa atual Constituição Federal.

Apesar de amparado pela Lei Maior, o processo administrativo disciplinar, a partir da elaboração da referida súmula, retrocedeu no tempo e foi posto novamente em posição de inferioridade quanto aos demais tipos de processos.

Por isso, o presente trabalho tem por finalidade abordar a relevância dos princípios constitucionais que orientam o processo administrativo disciplinar e, também, discutir acerca da edição da Súmula Vinculante nº 05, pela Suprema Corte. Para tanto, é preciso, inicialmente, discorrer brevemente acerca do desenvolvimento histórico do princípio e sobre a sua relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida serão avaliados os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, em especial no âmbito do processo administrativo disciplinar, cuja finalidade principal é proteger o indivíduo, garantindo-lhe uma decisão justa por meio de um processo com regras pré-estabelecidas.

Primeiramente, analisaremos o princípio do Estado Democrático de Direito considerado princípio basilar, que viabiliza os demais; da dignidade da pessoa humana, que confere proteção e tratamento especial ao indivíduo; da legalidade por limitar a atuação do Estado; da impessoalidade cuja finalidade é promover a

imparcialidade daquele que irá elaborar a decisão; da moralidade administrativa, em que o fim é evitar a utilização indevida da máquina estatal; da publicidade que viabiliza a transparência administrativa; da eficiência, para garantir um processo adequado, tempestivo e justo; do juiz natural e da presunção de inocência.

Serão analisados por último os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, haja vista a impossibilidade de falarmos de um sem nos preocuparmos com o outro, tamanha a interligação existente, e por serem diretamente afetados com a vigência da Súmula Vinculante nº 5.

Importante, ainda, ressaltar a distinção entre procedimento e processo administrativo para compreender o motivo pelo qual apenas neste incide as garantias constitucionais. Será comparado também diante do processo judicial, para a visualização das garantias constitucionais que protegem os direitos individuais do servidor e que lhes são comuns. A estas garantias confere-se o nome de núcleo comum de processualidade, haja vista que aos olhos da Constituição Federal, o processo administrativo e o judicial detêm a mesma importância, portanto, com mecanismos comuns.

É evidente que cada esfera de poder possui características que lhe são peculiares, por isso, para cada um existe um núcleo diferenciado de processualidade. Isto para atender e dar efetividade à demanda de cada tipo de processo. No entanto, o processo, visto como uma garantia fundamental, passou a ser entendido como um direito instrumental, aplicável no âmbito judicial e administrativo, com a finalidade de viabilizar a concretização dos direitos e garantias fundamentais do cidadão ou servidor. Por isso, justifica-se a incidência do núcleo comum de processualidade.

Conjuntamente com os princípios, será avaliada a Súmula Vinculante nº 05, do Supremo Tribunal Federal, a qual afirma que: “a falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” e as conseqüências ocasionadas a esta modalidade de processo.

E a partir disso, será abordada a importância da defesa técnica, e por conseqüência, uma defesa ampla no processo administrativo disciplinar, a qual é assegurada pela Constituição da República e, por isso, precisa ser respeitada.

2. A COMPREENSÃO DOS PRINCÍPIOS DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 NOÇÃO DE PRINCÍPIO

O termo princípio, em sentido amplo, é utilizado em diversas áreas do conhecimento, dentre elas, no Direito. E quando pesquisado em dicionário¹, verifica-se a idéia de que é a base, ou a origem, para se estruturar um sistema ou um conjunto. Em consonância com esse entendimento, o autor Ruy Samuel Espíndola leciona o seguinte:

Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.²

Espíndola assevera, ainda, que o conceito de princípio constitucional deve ser correlacionado à noção de princípio no Direito, pois, além de princípio jurídico, este detém importância para a Ciência e para o ordenamento jurídico, devendo-se, ainda, ter o cuidado para não haver confusão acerca de sua aplicação.

Assim, na Ciência Jurídica, tem-se usado o termo princípio ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados para sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes. Essa polissemia não é benéfica neste campo do saber, em que a confusão de conceitos e idéias pode levar a frustração da práxis jurídica ou à sonegação, por uma prática equívoca, de direitos ou de situações protegíveis pelo sistema jurídico posto.³

¹ Disponível no site <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=princípios>>. Acesso em: 06 de agosto de 2010.

² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

³ *Ibidem*, p. 55.

De acordo com Eros Grau, os princípios podem se dividir em dois sentidos: princípios positivos do Direito e princípios gerais do direito. Os primeiros pertencem à linguagem do Direito e são valorados conforme a dicotomia analítica da validade, da vigência e da eficácia. Já os segundos são valorados segundo a idéia do falso e verdadeiro, no âmbito da Ciência Jurídica. Estes são utilizados pela jurisprudência para fundamentar decisões. Quando isto ocorre passam de princípios descritivos a princípios positivados de inspiração doutrinal.⁴

De acordo com Luis Roberto Barroso está superada a distinção entre norma e princípio, pois, a partir da dogmática moderna, entende-se que as normas jurídicas em geral, e as normas constitucionais, em particular, dividem-se em normas disposição e normas princípios. As primeiras, também chamadas de regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. As segundas, também denominadas de princípios, têm maior teor de abstração e finalidade mais destacada no sistema.⁵

Então, é unânime o reconhecimento dos princípios jurídicos como normas jurídicas. Estes detêm positividade e são vinculados a uma eficácia positiva e negativa. Nesta última, as decisões, regras ou mesmo subprincípios contrários aos princípios serão considerados inválidos.

Ainda, a partir do princípio da unidade da Constituição todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano, não havendo hierarquia. No entanto, podem afetar funções diferentes. Os princípios possuem ação imediata quando aplicáveis às relações jurídicas, ou ação mediata quando utilizados como critério de interpretação e integração do Texto Constitucional.

Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.⁶

Celso Antonio Bandeira de Mello na mesma esteira afirma que:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para

⁴ GRAU, Eros. **Ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 149.

⁶ *Ibidem*, p. 151.

exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.⁷

Luis Roberto Barroso leciona que os princípios variam conforme a amplitude e a influência que exercem, dividindo-se em princípios fundamentais, gerais e setoriais ou especiais. Os princípios fundamentais tratam da organização política do Estado, da ideologia política. Os princípios gerais são especificações dos princípios fundamentais, com menor grau de abstração e com tutela imediata das situações jurídicas que contemplam, irradiando-se por toda a ordem jurídica. Já os princípios setoriais ou especiais presidem um específico conjunto de normas relativo a determinado tema da Constituição. Irradiam-se de forma limitada, apesar de sua supremacia, e por vezes são detalhamento dos princípios gerais.⁸

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, caracteriza-se por ser principiológica. Compõe-se de princípios e regras que em sentido formal possuem a mesma relevância para se viabilizar a harmonia normativa.

José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra denominada Direito Constitucional, assevera que uma constituição dotada apenas de regras não se adequaria às relações sociais, tendo em vista que estas são instáveis e modificam-se constantemente conforme as necessidades da sociedade. Assim como, afirma ainda que uma constituição composta exclusivamente de princípios inviabilizaria uma precisão jurídica, o que resultaria em constantes conflitos.⁹

Portanto, haja vista suas peculiaridades e a importância de ambos para um equilíbrio normativo, hodiernamente, as regras jurídicas e os princípios são considerados espécies do gênero norma jurídica e apesar de grande parte daqueles possuírem sede constitucional, também são encontrados em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o que foi exposto, não se pode diferenciar princípios de normas jurídicas, pois aqueles derivam destas, contudo, existem critérios para

⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 152-154.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Lisboa, Coimbra, 1993, p.168-169.

diferenciar princípios de regras jurídicas, por serem considerados espécies normativas. Para Canotilho, os princípios se distinguem das regras por deterem maior grau de abstração, necessitando de concretização, ao contrário destas que tem aplicação direta, por deterem papel fundamental na estrutura do ordenamento jurídico; por basear-se no ideal de justiça; e por serem fundamentos das regras.¹⁰

A normatividade dos princípios contemplados no Direito Constitucional contemporâneo resultou da evolução histórica, pois, antes apresentavam papel meramente sugestivo ou informativo. Na teoria jurídica tradicional, denominada de Teoria Positivista, os princípios jurídicos detinham apenas um papel supletivo, pois, de acordo com Ruy Samuel Espíndola, sua função era a de integrar o direito quando da sua aplicação, por isso, limitavam-se à idéia de princípios gerais do direito.¹¹ Esta idéia foi superada pela Teoria Pós-positivista, que dentre seus postulados, traz a noção de que os princípios podem ser expressos ou implícitos e se incluem no conceito de lei, tornando-se normas jurídicas vinculantes tão relevantes quanto as regras.

