



A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5

THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF BINDING PRECEDENT NO. 5

Daniel Henrique Rennó Kisteumacher

Mestrando e graduado em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). E-mail: danrenno@hotmail.com. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5506657998139317>.

Resumo

No âmbito específico do processo administrativo disciplinar, a presença do advogado como pressuposto de um processo legítimo foi sedimentado pelo STJ como obrigatória, pois o princípio da ampla defesa no processo administrativo se materializa em efetivamente fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo. Porém, em sentido totalmente contrário, o STF publicou no DJE de 16/05/2008, sua Súmula Vinculante nº. 05, a qual dispôs que *a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*. Assim, a fim de analisar os motivos e repercussões constitucionais deste posicionamento sumulado, principalmente a importância do advogado dentro de um pretense Estado Democrático, buscar-se-á discutir, dentro da racionalidade

de pós-moderna, os fundamentos que permeiam os posicionamentos de nosso Tribunal Constitucional.

Palavras-chave: Advogado. Processo administrativo disciplinar. Súmula vinculante.

Abstract

Specifically within the administrative disciplinary proceedings, the presence of counsel as a precondition for a legitimate process was settled by the STJ as obligatory, because the principle of legal defense in administrative proceedings is embodied in effectively be represented by an attorney legally established since the introduction of process. However, in the sense quite contrary, the Supreme Court published in the 16/05/2008, its Binding Precedent-No. 05, which ordered that the lack of technical defense by a lawyer in administrative disciplinary proceedings does not offend the Constitution. Thus, in order to analyze the reasons and consequences of this constitutional position overviews, especially the importance of the attorney alleged in a Democratic State, will seek to discuss, within the postmodern rationality, the fundamentals that underlie the attitudes of our Constitutional Court.

Keywords: Lawyer. Administrative Disciplinary Procedure. Binding Precedent.

Sumário: 1. Introdução. 2. Processo Administrativo Disciplinar – PAD. 3. Surgimento da Súmula nº 343 do STJ. 4. Caso concreto – Mudança paradigmática do STF. 5. Ampla Defesa e Contraditório mesmo sem a presença do Advogado?. 6. Análise Crítica. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Dentro da atual racionalidade democrática, com contornos específicos delimitados pela Constituição da República de 1988, a existência do advogado como um dos pilares do Estado Democrático tem sido cada vez mais solidificada, impondo sua participação em qualquer tipo de processo pretensamente constitucional. O papel do advogado tornou-se, então, ao lado do contraditório, isonomia e ampla defesa, um dos alicerces de qualquer tipo de processo que busque ser constitucional, seja judicial ou administrativo.

No âmbito do processo administrativo disciplinar, a presença obrigatória do advogado como pressuposto de um processo legítimo, sempre suscitou calorosos debates doutrinários e jurisprudenciais, pois muito se discutia sobre a capacidade do acusado se defender por conta própria, tendo acesso aos autos, às provas, presenciado depoimentos, acompanhando diligências etc., sem a necessidade de um advogado para tanto.

Discutia-se, destarte, se a extensão da garantia do contraditório aos processos administrativos disciplinares não exigia a participação ativa e indispensável do advogado, tal como ocorre nos procedimentos judiciais.

A fim de sedimentar a discussão que abarrotava o judiciário de processos exatamente sobre esse mister, o STJ sumulou o entendimento de que os princípios da ampla defesa e contraditório no processo administrativo se materializam não apenas com a oportunidade ao sujeito de fazer-se representar por advogado, mas sim efetivamente fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo. Assim, o STJ editou o verbete de nº. 343 de 2007, o qual dispôs ser obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Porém, quando toda a discussão parecia ter sido encerrada e o papel fundamental do advogado legitimado também nos processos de caráter administrativo disciplinar, foi publicada no DJE de 16/05/2008 a

Súmula Vinculante n.º. 05 do STF, a qual dispôs que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Assim, em sentido claramente oposto ao posicionamento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal editou súmula vinculante que dispensa a participação ativa de advogado nos processos administrativos disciplinares, legitimando os procedimentos à luz da Constituição mesmo que o advogado não faça parte dele. Com isso, milhares de decisões proferidas em processos administrativos foram mantidas e, conseqüentemente, milhares de sanções impostas aos sujeitos acusados em cada um deles.

Desta forma, o presente artigo visa analisar não só a constitucionalidade da Súmula Vinculante n.º. 5 do STF, mas principalmente o papel do advogado dentro de qualquer procedimento administrativo de caráter disciplinar, analisando se realmente existe ampla defesa e oportunidade do contraditório sem a participação de um advogado, bem como os aspectos positivos e negativos do novo posicionamento adotado pelo Tribunal Constitucional.

2 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PAD

O chamado processo administrativo está intimamente conectado com o desiderato da Administração em coordenar atos que observem determinadas formas a fim de atender os interesses dos cidadãos ou punir aqueles que tenham violado o regramento em determinados aspectos. Há, pois, segundo posicionamento da doutrina nacional, dois tipos de processo: o gracioso e o contencioso.

Segundo Maria Zanella Di Pietro, “No processo gracioso, os próprios órgãos da administração são encarregados de fazer atuar a vontade concreta da lei, com vistas à consecução dos fins estatais que lhe estão confiados e que nem sempre envolve decisão sobre pretensão do particular” (DI PIETRO, 1997, p. 395).

Assim, no chamado processo administrativo gracioso, a Administração está diante de interesses dos administrados, utilizando-se da discricionariedade para resolver a questão (CATÃO, 2003).

Já o processo administrativo contencioso presta-se a resolver um verdadeiro conflito entre Administração e Administrado, no qual este último sujeito praticou atos que feriram o regramento vigente e a Administração deve influir em sua esfera jurídica para buscar sua responsabilização.

Nesse íterim, existe um contencioso administrativo para cada aérea de atuação do Estado. Na seara dos recursos humanos, há o processo administrativo disciplinar. Em relação à arrecadação de receitas, o processo administrativo tributário, em relação à fiscalização de atividades, há, por exemplo, o processo administrativo de trânsito etc. (MEZZOMO, 2005).

Quanto ao processo administrativo disciplinar, objeto de análise do presente artigo, sua conceituação é muito bem formulada por Léo da Silva Alves (1999, p. 51), que dispõe “processo administrativo disciplinar é o instrumento utilizado na regra como próprio para viabilizar a aplicação de sanções disciplinares no âmbito da Administração Pública direta, autárquica, ou no seio das fundações públicas”.

Já nas palavras de Antônio Carlos Palhares Moreira Reis (1999, p. 100), processo administrativo disciplinar pode ser conceituado como:

“(...) mecanismo estabelecido na lei para o controle das atividades dos servidores, no que concerne ao descumprimento de suas obrigações, ao desrespeito às proibições e à realização de fatos capituláveis como crimes ou contravenções, pela legislação penal ou por leis especiais, com reflexo no âmbito administrativo”.

A própria Lei n°. 8.112 de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, conceitua claramente em seu artigo 148 o que seria processo disciplinar, regendo que o processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Desta forma, o processo administrativo disciplinar encontra-se dentro do campo de responsabilidade administrativa dos servidores públicos, servindo-se como meio de apuração de ilícitos cometidos pelos mesmos quando em atribuições do cargo em que se encontre investido.

Trata-se de procedimento com premissas diferenciadas dependendo de cada esfera administrativa, que possui sua legislação particular. No âmbito Federal, por exemplo, existe lei específica que regula a matéria, estabelecendo uma procedimentalidade diferenciada para tanto.

Mas, embora haja premissas diferenciadas dependendo de cada esfera administrativa e sem entrar na discussão sobre as fases peculiares do processo administrativo disciplinar, o mais importante a ser destacado é a presença obrigatória dos princípios fundamentais da ampla defesa e contraditório, que são pontos nodais e impositivos, de observância obrigatória em todo e qualquer processo administrativo disciplinar.

É exatamente dentro dessa ótica que a presença do advogado é questionada. Afinal, a ampla defesa e o contraditório somente existem se o servidor representar-se por advogado? A legitimidade do procedimento à luz da Constituição da República de 1988, bem como da eventual sanção que poderá ser imposta, somente será auferível mediante a presença do advogado?