Foi com a consagração de um Estado Democrático de Direito no Brasil e, por conseqüência, a adoção de uma constituição voltada para os direitos individuais e sociais, que os princípios ganharam ainda mais força, conforme corrobora Espíndola:

[...] o conceito de Constituição sofreu desenvolvimento respeitantes a sua função, estrutura e sentido no Direito Constitucional contemporâneo, que a trata como norma jurídica, com força normativa potencializada, para poder atender às tarefas jurídico-políticas do estado democrático de direito.¹²

As normas constitucionais, contempladas na Lei Maior, incidem sobre a organização e funcionamento do Estado e se subdividem em normas-princípios, ou apenas princípios, e em normas-disposição, denominadas de regras. Apesar de apresentarem o mesmo peso dentro do ordenamento jurídico, suas características são diferentes.

Conforme já exposto, enquanto as regras se limitam a descrever fatos hipotéticos e a regular as relações jurídicas, os princípios têm por função

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Lisboa, Coimbra, 1993, p.166.

¹¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

¹² *Idem*.

fundamentar o direito positivo e orientá-lo para que seja aplicado em conformidade com seus preceitos.¹³

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A Constituição da República de 1988 prevê no art. 5º, inciso LIV e LV, a aplicação efetiva dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no âmbito do processo administrativo, elencando-os à condição de direitos e garantias fundamentais¹⁴.

Conforme exposto anteriormente é de conhecimento que os princípios jurídicos são normas que buscam determinar condutas. E, ainda, são aplicados diante de lacunas normativas, tendo em vista sua carga axiológica. São, por isso, as principais diretrizes do ordenamento jurídico.

O processo administrativo se concretiza, de forma plena e justa, por meio de princípios constitucionais que permitem uma prestação processual administrativa idônea e preocupada com os direitos dos administrados. Estes princípios estão dispostos na Constituição Federal e em legislações esparsas, de forma explícita e implícita.

Logo, pela grande importância abordaremos com brevidade os princípios constitucionais do Direito Administrativo relacionados ao processo administrativo disciplinar. Os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, no entanto, serão os últimos a serem estudados, tendo em vista que diretamente ligados à Súmula Vinculante de nº 05, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que também será examinada no presente trabalho.

2.2.1 Princípio do Estado Democrático de Direito

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Lisboa, Coimbra, 1993, p.169.

¹⁴ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 89.

É importante explicar primeiramente o princípio do Estado Democrático de Direito por conta da sua importância para a compreensão dos demais princípios que serão em seguida abordados.

Anteriormente, durante a vigência do Estado de Polícia, não havia forma de controle sobre os atos do soberano, os quais eram praticados apenas em conformidade com seus interesses particulares. A partir da adoção do Estado de Direito, que foi uma reivindicação burguesa, os poderes dos governantes foram limitados. Passou-se a entender que estes deveriam agir de acordo com a lei, tendo em vista o ideal de justiça ao priorizar a vontade da coletividade.

Em 1988, a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 1º que a República Federativa do Brasil se caracteriza por ser um Estado Democrático de Direito, e no entendimento da autora Carmen Lucia Antunes Rocha a inclusão do termo “democrático” foi efetuada levando-se em consideração dois elementos essenciais: o reconhecimento dos direitos fundamentais do indivíduo e a sua participação democrática na elaboração e aplicação deste Direito.¹⁵

De acordo com Romeu Felipe Bacellar Filho o princípio do Estado Democrático “é um princípio norteador do poder político legítimo bem como o pressuposto para efetivação da participação popular.”¹⁶

Ainda, Marçal Justen Filho, em sua obra denominada Curso de Direito Administrativo, afirma que:

Em síntese, o princípio da democracia republicana permeia todas as atividades governamentais, alcançando cada manifestação de poder político, impondo ao governante o dever de adotar as decisões que satisfaçam do melhor modo possível os interesses coletivos, com o inafastável respeito aos direitos fundamentais. Mais do que isso, cada decisão tem de ser produzida de modo democrático [...].¹⁷

¹⁵ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1994, p. 75.

¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad. 1998, p. 127.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ªed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77.

A partir deste princípio verifica-se que as decisões administrativas somente se legitimam quando diante de atividade estatal eficiente e satisfatória, e quando houver observância do devido procedimento administrativo.¹⁸

Assim, entende-se que a noção de democracia está ligada à criação de mecanismos, que se encontram no ordenamento jurídico, com o intuito de impor limites à atuação do Estado. Este deve se pautar pelo interesse da sociedade, levando em consideração os direitos e garantias fundamentais.

No campo do processo administrativo disciplinar, a democracia se concretiza quando se assegura ao servidor uma decisão justa por meio das garantias constitucionais, evitando, com isso, uma possível atuação arbitrária por parte do Poder Público.

2.2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O escopo fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana é o reconhecimento da pessoa de modo a respeitar a sua integridade física e moral. Este princípio está previsto no art. 1º, inciso III da Carta Magna, e sintetiza os direitos fundamentais. Constitui um fundamento da República Federativa do Brasil e, por isso, deve prevalecer sobre os demais princípios.

Conforme entendimento de Marçal Justen Filho é a partir do princípio da dignidade da pessoa humana que se desenvolve todo o ordenamento jurídico. O ser humano seria o protagonista de toda a relação social, ficando o Estado responsável pela promoção de sua proteção e de seus valores fundamentais.¹⁹

A interpretação dos preceitos constitucionais e legais deve ser feita à luz do presente princípio e das normas constitucionais que proclamam e consagram direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana deve ser observada também no processo administrativo disciplinar, o qual é subordinado a vários princípios que

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ªed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77.

¹⁹ *Ibidem*, p. 67.

convergem para esse mesmo fim. Tem-se, como exemplo, o princípio do devido processo legal que busca viabilizar ao administrado um processo adequado e justo.

2.2.3 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade está previsto tanto no art. 37, caput da Constituição da República de 1988, e no art. 5º, inciso II, do mesmo texto verifica-se que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello é a partir do princípio da legalidade, responsável por configurar o regime jurídico-administrativo, que o princípio do Estado Democrático de Direito se concretiza e ganha identidade própria. Pois, com o advento do Estado de Direito, a Administração Pública passa a subordinar todos os seus atos à prévia e expressa previsão legal, devendo agir em conformidade com a lei e com o interesse público. Com isso, inviabiliza uma possível atuação autoritária e sem limites por parte dos governantes.²⁰

No campo do Direito Administrativo, o princípio da legalidade possui lógica diferente da aplicada às relações particulares. Enquanto nestas se aplica a idéia de que o que não é proibido é permitido, no âmbito da Administração Pública, ocorre o contrário, pois sua atuação está vinculada a uma lei prévia, podendo agir apenas no que lhe for permitida.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles corrobora que “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.²¹ Evidencia-se assim que o administrador público está submetido a todos os ditames da lei e do bem comum, não podendo se desviar sob o risco de praticar ato inválido e ainda ser responsabilizado disciplinar, civil e criminalmente.

²⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 99-106.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.82.

Conforme será comentado posteriormente, o Supremo Tribunal Federal²² cogitou a hipótese de, na ausência de precedentes acerca da importância da presença de advogado no processo administrativo disciplinar, editar súmula vinculante, haja vista tratar-se de situação excepcional. Esta seria uma hipótese ilustrativa de violação ao princípio da legalidade, pois, a Suprema Corte deve se subordinar aos requisitos contidos no art. 103-A²³, da Constituição Federal, para poder criar súmula.

2.2.4 Princípio da Impessoalidade

Verifica-se que a doutrina brasileira atribui várias interpretações ao princípio da impessoalidade. Para José Afonso da Silva “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário”.²⁴

Já no entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho a impessoalidade liga-se ao princípio da finalidade pública, pois, todo mandato, cargo, função ou emprego público possui natureza impessoal e tem por objetivo atender as necessidades da sociedade, em detrimento de interesses subjetivos que possam resultar em promoção pessoal, haja vista que não se detém o poder para si, mas o exerce em nome da coletividade.²⁵

²² Recurso Extraordinário nº 434.059/DF, 07.05.08, STF.

²³ Art. 103-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, dispõe que: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá seu efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua previsão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª ed. ver e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 667.

²⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 188.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello²⁶ o presente princípio está relacionado ao princípio da isonomia, pois a Administração deve tratar todos os administrados de forma igualitária, sem distinção que possa resultar em benefícios ou prejuízos.