3 SURGIMENTO DA SÚMULA Nº. 343 DO STJ

A doutrina e jurisprudência nacional não discutem a necessidade de observância do devido processo legal, consubstanciado na mais

ampla defesa e oportunização de um contraditório dinâmico, no âmbito do processo administrativo disciplinar. Trata-se de questão incontroversa que há muito, dentro da racionalidade pós-moderna, foi sedimentada não só pela jurisprudência¹, mas também pela totalidade da doutrina.

Nesse sentido, o professor Hely Lopes Meirelles (2003, p. 660) reforça a necessidade de se garantir a mais ampla defesa ao sujeito passivo do processo disciplinar, ensinando que "(...) por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis".

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2000, p. 491) leciona exatamente no mesmo sentido:

"(...) o princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita".

Mas, a presença do advogado em tais processos sempre ocasionou debates no Judiciário e a impetração de diversos mandados de segurança a fim de anular portarias e atos que aplicaram sanções a servidores após um procedimento administrativo próprio, pois muito se

¹ Nesse aspecto podem-se citar os julgamentos do próprio STF: MS-21726/RJ e RMS-22789/RJ

questionava a necessidade de um advogado quando o acusado teve a oportunidade de representar-se por esse profissional, mas preferiu defender-se por conta própria, acompanhando sozinho o decorrer do procedimento.

No dia 12 de setembro de 2007, a 3ª Seção do STJ aprovou por unanimidade a súmula de nº. 343, preconizando ser “obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. O referido entendimento, agora sumulado, teve como parâmetro precedentes² do próprio STJ, bem como exegese constitucional dos artigos 153, 163 e 164 da Lei nº. 8.112/90.

No julgamento de um dos casos paradigmas, a Terceira Seção decidiu anular uma portaria do Ministério da Saúde que demitiu um servidor do quadro de pessoal da FUNASA (Fundação Nacional de Saúde) pelo fato de que o mesmo não foi defendido por um advogado no processo administrativo que resultou na demissão. Trata-se do julgamento do Mandado de Segurança nº. 9.201/DF.

A relatora Ministra Laurita Vaz ponderou que a presença do advogado ou de defensor dativo em processo administrativo é garantia constitucional, com a qual não se compatibiliza a autodefesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito.

Não foi diferente nos demais julgados paradigmas. Em todos eles os julgamentos foram no sentido de que o princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa não apenas com a oportunidade ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas com a efetiva constituição de defensor durante todo o seu desenvolvimento.

² Especificamente: MS 7.078-DF (Terceira Seção de 22/10/03 – Diário da Justiça de 09/12/03); MS 9.201-DF (Terceira Seção 08/09/04 – DJ 18/10/04); MS 10.565-DF (Terceira Seção 08/02/06 – DJ 13/03/06); MS 10.837-DF (Terceira Seção 28/06/06 – DJ 13/11/06); RMS 20.148-PE (Quinta Turma 07/03/06 – DJ 27/03/06).

Assim, entendeu-se configurada, em todos os casos paradigmáticos, cerceamento ao direito de defesa do servidor, já que não acompanhado de advogado ou tendo sido designado defensor dativo, o que conseqüentemente gera a nulidade do processo administrativo disciplinar gerador da sanção.

Exatamente nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 270-271), citado em diversos Votos da Terceira Seção do STJ, leciona:

“(…) A defesa dentro do âmbito jurisdicional implica também a assistência de um advogado. Em um primeiro momento, a escolha e a contratação deste profissional cabem ao próprio réu. Caso contudo não se venha a dar a constituição de um causídico, ao Estado se traslada este dever. É interessante notar como mesmo nas legislações da antigüidade já se encontravam os indícios do defensor dativo. É que a figura deste não cumpre um papel apenas relativo ao réu, mas sim à própria tutela processual objetiva, pelo que se é levado a concluir que a nomeação de um defensor oficioso impõe-se mesmo nos casos de oposição do réu.

(…) A assistência do defensor é um direito do acusado, em todos os atos do processo sendo obrigatória, independentemente da vontade dele. Não basta portanto que haja um defensor nem é suficiente que este se limite a participar formalmente do processo. É necessário que da sua atividade se extraia uma defesa substantiva do acusado. Em caso contrário, o juiz há de considerar que esta não se dá pro reo, mas sim na tutela da jurisdição. Por vezes o ingresso do advogado nos autos não se traduz em uma apresentação de elementos consubstanciadores de algo suscetível de ser tido como uma peça que vise a absolvição do réu ou ao me-

nos o abrandamento da sua condenação. Estas exigências de uma defesa real, substantiva, impõem-se a nosso ver mesmo nos casos em que o réu, por ser advogado, resolva assumir a sua própria defesa”.

Desta forma, a referida Súmula foi consubstanciada nos referidos entendimentos e passou a integrar o ordenamento jurídico no final do ano de 2007, orientando os julgamentos posteriores. Tanto é assim, que diversas análises por parte do STJ sobre casos similares foram lastreadas pelo referido entendimento sumulado, podendo-se citar, a título de exemplo, o julgamento do Mandado de Segurança nº. 12.594/DF cuja ementa é a seguinte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO **CONSTITUÍDO E DE DEFENSOR DATIVO. MATÉRIA PACIFICADA. SÚMULA N.º 343** DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. É obrigatória a assistência de advogado constituído ou defensor dativo ao acusado, independentemente de defesa pessoal, tanto em processo judicial quanto em procedimento administrativo disciplinar, em obediência ao princípio constitucional da ampla defesa, **expressamente previsto no art. 5.º, inciso LV, da Constituição da República. Precedentes.**

2. Nos termos do enunciado n.º 343 da Súmula desta Corte, “é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

3. Ordem concedida, para declarar nulo o Processo Administrativo disciplinar n.º 25100.037024/2003-78, desde o início da fase instrutória (art. 151, inciso II, da Lei n.º 8.112/90), e o próprio ato de demissão da ora Impetrante, determinando, em consequência, a *SUA REINTEGRAÇÃO NO CARGO PÚBLICO*. (grifa-se)

Até mesmo o STF, em alguns julgados, comungava do entendimento sumulado e pacificado pelo STJ, manifestando-se exatamente no sentido de ser necessária a presença de um advogado ou defensor dativo em procedimento administrativo disciplinar, independentemente da escolha do acusado e de sua defesa pessoal, tendo em vista o respeito à ampla defesa.

Porém, em 2008 houve alteração gritante no posicionamento anteriormente sustentado pelo STF, sendo editada Súmula de efeito vinculante que dispensa a participação ativa de advogado nos processos administrativos disciplinares, legitimando os procedimentos à luz da Constituição mesmo que o advogado não faça parte dele, cujas circunstâncias concretas devem ser mais bem analisadas.

4 CASO CONCRETO – MUDANÇA PARDIGMÁTICA DO STF

Em caso extremamente similar com aqueles que consagraram a Súmula n.º. 343 alhures expostas, o Plenário do STF analisou recurso interposto pelo INSS a fim de discutir a concessão, pelo STJ, de mandado de segurança a uma ex-funcionária da autarquia que havia sido exonerada por meio de Portaria do Ministro da Previdência.

A decisão de concessão da segurança do *mandamus* respeitou o entendimento já sumulado e tudo indicava que o STF iria manter a linha jurisprudencial epigrafada.

Não obstante, o Plenário se baseou em precedentes³ que expressamente dispensavam a presença do advogado (ou defensor dativo) nos procedimentos administrativos disciplinares e os legitimavam frente a Constituição da República.

De acordo com o entendimento do Ministro Relator Gilmar Mendes, a Corte Constitucional Alemã ao apreciar a chamada pretensão à tutela jurídica (*Anspruch auf rechtliches Gehor*), entende que essa pretensão não envolve só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.

Assim, vinculando a pretensão a uma tutela jurídica à garantia constitucional exposta no artigo 5º LV da CR/88, o Ministro Relator entendeu que se devidamente garantido o direito à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, independentemente da presença de um advogado.

Acompanhando o voto do Ministro Relator, os Ministros entenderam que a faculdade instituída pelo artigo 156 da Lei nº. 8.112/90 em nada prejudica o direito a uma ampla defesa administrativa, pois a extensão constitucional do contraditório não pode ser vinculada à contratação de um advogado, existindo pleno respeito às garantias constitucionais epigrafadas sem a presença daquele profissional.

Acatar tese em contrário implicaria, como manifestou o Ministro Lewandowski em seu voto, “mais do que a ampla defesa, e sim uma amplíssima defesa, ou seja, uma defesa transbordante”.