Apesar de serem várias as interpretações acerca da impessoalidade, de acordo com Odete Medauar, em sua obra *Direito Administrativo Moderno*, todas convergem no:

[...] intuito essencial de impedir que fatores pessoais, subjetivos, sejam os verdadeiros móveis e fins das atividades administrativas [...]. Busca desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a idéia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais. Em situações que dizem respeito a interesses coletivos e difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se editem decisões movidas por preconceitos ou radicalismos de qualquer tipo.²⁷

Aplica-se o princípio da impessoalidade no Processo Administrativo Disciplinar de igual modo, principalmente no que se relaciona ao contraditório e a ampla defesa. Como mecanismo, existe um conjunto de regras e prazos a serem observados que viabilizam o controle do objetivo exercício da competência disciplinar.²⁸

2.2.5 Princípio da Moralidade Administrativa

O princípio da moralidade, expressamente previsto no art. 37, caput da Constituição Federal, é um dos princípios da Administração Pública e informador de toda atividade administrativa a qual deve se pautar pela ética. Hely Lopes Meirelles, fundamentando-se nos estudos realizados por Maurice Hariou, alega que:

²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114.

²⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. p. 125.

²⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.190.

[...] o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta.²⁹

Ainda, a partir da obra de Meirelles, depreende-se que o princípio da moralidade não se vincula à idéia de moralidade comum, que se impõe ao homem para sua conduta externa, mas sim administrativa, a qual é “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração” que se sobrepõe ao agente público quanto a sua conduta interna, pois este deve agir de acordo com a finalidade de sua ação, que é o bem comum.³⁰

Não é suficiente, portanto, que o agente público atue dentro dos limites da lei, pois esta nem sempre se coaduna com a moralidade, tendo em vista que pode praticar atos previstos em lei, mas com finalidade subjetiva, na intenção de beneficiar a si próprio ou a terceiros, violando, assim, o princípio da moralidade. Odete Medauar corrobora essa idéia ao exemplificar que:

A percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual [...], num período de agravamento de problemas sociais, configura imoralidade efetuar gastos com aquisição de automóveis de luxo para “servir” autoridades, mesmo que tal aquisição se revista de legalidade.³¹

Para condutas que atentem contra o princípio em comento, dá-se o nome de improbidade administrativa e sua sanção, prevista constitucionalmente no art. 37, §4º, pode culminar em suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário.

No campo da processualidade administrativa disciplinar, o autor Romeu Felipe Bacellar Filho leciona que o princípio da moralidade incide sobre a segurança jurídica e a certeza, viabilizadas pela Administração Pública ao servidor público por meio da garantia de lealdade e de boa-fé. Estas são consideradas os princípios interligados ao da moralidade e que resultam em diretrizes para se definir o

²⁹ HAURIUO, Maurice apud MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 89.

³⁰ *Idem*

³¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 127.

comportamento administrativo, como a limitação das provas, a fixação de prazos e condenações processuais.³²

2.2.6 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade tem por fundamento o Estado Democrático de Direito e a República Federativa do Brasil. O agente público tem o dever de exercer a atividade administrativa nos limites da legalidade, da finalidade pública, da impessoalidade, da moralidade e sua efetividade decorre de um exercício aberto e transparente para que todos tenham ciência e controle sobre a Administração Pública. Por isso, todo o ato administrativo só passa a ter eficácia a partir do momento de sua publicação. Nesse entendimento, Egon Bockmann Moreira afirma que:

A atividade do agente público deve sempre ser realizada no interesse da coletividade, cumprindo determinações legais previamente fixadas. A consequência é óbvia: não existem assuntos internos ou reservados à intimidade da Administração. Nem tampouco podem existir dados públicos cujo acesso seja exclusivo de determinadas pessoas. A regra é a da ampla transparência, clara e franca, de todos os aspectos da conduta administrativa estatal.³³

Rafael Munhoz de Mello assevera que a mesma publicidade deve ser aplicada nos atos processuais, corroborada pelas previsões existentes na Lei n. 9.784/1999 a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, impedindo-se, com isso, processos secretos. O sigilo somente prevalecerá nos casos em que se busque preservar a intimidade ou o interesse social (art. 5º, LX, CF)³⁴ contra terceiros estranhos ao processo.

No entanto, ao se tratar das partes da relação processual, estas têm o direito ao livre acesso ao processo, pois, “a garantia da ampla defesa e do contraditório não

³² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 195-197.

³³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 135.

³⁴ Inciso LX, do art. 5º da Constituição Federal: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o permitirem.

admite que o acesso a determinados elementos constantes dos autos seja vedado às partes que sofrerão os efeitos do ato a ser editado”.³⁵

É imprescindível que no âmbito administrativo, salvo as exceções previstas na Constituição Federal, as partes devem ter ciência de todos os atos processuais para que possam manifestar-se tempestivamente, assim como, para garantir a idoneidade do processo.

2.2.7 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência passou a ser expressamente previsto no texto constitucional, como princípio da Administração Pública, a partir da reforma administrativa que resultou na Emenda Constitucional n. 19, de 1998. Este princípio, ainda, está consolidado na Lei n. 9784/99. Odete Medauar resume que “a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população.”³⁶

Todavia, para a aplicação efetiva do presente princípio, o autor Romeu Felipe Bacellar Filho salienta a importância de submetê-lo ao crivo constitucional, devendo ser interpretado em conformidade com a Constituição para se evitar possíveis arbitrariedades, assim como, a necessidade de se realizar a sua ponderação diante dos demais princípios constitucionais, tendo em vista que estes não podem ser violados em nome daquele.³⁷

Existem dispositivos dentro do ordenamento jurídico que reforçam o princípio da eficiência e que prevêm a qualificação dos servidores públicos para que desempenhem suas atividades em conformidade com os cargos ocupados. Por isso,

³⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 233.

³⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 129.

³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 216.

não há justificativa para uma atuação deficiente, podendo resultar em sanções. Ainda, de acordo com Bacellar Filho:

A responsabilização do servidor pelo desempenho ineficiente é um ponto forte da emenda constitucional. Além da apuração e aplicação das sanções disciplinares relacionadas com os deveres e proibições funcionais, o processo administrativo disciplinar passa a ser o molde formal de atuação da Administração Pública na avaliação de desempenho do servidor.³⁸

No âmbito do processo administrativo, a eficiência está ligada a celeridade, a economia, a simplicidade e a efetividade processual, seja por parte da administração, seja pelas partes envolvidas no intuito de proporcionar ao processo uma duração razoável. Num processo, por exemplo, deve-se atentar para o cumprimento dos prazos, a qual resultará por consequência numa economia processual e na efetividade do fim almejado. No entanto, esta otimização processual do processo não pode se sobrepor indiscriminadamente ao princípio do devido processo legal, deve haver um sopesamento, para tal.

2.2.8 Princípio do Juiz Natural

O princípio do juiz natural tem origem na Revolução Francesa e está elencado nos incisos XXXVII e LIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, na seguinte forma: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente”, respectivamente.

É uma garantia processual, elevada ao nível de direito fundamental, com a finalidade de proteger os indivíduos em face do poder estatal, sendo, portanto, uma forma de limitação. Determina que o Estado, em conformidade com a Constituição Federal, deve criar lei prévia que institua a competência do juízo para a resolução de conflitos e, não a partir do caso concreto. Tem-se isto, ainda, para garantir a imparcialidade do juiz, considerada característica inerente a sua função, cujo fim é julgar de forma justa sem levar em consideração motivos pessoais.

A inobservância ao princípio do juiz natural importa em invalidade do processo desde o seu início.

³⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 219.

2.2.9 Princípio da Presunção de Inocência

O presente princípio também faz parte do rol de direitos e garantias fundamentais e decorre do princípio da ampla defesa, tendo em vista sua previsão no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição de 1988. Prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” podendo ser aplicado tanto na esfera penal quanto na administrativa.

Na acepção de Rafael Munhoz de Mello:

A presunção de inocência exige que a sanção seja imposta apenas ao final do processo instaurado para investigar a prática do ilícito, ocasião em que o particular deixa de ser apenas acusado e passa a ser considerado culpado, podendo, então, sofrer os efeitos negativos da medida sancionadora [...]. Tratando-se de ilícito administrativo, a imposição de sanção somente poderá ocorrer após o encerramento do processo administrativo, com a prolação de decisão da qual não recorra o acusado ou já não caiba recurso administrativo algum.³⁹

Ainda em consonância com o autor supracitado, impor uma sanção a alguém sem, no entanto, ter a certeza de sua culpabilidade, é medida que viola o princípio da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, pois “a razão de ser do processo é permitir que o particular exerça sua defesa com os meios e recursos a ela inerentes, conforme dispõe o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal”.⁴⁰

Somente é possível impor antes da conclusão do processo medidas cautelares e preventivas quando há perigo de dano a interesse público.

2.2.10 Princípio do Devido Processo Legal

³⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 245.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 246.

O *due process of law* teve origem no ano de 1215, na Inglaterra, com a Magna Carta, na época do rei João Sem Terra, como forma de limitação do poder estatal. Foi uma conquista dos nobres que garantia a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à propriedade com a observância da *law of the land*. Foi adotado também pelos Estados Unidos da América com a edição do *Bill of Rights*, em 1791.

No Brasil, o princípio do devido processo legal se restringia aos processos penal e civil, mas, diante de sua relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 o inseriu no rol de direitos e garantias fundamentais, aplicando-o também ao processo administrativo.

Prevê no inciso LIV, do art. 5º, do texto constitucional, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este dispositivo se apresenta de forma genérica por não limitar o seu âmbito de atuação, mas, como garantia constitucional deve ser interpretada de maneira extensiva, incidindo, portanto, no campo do processo administrativo. Além disso, o inciso LV, do referido artigo, de forma clara equipara o processo administrativo ao processo judicial ao dispor que “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”.⁴¹

O princípio em comento se caracteriza por possuir duplo conteúdo. A autora Lúcia Valle Figueiredo leciona que o primeiro seria o conteúdo formal, ou *procedural due process*, em que o devido processo legal estaria ligado à parte processual do processo. Assim sendo, sua finalidade seria permitir um processo justo, em que as partes tenham acesso integral aos atos processuais para viabilizar uma defesa ampla e adequada, atentando-se, com isso, aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência.⁴² Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que o devido processo legal é:

[...] exigência de um *processo formal regular* para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, *antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito*, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de ampla defesa, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a

⁴¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 168.

⁴² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 424.

Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais.⁴³

O segundo conteúdo do devido processo legal é o material, também denominado de *substantive due process*, em que se considera fundamental a observância da lei para a consolidação do princípio. Figueiredo, nesse sentido, resume de forma clara que se deve atentar tanto para a aplicação da lei, quanto para a elaboração da lei.⁴⁴ Diante disso, a preocupação quanto à aplicação do devido processo legal não está somente no procedimento processual, mas sim, na própria lei, a qual deve estar em conformidade com o princípio em questão.

A doutrina entende, ainda, que o princípio do devido processo legal é o precursor de outros princípios, como por exemplo, o da ampla defesa e do contraditório, pois, a concretização daquele depende da efetivação destes.

2.2.11 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório, previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, antes limitado ao processo judicial, foi estendido ao processo administrativo. Deriva do devido processo legal e é considerado garantia fundamental das partes e da jurisdição. Este princípio, de acordo com a doutrina, traduz a importância do direito de participação das partes, conjuntamente com o juiz, no *iter* processual, podendo, com isso, influenciar na decisão final. Para Ada Pellegrini Grinover:

[...] se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz; do outro lado, essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.⁴⁵

⁴³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 115.

⁴⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 424.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 02.

O princípio em comento estrutura-se na lógica da bilateralidade processual em que se exige a participação de pelo menos dois sujeitos. Neste caso, comum em várias modalidades de processo administrativo, a Administração Pública além de atuar no pólo processual, é competente para proferir a decisão no processo. Todavia, esta deve se colocar em posição de igualdade em relação à outra parte, pois, não se pode confundir o seu papel de julgadora com o de sujeito da relação processual. Desse modo, ao possibilitar as mesmas oportunidades, busca-se evitar possíveis disparidades entre as partes no processo.⁴⁶

Pellegrini Grinover, nesse sentido, afirma que o contraditório se identifica com a *par condicio*, na qual se deve viabilizar, às partes da relação processual, uma igualdade de armas, observando sempre as características e desigualdades de cada sujeito.⁴⁷ No caso do processo administrativo disciplinar, fica evidente a hipossuficiência do servidor diante da administração pública, a qual detém conhecimento técnico e poder econômico. E para garantir um processo que esteja de acordo com os preceitos legais, é de extrema importância propiciar ao hipossuficiente meios para atuar no processo de forma igualitária a outra parte, ou seja, em paridade de armas.

A finalidade do contraditório, portanto, é dar equilíbrio às partes da relação jurídica processual e, para tal, é necessário possibilitar a informação e a possibilidade de reação. Para isso, devem ser intimadas sobre todos os atos do processo. Por isso, Odete Medauar afirma que:

Elemento ínsito à caracterização da processualidade, o *contraditório* propicia ao sujeito a ciência de dados, fatos, argumentos, documentos, a cujo teor ou interpretação pode reagir, apresentando, por seu lado, outros dados, fatos, argumentos, documentos. A garantia do contraditório para si próprio corresponde o ônus do contraditório, pois o sujeito deve aceitar a atuação no processo de outros sujeitos interessados, com idênticos direitos.⁴⁸

⁴⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 211-212.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 06-07.

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 168.

Ainda, para Medauar o contraditório se efetiva por meio da aplicação de determinados parâmetros que seriam a informação geral, em que as partes têm o direito de conhecer todos os atos administrativos e documentos que estejam relacionados ao processo para viabilizar uma ampla defesa; a oitiva dos sujeitos acerca dos atos ou documentos juntados aos autos; e a motivação que deve ser aplicada a todos os atos administrativos com o intuito de esclarecer as partes qual a fundamentação utilizada pela autoridade julgadora.⁴⁹

Ainda, para um contraditório efetivo, a obrigatoriedade da publicidade dos atos num processo não se limita a disponibilizar o acesso de informações aos interessados. Busca-se uma aplicação mais abrangente por também levar-se em consideração o dever de intimá-los e o posterior dever de análise de suas manifestações por órgão competente. Para tal, as intimações devem ser claras e específicas, concedendo prazos adequados às exigências administrativas.⁵⁰

Além disso, Egon Bockmann Moreira ensina que:

[...] o princípio do contraditório não trata apenas do "direito à prova", mas é garantia de participação processual como pressuposto de validade de toda a atividade instrutória. Participação, essa, compreendida em sentido amplíssimo. Ou seja: a integralidade das manifestações processuais (verbais e escritas) oferecidas pelas partes integra o exercício do contraditório – quanto à possibilidade de sua apresentação, dever de intimação da parte adversa e necessidade de serem integralmente apreciadas.⁵¹

A noção de contraditório, para a doutrina, deixou de se limitar à ciência dos atos processuais, para também se importar com a discussão acerca do processo e a sua conseqüente decisão. Tem-se isto, por conta da interligação do contraditório à ampla defesa, pois, é a partir de um contraditório eficaz que se pode viabilizar uma defesa adequada e ampla. Nesse aspecto, Ada Pellegrini Grinover diz que:

Em um determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos – a informação e a possibilidade de reação – não há como negar que o conhecimento, insito no contraditório, é pressuposto para o exercício da

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 169.

⁵⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p.312.

⁵¹ *Ibidem*, p. 321.

ampla defesa. Mas, de outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste.⁵²

2.2.12 Princípio da Ampla Defesa

Assim como o contraditório, a ampla defesa está elencada no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, como garantia fundamental em que se afiança o seguinte: “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”.

São garantias do devido processo legal e tem por finalidade permitir que o litigante possa esgotar os meios de defesa a partir do emprego da ampla defesa na criação, interpretação e aplicação da lei.

O princípio da ampla defesa advém do Direito Natural e foi positivado no direito inglês com a Magna Carta de 1215. No Brasil, as Constituições asseguravam a ampla defesa aos “acusados”, limitando seu âmbito de atuação à esfera criminal. Foi com o trabalho da jurisprudência que se pode estender o presente princípio ao campo administrativo.⁵³ Possibilita mais que um direito ao processo, mas, direito a um processo justo. Romeu Felipe Bacellar Filho nesse entendimento afirma que:

A Constituição não assegura somente processo administrativo, mas processo administrativo com contraditório e ampla defesa aliado aos meios e recursos a ela inerentes. É imprescindível a presença da possibilidade efetiva de cumprir todas as atividades processuais tecnicamente idôneas para fazer valer o direito, aliada à obtenção do provimento adequado ao pedido.⁵⁴

Para que a administração pública possa aplicar uma sanção administrativa, é mister, primeiramente, promover um processo administrativo com *iter* processual que atenda o contraditório. Assim o acusado poderá exercer a sua defesa de

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 4-5.

⁵³ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.63.

⁵⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 66

maneira adequada e exaustiva para viabilizar uma decisão justa e evitar, por conseqüência, a violação de um bem jurídico tutelado pelo direito.

Antes, “os meios e recursos” da ampla defesa eram definidos por lei, o que se considerou prejudicial diante de uma hipótese de lacuna normativa. Por isso, houve supressão do termo “definidos em lei” para garantir o seu caráter amplo e sua efetividade. Dentre os autores, os desdobramentos da ampla defesa no processo administrativo variam. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, por exemplo, inclui o direito das partes serem ouvidas, de apresentarem razões e provas, e de contestar.⁵⁵

Outra questão importante acerca da ampla defesa se dá quanto ao direito de defesa pessoal ou técnica. A primeira se caracteriza pela possibilidade do sujeito pessoalmente realizar as providências necessárias para a sua defesa e o bom andamento do processo, em que se inclui o direito de presença com a faculdade de assistir a produção de provas e contestá-las; e de audiência, podendo expressar-se. Já a segunda hipótese de defesa ocorre por meio de procurador.⁵⁶

É comum no âmbito administrativo a parte se utilizar de defesa pessoal, no entanto, em processo disciplinar, isto é discutível. Ainda mais, diante da edição da Súmula Vinculante nº 05, pelo Supremo Tribunal Federal, em que prevê: “A falta de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Apesar do entendimento do STF ser este, Odete Medauar crê ser obrigatória a utilização de defesa técnica quando se tratar de processo disciplinar que possa resultar em pena grave.⁵⁷ Para José Cretella Neto, a ampla defesa deve ser entendida como defesa técnica, que somente pode ser apresentada em juízo por aquele que detém capacidade postulatória, ou seja, por advogado inscrito na Ordem dos Advogados.⁵⁸

⁵⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 289.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 117-118.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 118.