As únicas exceções cabíveis seriam se o servidor, submetido a tal procedimento, se encontrar em lugar incerto e não sabido ou se o objeto do processo for muito complexo e fugir à compreensão daquele, incapacitando-lhe de exercer por si só uma completa defesa técnica.

³ Especificamente: Agravo Regimental no RE nº. 244277 (Rel. Min. Ellen Gracie); Agravo Regimental no AI nº. 207197 (Rel. Min. Octávio Galloti); Mandado de Segurança nº. 24961 (Rel. Min. Carlos Velloso).

Nestes casos, deve haver sim a necessária presença de um advogado ou defensor dativo, caso o acusado não possua recursos para contratar o referido profissional, como bem asseverou o Ministro Cezar Peluso, *in verbis*:

(...) Ora, esta possibilidade ou esta oportunidade de intervenção só não existe em concreto no procedimento administrativo – conforme também releveu a Ministra CÁRMEN LÚCIA – em duas hipóteses: naquela em que o servidor se encontre em lugar incerto e, portanto, não tenha ciência senão ficta do processo – e, porque se trata de ficção, é preciso que, de algum modo, essa possibilidade se atualize mediante a nomeação de um defensor ou de destinação do processo à Defensoria Pública -, ou no caso em que o servidor não tenha condições de contratar patrono para defendê-lo. Neste caso, ele pode invocar outra garantia constitucional, que é aquela pela qual o Estado se obriga a prestar assistência jurídica integral e gratuita – integral no sentido de que apanha também a esfera administrativa.

Interessante ressaltar que além das razões teóricas discutidas, o Plenário considerou os efeitos práticos de sua decisão, pois de acordo com o Ministro Carlos Brito, a própria Defensoria Pública ver-se-ia em situação de assoberbamento, já que não defenderia apenas os necessitados, mas teria que defender todos os servidores públicos processados que não optassem pela nomeação de procurador nos autos:

(...) Eu me preocupo também com uma consequência prática da decisão em sentido contrário à nossa. É que toda as vezes que em processo administrativo o servidor processado não optasse pe-

la nomeação de procurador, a administração pública seria obrigada a remeter o caso para a defensoria pública e esta se veria, sem dúvida, numa situação de assoberbamento, digamos assim, porque não só defenderia os necessitados, que é seu dever precípua, a sua função específica, como também defender todos os servidores públicos processados que não optassem pela nomeação de procurador nos autos.

Assim, mediante julgamento unânime do Tribunal, nos termos do voto do Relator, consolidou-se no ordenamento pátrio súmula vinculante diametralmente oposta ao reiterado entendimento exarado pelo STJ.

Essa guinada paradigmática foi muito elogiada por grande parte do mundo jurídico, pois além de assegurar a manutenção diversas decisões administrativas, tais como a que motivaram o surgimento da súmula vinculante em destaque, sedimentou a tese sempre defendida pela Procuradoria Federal.

5 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS À SÚMULA VINCULANTE N. 5

A edição da súmula aqui discutida suscitou novos debates na comunidade jurídica, principalmente sobre a real extensão da ampla defesa e contraditório.

Muitos foram os elogios sobre o entendimento acima exposto, ora sumulado, tendo em vista a manutenção de inúmeras decisões de cunho administrativo que puniram servidores comprovadamente culpados.

O Procurador de Estado de Alagoas, Dr. Marcos Vieira Saval, ao comentar a edição da súmula vinculante nº. 5, aponta exatamente nesse sentido, manifestando-se que não é corolário do contraditório e

ampla defesa a presença de um advogado em procedimentos administrativos disciplinares.

Fundamenta seu posicionamento também no fato de que a súmula nº. 343 do STJ criou um verdadeiro ônus ao Estado, já que “(...) mesmo nos casos em que os servidores não contratavam um advogado por que não queriam – ou até mesmo por que reconheciam a veracidade das alegações contra si imputadas – o ente público deveria constituir um causídico, sob pena de no futuro ver todo o processo administrativo anulado”⁴.