⁵⁸ CRETILLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.69.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

3.1 CONCEITO

O processo administrativo disciplinar é uma especialidade de processo administrativo e trata do conflito entre a Administração e o servidor quando aquela visa aplicar sanção a este, dentre outras, a de demissão, a partir da prática de conduta ilegal inerente às suas atribuições.

A Lei Maior, nesse sentido, prevê de forma expressa no inciso LV do art. 5º o direito à ampla defesa e ao contraditório aos litigantes ou acusados no processo administrativo e judicial. Isto com o fim de garantir um processo com mecanismos pré-estabelecidos que viabilizem a “paridade de armas” entre as partes, diante da hipossuficiência do servidor, e possibilitar, ao final, uma decisão pautada na verdade e na justiça.

Hely Lopes Meirelles conceitua que o processo administrativo disciplinar “é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração”.⁵⁹ No mesmo sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho a partir da Lei nº 8112/90, que trata do Regime Jurídico Único dos Servidores da União, descreve que:

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 ou função em que se encontre investido. Com efeito, pelo exercício irregular de suas atividades funcionais, descumprimento dos deveres e inobservância às proibições, o servidor responde administrativa, penal e civilmente.⁶⁰

Tendo em vista a relevância do regime processual atinente à perda de cargo dos servidores públicos, o processo administrativo disciplinar foi incluído na Constituição Federal de 1934. Nesta época já se assegurava às partes o princípio da ampla defesa, pois se vislumbrava a sua importância dentro do processo.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.600.

⁶⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 79

Nas Constituições subseqüentes sustentou-se o mesmo conteúdo acerca do tema, por haver igual entendimento sobre o processo administrativo disciplinar cujo fim é assegurar ao servidor meios para lhe garantir um *iter* processual adequado e, por conseguinte, uma decisão justa. No entanto, foi a com a Constituição Federal de 1988 que o processo administrativo foi inserido no rol de direitos e garantias fundamentais e equiparado ao processo judicial.

Por conseqüência, o processo administrativo disciplinar passou a ter mesma importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com as mesmas garantias do processo judicial. É a partir desta Constituição que a Administração Pública ganhou destaque, pois, ganhou capítulo próprio para dispor sobre as diretrizes fundamentais acerca de sua atuação e, ainda, garantiu a competência para impor condutas e sanções às pessoas físicas ou jurídicas que atuem de maneira reprovável.

3.2 DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

O procedimento administrativo se caracteriza por ser um encadeamento de atos administrativos que resultam em um determinado fim. É por meio deste que a Administração Pública exerce a sua competência. Já o processo administrativo é considerado espécie do gênero procedimento, por também ser uma seqüência de atos destinados a um fim. A diferença reside no fato de existir litígio entre as partes que atuam a partir de um contraditório.

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza pela sua finalidade de exercício de poder [...]. A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.⁶¹

⁶¹ CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 275.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles enquanto o processo é “o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo [...]”⁶²

São as partes em contraditório que garante ao processo seu status constitucional.

3.3 ISONOMIA DE TRATAMENTO ENTRE OS PROCESSOS, ADMINISTRATIVO, CÍVEL E PENAL

Inicialmente, o processo se restringia à função jurisdicional, pois, além de seu estudo ser voltado ao processo judicial, predominava, à época, uma concepção privatista do processo em que este era destinado apenas à tutela dos direitos subjetivos. Somava-se a isto o fato de ter sido estudado pouco os pontos comuns que existiam entre processo judicial e administrativo.⁶³

Havia entendimento, também, na doutrina administrativista de que o processo era exclusividade da prestação jurisdicional. Contudo, isto se justificava diante do histórico e da construção do processo como algo inerente à jurisdição, o que condicionou o pensamento dos administrativistas e, ainda, havia o fato de a atividade administrativa ser livre, tornando-se incompatível com a idéia de processo. Além disso, a preocupação da Administração Pública era voltada para a decisão, não se atendo ao *iter* processual.

Somente a partir da década de vinte é que se começa a pensar na utilização da processualidade nos demais poderes estatais.⁶⁴ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, em sua obra denominada “Introdução ao direito processual administrativo”, editada em 1971, leciona que a Jurisdição não se limita apenas ao âmbito judicial, sendo aplicável também ao campo administrativo, pois a

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.591.

⁶³ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 12-13.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 13-15.

Administração detém competência também para declarar o direito aplicável ao caso concreto e constituir relação jurídica entre os particulares.⁶⁵

De acordo com os estudos de Odete Medauar, dentre os precursores da idéia de um núcleo processual está Carnelutti, o qual afirma que o:

[...] “processo” serve para indicar um método para a formação ou para a aplicação do direito que tende a garantir um resultado bom, isto é, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa; em outro trecho afirma que existe um ato processual e um procedimento processual, assim como existe um ato e um procedimento civil, comercial, administrativo, constitucional e assim por diante.⁶⁶

Houve uma mudança de postura na doutrina que passou a ver a noção de processo não mais ligado ao direito subjetivo material, mas, sim, ao direito de ação que é instituto de direito processual cuja finalidade não é o bem litigioso, mas, a prestação jurisdicional.⁶⁷ Por isso, pode ser aplicado em todas as atividades estatais.

No entanto, foi a Constituição Federal de 1988 que positivou a idéia de isonomia entre o processo judicial e administrativo, ao reconhecer a aplicação do regime jurídico processual às atividades administrativas, com as mesmas garantias constitucionais aplicáveis ao processo judicial.⁶⁸

A Lei Maior prevê no inciso LV do art. 5º o seguinte: “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”. Com isso, o processo administrativo é equiparado ao judicial e, ainda, protegido por princípios previstos como garantias fundamentais.

Com a compreensão de que o processo é instrumento constitucional amplo utilizado para o exercício do poder presente em todas as atividades estatais, surge a idéia de uma processualidade comum aos processos judicial e administrativo, a qual

⁶⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Introdução ao direito processual administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 163-164.

⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco apud MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17.

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 15.

⁶⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. **A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n.39 jan./mar. 2010. Disponível em <http://editoraforum.com.br/bid/bidConteudoshow.aspx?idConteudo=65721> Acesso em: 08 de junho de 2010, p. 04.

pode ser extraída do texto constitucional.⁶⁹ Esse núcleo comum de processualidade, aplicável ao processo, e que independe do poder estatal que o utilize, é composto de garantias constitucionais. Romeu Felipe BACELLAR FILHO e Daniel HACHEM afirmam que:

O núcleo comum de processualidade possibilita a aproximação entre processo administrativo e judicial, para que aquele aproveite a construção doutrinária processual fixada na concepção do processo como garantia constitucional. Se o agir administrativo deve exercitar-se, em certos casos, nos moldes do processo, extrai-se a possibilidade da ampliação das garantias processuais para mais um quadrante do poder estatal: o administrativo.⁷⁰

Os autores acima mencionados asseveram, ainda, que a utilização de qualquer modalidade processual deve observar as garantias constitucionais processuais expressas. Dentre estas estão os princípios do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da razoável duração do processo e da presunção de inocência, que têm por finalidade proteger a dignidade do indivíduo, interessado no processo.⁷¹

Egon Moreira Bockmann, a partir de um mesmo entendimento leciona que os processos penal, civil, trabalhista e administrativo se subordinam aos seus respectivos regimes jurídicos, no entanto, a estes são aplicados princípios comuns a todas as disciplinas para viabilizar efetividade, identidade e autonomia.⁷²

A atual Constituição Federal orienta toda a atividade processual do Estado, devendo ser aplicado seus dispositivos fundamentais em sua integralidade. Contudo, além do núcleo comum ao processo, existe, ainda, um núcleo de processualidade diferenciado para cada esfera de atuação estatal, haja vista que cada ramo do direito material detém peculiaridades que lhe são inerentes.

⁶⁹ CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 276.

⁷⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. **A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n.39 jan./mar. 2010. Disponível em <http://editoraforum.com.br/bid/bidConteudoshow.aspx?idConteudo=65721> Acesso em: 08 de junho de 2010, p. 03.