No julgamento do Recurso Extraordinário que motivou o surgimento da súmula vinculante em destaque, o então advogado geral da União, Dr. José Antônio Dias Toffoli lastreou sua sustentação oral na linha teórica do interesse público e no bem do serviço público, advertindo ser um risco consolidar o entendimento sumulado pelo STJ, pois servidores demitidos em prol do serviço público voltariam a seus cargos ‘com poupança’, uma vez que além da reintegração, poderiam reclamar salários atrasados de todo o período em que estiveram ausentes.

Nesse ínterim, aqueles que defendem a existência da súmula vinculante nº. 5 o fazem não só com base em uma interpretação dos efeitos da ampla defesa e do contraditório nos procedimentos administrativos disciplinares, mas também com base na suposta segurança jurídica ocasionada pela impossibilidade de se questionar demissões advindas de procedimentos administrativos disciplinares manejados sem a presença de um advogado ou defensor dativo. Tal súmula representa, então, vitória da Administração Pública em punir aqueles que praticaram atos contra o bem público e buscavam sair impunes mediante utilização distorcida do princípio da ampla defesa.

⁴ Procurador comenta a repercussão da Súmula Vinculante nº 05. Vinculada no site da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas, disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/2008/05/>> 2008.

6 ANÁLISE CRÍTICA

Em 1963 o STF buscou criar um instrumento sucinto e direto que fosse capaz de orientar Tribunais e jurisdicionados sobre qual seria o posicionamento majoritário do Tribunal em determinadas discussões acerca de determinados temas submetidos à sua apreciação. Criaram-se, então, as súmulas.

Em breve espaço de tempo, todos os Tribunais do país começaram a utilizar e editar súmulas, a fim de pacificar determinados temas e evitar a repetição de causas envolvendo assuntos que o Tribunal analisou por diversas e inúmeras vezes.

Porém, as referidas súmulas, embora constituíssem um importante instrumento que se tornou comum no dia a dia em todos os Tribunais do país, não possuíam efeito vinculante. Ou seja, as determinações nelas contidas não possuíam um caráter cogente ou obrigatório às instâncias inferiores, tratando-se, na verdade, de orientação e direção.

Não obstante, a Emenda Constitucional n.º. 45 de 2004 inseriu no bojo da Constituição Federal o artigo 103-A, no qual previu em seu *caput* a possibilidade de uma súmula ter eficácia vinculante sobre decisões futuras.

Assim, o instrumento que antigamente sempre funcionou de forma diretiva e que possuía, em tese, natureza meramente consultiva, ganhou a possibilidade de ter contornos obrigatórios e vinculantes, não podendo ser contrariado, salvo em determinadas situações, como por exemplo, se o juiz da causa constatar alguma diferença entre a matéria apreciada e aquela sumulada que desobrigue a aplicação da súmula vinculante.

Em 2007, a fim de finalmente pacificar a discussão sobre a necessidade, ou não, da presença de um advogado (ou defensor público, se fosse o caso) no âmbito dos procedimentos administrativos disciplinares, no fito de legitimar o procedimento à luz das garantias constitucionais de um processo democrático, consubstanciado na efetiva observância do contraditório e ampla defesa, o STJ editou súmula de efeito ape-

nas diretivo, nº. 343, o qual dispôs ser obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Pouco tempo após, em sentido diametralmente oposto, o STF ao analisar um Recurso Extraordinário que discutia exatamente a questão acima exposta, decidiu que a extensão constitucional do contraditório não pode ser vinculada à contratação de um advogado, existindo pleno respeito às garantias constitucionais epigrafadas sem a presença daquele profissional. Criou-se, então, a Súmula Vinculante nº. 5, a qual dispôs que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Em que pesem os belos fundamentos expostos pelos Ministros do STF, o posicionamento sustentado pelo verbete nº. 343 é o que melhor se coaduna com a racionalidade democrática que busca sedimentar um devido processo constitucional como sustentáculo de um pretense Estado Democrático.

Todo e qualquer procedimento disciplinar de âmbito administrativo deve, necessariamente, se fundamentar no Processo Constitucional expressamente previsto como arcabouço fundamental de aplicação do devido processo constitucional, traduzindo-se na garantia da observância do contraditório, ampla defesa, isonomia e direito ao advogado (LEAL, 2001, p. 50).