⁷¹ *Ibidem*, p. 04.

⁷² MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43.

3.4 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DO SERVIDOR

A Constituição brasileira de 1998, ao inserir o processo administrativo no rol de garantias e direitos fundamentais, e dispor expressamente sobre a Administração Pública fixou as diretrizes fundamentais que devem ser seguidas. Ao tratar do processo no campo do Direito Administrativo, a Lei Maior além de adotar a idéia já existente na doutrina de processualidade aplicável em todos os poderes estatais, busca a concretização de princípios e normas constitucionais.⁷³

Ainda, sobre a inclusão do processo administrativo no inciso LV da Carta Magna, Odete Medauar entende que este se trata de um direito instrumental, “de garantia, porque se destina a tutelar direitos, porque representa meio para que sejam preservados, reconhecidos ou cumpridos direitos dos indivíduos na atuação administrativa”.⁷⁴

Por isso, analisando o processo a partir de seus princípios constitucionais, verifica-se que aquele tem por finalidade se apresentar como garantia constitucional do indivíduo, que no caso do processo administrativo disciplinar, é o servidor. Egon Bockmann Moreira expõe de forma clara que

[...] o processo não merece ser vislumbrado unicamente como “rito” ou “procedimento”. Ao serem utilizados tais termos, é imediata a conexão a idéias puramente formais. Através do processo administrativo não se pretende mera proteção a prazos, publicações, vistas, protocolos e demais perfis burocráticos da atividade estatal. O processo é instrumento de participação, proteção e garantia dos direitos individuais. Caso prestigiado, o cidadão terá convicção de que o ato administrativo é legítimo e perfeito.⁷⁵

Inclui-se, ainda, o fato de que não só no âmbito judicial, mas também no administrativo, o ato de decidir deve ser precedido por etapas pré-estabelecidas que garantam ao litigante a idoneidade da decisão. Odete Medauar, nesse sentido, leciona que:

⁷³ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 71-74.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 76-77.

⁷⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70.

A progressiva aproximação entre Administração e administrado, reflexo do menor distanciamento entre Estado e sociedade, levou à necessidade de tornar conhecidos os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão se faça ouvir. Por outro lado, o aumento da ingerência estatal teve como contrapartida o cuidado na fixação de parâmetros para a atividade administrativa, em especial a discricionária. Além do mais, despertou-se a atenção para o aspecto das garantias prévias a serem propiciadas aos cidadãos nas atuações administrativas, daí a tônica sobre os momentos que antecederam a edição dos atos administrativos.⁷⁶

⁷⁶ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 16.

4. RESTRIÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COM A EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 5, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Em 07 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 434.059, interposto contra acórdão da Terceira Seção do Supremo Tribunal de Justiça que concedeu mandado de segurança para anular a Portaria nº 7.249, de 14.07.2000, e reintegrar a servidora pública, impetrante, ao cargo que ocupava anteriormente. Por decisão, a Suprema Corte deu provimento ao referido recurso e, ainda, editou a Súmula Vinculante nº 5, a qual prevê que: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

É importante salientar que até a edição da súmula em comento, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça sobre o tema era o oposto. A Súmula nº 343, do STJ, publicada no dia 21 de setembro de 2007 previa que: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Como fundamento da decisão que originou a polêmica súmula, e a partir de análise da garantia da ampla defesa, o Supremo Tribunal Federal afirmou que o direito de defesa, expresso no texto constitucional e enfatizado pela doutrina não é apenas um direito de manifestação no processo, mas, assim como se processa também no direito alemão, é uma pretensão à tutela jurídica que corresponde ao direito de informação que obriga o órgão julgador a informar às partes de todos os atos praticados no processo e o seu conteúdo; ao direito de manifestação, que possibilita defender-se oralmente ou por escrito acerca dos elementos fáticos e jurídicos; e ao direito de ver seus argumentos considerados pelo julgador.

Nesse sentido, então, a Suprema Corte entende que para a concretização do direito à ampla defesa, e por consequência, do inciso LV, do art. 05, da Constituição Federal, basta garantir às partes o direito à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados. Desde que cumpridas essas premissas, a ausência de advogado constituído ou defensor dativo em processo administrativo, por si só, não implicaria em ofensa à Constituição e, por conseguinte, não resultaria em nulidade processual.⁷⁷

⁷⁷ LESSA, Sebastião José. **Direito administrativo disciplinar: Interpretado pelos tribunais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.112.

Ainda, José Sebastião Lessa afirma que a Corte Suprema levou em consideração os argumentos do então Advogado-Geral da União que chamou a atenção para o risco de servidores públicos demitidos voltarem aos seus respectivos cargos e, ainda, reclamarem salários referentes ao período em que ficaram afastados, o que seria um ônus para o Poder Público.⁷⁸

Para o presente trabalho, todavia, não será abordada uma possível motivação política que possa ter influenciado na edição da Súmula Vinculante nº 5. O objeto de estudo visa analisar se esta obedece aos requisitos previstos no texto constitucional. Contudo, já de antemão, na análise dos autores Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Hachem o enunciado é inconstitucional, pois, contém nulidades de ordem formal e material.⁷⁹

Inicialmente, no que diz respeito à forma, existem requisitos que estão previstos no art. 103-A⁸⁰ da Constituição Federal, que são condições para aprovação de súmula pelo Supremo Tribunal Federal e que, portanto, devem ser obedecidos.

Um dos requisitos determina a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, todavia, diante da dificuldade de se encontrar processos acerca do tema que contivessem repercussão geral e com pronunciamentos do Supremo, o Ministro Cesar Peluso quando da declaração de seu voto durante a Sessão Plenária, afirmou que “a existência de súmula do STJ justifica a edição de uma súmula vinculante em caráter excepcional”.⁸¹

Por sua vez, o Ministro Menezes Direito corroborou ao dizer que “diante de uma situação específica de súmula contrária de um Tribunal Superior, tenho a sensação de que poderíamos aprovar, sim, uma súmula com efeito vinculante,

⁷⁸ LESSA, Sebastião José. **Direito administrativo disciplinar: Interpretado pelos tribunais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.148.

⁷⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. **A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n.39 jan./mar. 2010. Disponível em <http://editoraforum.com.br/bid/bidConteudoshow.aspx?idConteudo=65721> Acesso em: 08 de junho de 2010, p. 05.

⁸⁰ A Constituição Federal de 1988, no art. 103-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, dispõe que: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá seu efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua previsão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

⁸¹ Recurso Extraordinário nº 434.059/DF, STF, 07.05.08, p. 760.

porque esse é o objetivo da segurança jurídica".⁸² Já o Ministro Marco Aurélio afirmou que a Corte não vivencia um regime de exceção⁸³, criticando uma possível decisão arbitrária.

Porém, a discussão foi encerrada diante dos acórdãos apresentados como fundamento, durante o julgamento do referido recurso. No entanto, de todos os precedentes apenas cinco julgados abordam a questão da imprescindibilidade da presença de advogado.

Os dois primeiros acórdãos são referentes às Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3168, de 08.06.2006, e nº 1.539, de 24.04.2003, em que trazem, respectivamente, as seguintes ementas

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. LEI 10.259/2001, ART. 10. DISPENSABILIDADE DE ADVOGADO NAS CAUSAS CÍVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA DE ADVOGADO NAS CAUSAS CRIMINAIS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI 9.099/1995. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. É constitucional o art. 10 da Lei 10.259/2001, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais. No que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Precedentes. Perante os juizados especiais federais, em processos de natureza cível, as partes podem comparecer pessoalmente em juízo ou designar representante, advogado ou não, desde que a causa não ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos (art. 3º da Lei 10.259/2001) e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/1995. Já quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público. Aplicação subsidiária do art. 68, III, da Lei 9.099/1995. Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. JUIZADO ESPECIAL. PRESENÇA DO ADVOGADO. IMPRESCINDIBILIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. LEI 9099/95. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE DA NORMA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. FACULDADE DA PARTE. CAUSA DE PEQUENO VALOR. DISPENSA DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE. 1. Juizado Especial. Lei 9099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados

⁸² Recurso Extraordinário nº 434.059/DF, STF, 07.05.08, p. 761.

⁸³ Recurso Extraordinário nº 434.059/DF, STF, 07.05.08, p. 768.

pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes. 2. Lei 9099/95. Fixação da competência dos juízos especiais civis tendo como parâmetro o valor dado à causa. Razoabilidade da lei, que possibilita o acesso do cidadão ao judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos. Ação julgada improcedente.

Estes julgados, apesar de abordarem a questão da defesa técnica, não estão a tratar de processo administrativo disciplinar, e sim, da Lei 9.099/95, reguladora dos Juizados Especiais e que se caracterizam por ações judiciais que versam sobre causas de menor complexidade ou de menor potencial ofensivo.

O autor Sebastião José Lessa diferencia que enquanto no processo cível a causa é de pequeno valor, no processo disciplinar, pode-se ter como pena a demissão do agente público, o que justifica a incidência de garantias fundamentais, como a ampla defesa.⁸⁴

O terceiro precedente é o Mandado de Segurança de nº 24.961, de 24.11.04

MS 24.961, 24.11.04, Min. Carlos Velloso, Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADOVOGADO. I. - 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: AI 207.197-AgR/PR, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 05.6.98; RE 244.027-AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, "DJ" de 28.6.2002. II. - Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Aplicação subsidiária do disposto no art. 236, CPC. Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial. III. - Mandado de Segurança indeferido.

Contudo, o referido mandado não poderia ser utilizado como fundamento, por não se tratar de processo administrativo, mas de procedimento administrativo, o qual se caracteriza por ser um encadeamento de atos pré-estabelecidos e destinados a um fim, enquanto aquele se difere por acrescer às suas características, contraditório e partes com interesses divergentes. Conforme já estudamos, são

⁸⁴ LESSA, Sebastião José. **Direito administrativo disciplinar: Interpretado pelos tribunais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.113.

figuras diferentes e que por conseqüência detêm tratamentos distintos, pois é o contraditório que justifica a incidência do princípio da ampla defesa.⁸⁵

Por último, tomaram como precedentes o Agravo Regimental de nº 207.197, de 24.03.98, e o Recurso Extraordinário de nº 244.027, de 28.05.2002

Ementa: 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.

Ementa: Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória.

Nestes últimos julgados, apesar de abordarem sobre a amplitude do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar, o que se constata é a discussão, pouco aprofundada, diante da existência de farta doutrina e jurisprudência, incluindo, ainda, a Súmula nº 343, do STJ, que tratava do aludido tema e tinha posicionamento contrário ao da súmula vinculante nº 5. No primeiro agravo, por exemplo, a fundamentação do voto elaborado pelo relator se limitou a cinco linhas, enquanto no segundo foi de quinze linhas.

Pelo exposto e de acordo com Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Hachem:

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 se encontra arrimado 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.⁸⁶

No que diz respeito aos requisitos, portanto, além da inexistência de reiteradas decisões acerca da matéria tratada na súmula, observa-se, ainda, o longo espaço temporal entre as datas em que foram proferidas as já mencionadas decisões, podendo-se concluir com isso que não havia relevante multiplicação de

⁸⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. **A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n.39 jan./mar. 2010. Disponível em <http://editoraforum.com.br/bid/bidConteudoshow.aspx?idConteudo=65721> Acesso em: 08 de junho de 2010, p. 06.

⁸⁶ *Idem*.

processos sobre questão idêntica ou insegurança jurídica que pudesse justificar a edição da Súmula Vinculante nº 5.

Após a análise dos vícios formais que atingem a constitucionalidade da súmula editada pela Corte Suprema, passaremos ao estudo dos vícios materiais, considerado mais importante para o desenvolvimento do presente trabalho.

Conforme já exposto o Supremo Tribunal Federal entendeu que o princípio da ampla defesa se limita a garantir ao indivíduo o direito à informação, à manifestação e consideração dos argumentos apresentados pela autoridade julgadora. A presença de advogado é considerada indispensável somente à função jurisdicional, justificável nos demais processos quando comprovada a inaptidão do acusado para realizar a autodefesa. Afirmou também que o contraditório é facultativo no processo civil e administrativo, ao contrário do que ocorre no processo penal que versa sobre direito indisponível.⁸⁷

Ainda, na compreensão do Ministro Carlos Britto o devido processo legal contido no inciso LV do art. 5º do texto constitucional não incorpora ao processo administrativo a obrigatoriedade de defesa técnica por advogado, pois, caso contrário, implicaria em “amplíssima defesa” ou “defesa transbordante”. Além disso, se houvesse entendimento contrário, resultaria em “assoberbamento” da defensoria pública.⁸⁸

O conceito de ampla defesa vai além do exposto na decisão do recurso, pela Suprema Corte, pois naquele se inclui também o direito das partes serem ouvidas, de produzir provas, de contestar⁸⁹, assim como, o direito à defesa técnica.⁹⁰

No que diz respeito à interpretação restritiva acerca da utilização obrigatória de defesa técnica apenas no âmbito judicial, Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Hachem entendem que

A construção de normas constitucionais, operada através da interpretação do texto da Constituição, deve ser empreendida de forma a maximizar a efetividade dos direitos fundamentais, e não com o intuito de limitar o seu

⁸⁷ Recurso Extraordinário nº 434.059/DF, STF, 07.05.08, p. 739-757.

⁸⁸ Recurso Extraordinário nº 434.059/DF, STF, 07.05.08, p. 751-752.

⁸⁹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 289.

⁹⁰ CRETILLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.69.

alcance. Da conjugação do art. 5º, LV, com o art. 133 da CF é possível deduzir que o advogado é indispensável à realização da justiça, aí compreendidas todas as situações que dependam de uma atuação técnica e especializada dos profissionais da advocacia para que sejam assegurados de forma efetiva os direitos fundamentais do cidadão, notadamente os direitos ao contraditório e à ampla defesa. E tais situações podem ocorrer tanto no exercício da função jurisdicional quanto da função administrativa, uma vez que não apenas o Estado-Juiz, como também o Estado-Administrador pode praticar ingerências na esfera jurídica do cidadão, sendo exigível em tais casos a observância do contraditório e da ampla defesa.⁹¹

Quanto à alegação de cabimento de defesa técnica, possível apenas diante de casos complexos, somente o advogado é capaz de fazer tal avaliação e escolher, dentre inúmeras opções, quais argumentos serão utilizados para a defesa “do contrário, o acusado terá apenas uma defesa, mas não uma ampla defesa, tal qual assegurada pelo texto constitucional”.⁹²

Ademais, o Supremo Tribunal Federal não define quais são os processos administrativos considerados complexos, motivo “suficiente para demonstrar a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5, pois o genérico enunciado estará admitindo em tais casos, sem qualquer constrangimento, a violação do art. 5, LV da CF, que alberga o direito fundamental à ampla defesa nos processos administrativos”.⁹³

Em relação à afirmação de que a defesa técnica é necessária no direito penal por se tratar de direito indisponível, verifica-se que o processo judicial e administrativo por serem equiparados, no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, conforme já foi estudado, possuem em comum um núcleo de processualidade dotado de garantias constitucionais indisponíveis, dentre as quais, encontra-se a ampla defesa, a qual comporta a defesa técnica. Ainda, o processo administrativo disciplinar também é de caráter sancionatório.

Por isso, afirmar que no processo penal a presença de advogado é imprescindível enquanto no processo administrativo é facultativo, é no mínimo, contraditório. O tratamento jurídico dispensado a ambos deve ser o mesmo.

⁹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. **A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n.39 jan./mar. 2010. Disponível em <http://editoraforum.com.br/bid/bidConteudoshow.aspx?idConteudo=65721> Acesso em: 08 de junho de 2010, p. 08.

⁹² *Idem*.

⁹³ *Idem*.

Importante ressaltar ainda que

No processo administrativo disciplinar, a honra e a imagem do servidor sempre serão colocadas em xeque, além de outros bens jurídicos, tal como o trabalho, cujo valor social constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, VI da CF)⁹⁴. Todos esses valores são albergados na Constituição Federal como direitos fundamentais [...], traduzindo, portanto, direitos indisponíveis.⁹⁵

⁹⁴ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

⁹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. **A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n.39 jan./mar. 2010. Disponível em <http://editoraforum.com.br/bid/bidConteudoshow.aspx?idConteudo=65721> Acesso em: 08 de junho de 2010, p. 15.

5. NECESSIDADE DE DEFESA TÉCNICA

O art. 133 da Constituição Cidadã, prevê que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

No posicionamento de Odete Medauar, a defesa técnica é “realizada pelo representante legal do interessado, o advogado” e quando se tratar de processo administrativo disciplinar afirma que existe a “necessidade de defesa técnica, cabendo ao poder público a indicação de defensor dativo, quando o servidor estiver desassistido ou se verificar a revelia”.⁹⁶

Sebastião José Lessa sustenta a “relevância do advogado na representação do servidor acusado para que, ao menos em tese, haja igualdade na relação jurídica estabelecida para fins de apuração de ilícito administrativo [...]”.⁹⁷ Para este autor, a edição da Súmula nº 343⁹⁸, pelo Supremo Tribunal de Justiça, hoje revogada pela Súmula Vinculante nº 05, do STF, foi considerada uma evolução jurisprudencial.