O contraditório não é composto pela simples obrigação legal de oportunizar a chamada bilateralidade na audiência (simples ser ouvido pelo juiz), sendo que seu exercício não pode ser preterido ou deixado à mercê da escolha subjetiva do julgador. Trata-se de um dos pilares centrais do Processo, de necessária observância também nos procedimentos administrativos disciplinares.

Mas, para a observância plena de tal pressuposto constitucional, cuja estruturação dentro do Estado Democrático constitui um dos pilares do Processo, é imprescindível a presença e o acompanhamento de um advogado.

A visão pós-moderna do Estado é a que deve prevalecer sobre qualquer estudo do Processo, afastando a visão hegeliana de expressão entitativa superior, soberano absoluto da sociedade e detentor do conhecimento supremo capaz de adequar as relações firmadas entre seus subordinados por meio da aplicação desenfreada de métodos sancionatórios coercitivos, de forma a buscar um suposto e relativo re-equilíbrio de relações e com isso atingir metas suprajurídicas (LEAL, 2008, p. 35).

Com efeito, independentemente de o acusado ter tido oportunidade de apresentar sua própria defesa, acessar os autos, as provas, presenciar depoimentos, acompanhar as diligências etc., a presença de um advogado ou defensor dativo, com conhecimento técnico de indubitável relevância, não pode ser desconsiderado sob o fundamento de que o acusado 'fez a sua escolha'. Não se trata apenas de garantia formal prevista na Constituição, mas sim de corolário que integra o próprio conceito de ampla defesa, cuja presença não pode ser vinculada à escolha da parte, mas sim à imperatividade Constitucional.

A chamada ampla defesa só pode ser materialmente propiciada caso o acusado possa contar com um profissional que vai muito além de um mero detentor de conhecimentos jurídicos, mas próprio sustentáculo da República, indispensável à própria administração da justiça, como preceitua o artigo 133 da Constituição.

Analogamente, pode-se comparar a ausência de advogado nos processos administrativos disciplinares com os procedimentos próprio dos Juizados Especiais, no qual há a existência do *jus postulandi* e a parte escolhe ajuizar a ação por conta própria.

Nesses casos, apesar da Lei nº 9.099/95 estipular a possibilidade de a parte litigar sem o acompanhamento de um advogado e haver toda uma estrutura própria de atermção para atender o cidadão e formular sua petição inicial, é óbvio que a presença de um advogado representa um acompanhamento muito mais seguro e eficaz, pois ele detém o conhecimento necessário para saber quando, como e porque formular seus pedidos.

A mesma situação ocorre no procedimento administrativo disciplinar, no qual o servidor vê-se diante de uma possível violação a seus direitos, figurando como réu no procedimento. A presença de um advogado nesses casos é mais uma garantia de uma defesa segura e eficaz, capaz de propiciar a correta discussão do tema para atingir um provimento final legítimo.

Não se trata de um mero preciosismo delegável à escolha subjetiva do acusado ou da Administração, mas sim imposição Constitucional que com certeza proporcionará a tecnicidade necessária para uma efetiva, e conseqüentemente ampla, defesa.

7 REFERÊNCIAS

ESTADO DE ALAGOAS. Procurador comenta a repercussão da Súmula Vinculante nº 05. Vinculada no site da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/2008/05/>>. Sala de imprensa da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas: 2008. Acesso em: 03 fev.2010.

ALVES, Léo da Silva. **Questões relevantes da sindicância e do processo disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. Vol. 2/268-269, São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Mandado de segurança preventivo. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo. Precedentes desta corte. Ordem concedida. Mandado de Segurança nº. 9.201/DF. Gilmar Helder Fonseca Lucas versus Ministro de Estado da Saúde. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília/DF, acórdão de 08 de setembro de 2004.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Processo Administrativo Disciplinar. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Recurso

Extraordinário nº. 434.059-3. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) versus Márcia Denise Farias Lino. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, acórdão de 07 de maio de 2008.

CATÃO, Adrualdo de Lima. O direito à defesa no processo administrativo disciplinar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3641>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**. n. 145, julho-setembro, 1981.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. São Paulo: IOB-Thomson, 2001 / 2005 / 2008.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. A defesa e o contencioso administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 894, 14 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7699>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. **Processo disciplinar**. Brasília: Consulex, 1999.

Recebido em: 14/06/2011

Aceito para a publicação em: 20/07/2011