Para Ada Pellegrini Grinover a defesa técnica é “sem dúvida, indisponível, na medida em que, mais do que garantia do acusado, é garantia da paridade de armas indispensável à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz”.⁹⁹

José Cretella Neto neste mesmo entendimento afirma que

A ampla defesa, embora facultativa, deve ser entendida como a defesa técnica, isto é, apresentada em juízo por quem tenha capacidade postulatória que, no Brasil, salvo raríssimas exceções, é privativa de advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Representa um dos denominados direitos individuais enumerados nos incisos do art. 5º da Constituição Federal [...].¹⁰⁰

⁹⁶ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 118.

⁹⁷ LESSA, Sebastião José. **Direito administrativo disciplinar: Interpretado pelos tribunais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 108.

⁹⁸ Súmula nº 343, STJ: É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 09.

¹⁰⁰ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 69.

Na esfera administrativa disciplinar não se pode inferir que todos os servidores, acusados de ilícito administrativo, detenham conhecimento jurídico para formular uma defesa adequada. Seria uma forma de generalização que não se coaduna com o princípio constitucional da igualdade jurídica, previsto no caput do art. 5º da Carta Magna.¹⁰¹ Ressaltando-se aqui a igualdade material que busca tratar os desiguais na medida de sua desigualdade.

Por isso, conforme já foi exposto, há a necessidade de uma interpretação extensiva da lei para que o Estado possa realizar a sua atividade fim que é atender os interesses do cidadão, protegendo os seus direitos e viabilizando suas garantias.

A defesa técnica é um desdobramento da ampla defesa, e esta é uma garantia constitucional do servidor. Somente o profissional de direito pode fundamentar adequadamente a defesa, por deter o conhecimento técnico e, por conseguinte propiciar as manifestações apropriadas, até mesmo para viabilizar ao julgador subsídios para proferir decisão justa.

¹⁰¹ Art. 5º, CF - 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 a propriedade [...].

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou estudar o processo administrativo disciplinar sob o viés principiológico com o intuito de demonstrar que deve receber o mesmo tratamento dispensado ao processo judicial. Pois, conforme se depreende da Constituição Federal, aquele foi inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, sendo-lhe assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Este entendimento do constituinte não foi gratuito, pois, buscou-se com isso reconhecer que o processo, independentemente do bem jurídico tutelado, é direito instrumental que possibilita uma atuação estatal voltada à sociedade. Assim como, visa a proteção do indivíduo, muitas vezes hipossuficiente, diante de um Estado que detém poder e conhecimento técnico.

O processo permite que o Estado deixe a passividade para garantir a ordem na sociedade e, ainda, garantir ao indivíduo, parte no processo, de que esta atuação estará subordinada a determinadas regras. Isto para preservar os direitos dos interessados no processo. Por isso, compreende-se que o processo é meio, cujo fim é viabilizar um *iter* processual com requisitos pré-determinados, previsível, que demonstre ao final uma decisão idônea.

Pelo exposto, o processo, enquanto analisado em sentido amplo, é aplicável a todas as esferas de poder. Abrange um núcleo comum de processualidade que é composto por princípios constitucionais cujos efeitos incidem no processo judicial e administrativo.

O inciso LX, do art. 5º da Carta magna, pôs fim a qualquer dúvida que ainda pairasse acerca da importância da figura do processo administrativo. Prevê claramente que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa são tão importantes para o processo judicial quanto para o administrativo. Por isso, foi elevado ao rol de garantias e direitos fundamentais.

E quando se fala em ampla defesa, entende-se que o mesmo vigor aplicado ao processo penal deve se estender ao processo administrativo, pois, independentemente do bem jurídico tutelado, está prevista no texto constitucional, a qual é a lei máxima do nosso ordenamento jurídico brasileiro.

O mesmo deve ocorrer com a defesa técnica por advir da ampla defesa. Somente o profissional capacitado poderá elaborá-la de maneira condizente. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em entendimento contrário, editou a Súmula Vinculante de nº 05, e anulou a Súmula nº 343, do Supremo Tribunal de Justiça, ao afirmar que a falta de defesa técnica em processo administrativo disciplinar, realizada por advogado, não contraria a Constituição.

A Suprema Corte adotou uma interpretação restritiva acerca da aplicação do inciso LV, do art. 5º da Constituição, o que é equívoco, quando se trata de matéria constitucional ligada aos direitos e garantias dos cidadãos. Na dúvida, deve-se adotar aquela que mais beneficia. Assim funciona no processo penal, com o princípio "*in dubio pro reo*", ou ainda, no processo do trabalho com o "*in dubio pro operarium*". Por isso, não poderia ser diferente quando se trata da matéria mais importante para o ordenamento jurídico, por ser esta, a base da legislação infraconstitucional.

Os requisitos formais para possibilitar a aprovação de súmula vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, são elencados no art. 103-A da Constituição Federal. Ficou demonstrada a desobediência ao requisito que determina a existência de reiteradas decisões acerca da matéria constitucional. Dentre todas as apresentadas, apenas duas de fato abordavam a temática em discussão, o que é um número inexpressivo.

Ainda, observa-se que as datas em que foram proferidas são distantes uma da outra; e que o entendimento, até a manifestação do STF, era pacificado pela Súmula nº 343, do STJ. O que demonstra a inexistência de risco de multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Quanto à materialidade, é flagrante o desrespeito com os princípios elencados na Constituição Federal. Celso Antonio Bandeira de Mello, nesse sentido entende que

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹⁰²

¹⁰² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53.

Com o mesmo pensamento, o nobre professor Romeu Felipe Bacellar Filho afirma que “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 os princípios constitucionais.”¹⁰³

Houve violação aos princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, quando da edição da polêmica súmula vinculante.

No primeiro princípio mencionado, foram contrariados os requisitos formais e materiais, impostos pela lei para limitar a atuação do poder estatal e evitar uma possível arbitrariedade por parte da autoridade.

O princípio da dignidade da pessoa humana ficou comprometido quando o Estado passou a permitir intervenção na esfera jurídica do servidor, sem garantir-lhe todos os meios e recursos como forma de proteção. Não se importando com as garantias processuais do servidor, ou com o bem jurídico que está em jogo. No caso do processo administrativo disciplinar, por exemplo, compromete-se a honra, o direito ao trabalho, que são considerados direitos fundamentais.

O princípio do devido processo legal somente se efetiva quando disponibilizado ao servidor um processo justo, e isto só é possível por meio de mecanismos já estabelecidos e garantidos às partes. Ao considerar a defesa técnica de advogado dispensável no processo administrativo, deixou-se de garantir à parte um processo adequado e por conseqüência, justo.

Grande parte dos servidores desconhece a matéria de direito. Esta é complexa e somente aquele que a estudou em profundidade está apto a manuseá-la. Possibilitar que o acusado ou litigante realize a autodefesa é o mesmo que solicitar ao paciente, diante de um possível quadro de gripe, que se automedique.

O contraditório se caracteriza em possibilitar que as partes, a partir da ciência de todos os atos processuais, possam se contraditar. No entanto, se a parte não souber como se “joga o jogo”, ou ainda, qual linha de defesa adotar, fica comprometida esta garantia.

No caso da ampla defesa, constata-se que nela se inclui a defesa técnica. Os argumentos utilizados pela Suprema Corte de que poderia assoberbar a

¹⁰³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 27.

defensoria pública ou de que seria uma defesa transbordante, diante da autodefesa, são frágeis e sem fundamento. Pois, a defensoria pública foi criada para apoiar aqueles que não conseguem acessar o Judiciário, sem prejuízo do sustento próprio.

É fato, que existem servidores cujos salários são baixos e que têm o direito à assistência judiciária gratuita. Cabe ao Estado suprir essa demanda e não ao Poder Judiciário escolher quem poderá acessá-la, muito menos limitar a amplitude da defesa apresentada. A Constituição Federal fala de ampla defesa que quer dizer defesa em sua plenitude.

Uma defesa ampla permitirá ao juiz subsídios suficientes para proferir sua decisão. Deve-se propiciar à parte todas as garantias e recursos para demonstrar a verdade, pois, esse é o papel do Estado: proteger os indivíduos, evitando ao máximo atingir direitos fundamentais que acarretarão em severos prejuízos.

Por isso, conclui-se inconstitucional a Súmula Vinculante nº 05 editada pelo Supremo Tribunal Federal.

7. BIBLIOGRAFIA

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. **A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n.39 jan./mar. 2010. Disponível em <http://editoraforum.com.br/bid/bidConteudoshow.aspx?idConteudo=65721> Acesso em: 08 de junho de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Lisboa, Coimbra. 1993.

CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Introdução ao direito processual administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **O princípio constitucional da moralidade administrativa.** 2ª ed. Curitiba: Genesis, 1955.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAU, Eros. **Ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LESSA, Sebastião José. **Direito administrativo disciplinar: Interpretado pelos tribunais.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Do processo administrativo disciplinar e da sindicância: Doutrina, jurisprudência e prática.** 4ª ed. rev. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Direito administrativo moderno**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.