

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



ISSN 1516-3210

|  |                |        |       |          |                |
|--|----------------|--------|-------|----------|----------------|
| A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte | ano 10 | n. 39 | p. 1-256 | jan./mar. 2010 |
|--|----------------|--------|-------|----------|----------------|

# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO  
**ROMEUFELIPE  
BACELLAR**

© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



**Luís Cláudio Rodrigues Ferreira**  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira  
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta  
Diagramação: Bruno Lopes  
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2751 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)  
e-mail: [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

|      |   |
|------|---|
| A246 | A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.<br>ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. |
|      | Trimestral  |
|      | ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela<br>Editora Juruá em Curitiba                                  |
|      | ISSN 1516-3210  |
|      | 1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.   |
|      | CDD: 342      CDU: 33.342   |

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral  
Romeu Felipe Bacellar Filho  
Diretor Editorial  
Paulo Roberto Ferreira Motta  
Editora Acadêmica Responsável  
Ana Cláudia Finger  
Secretário Editorial Executivo  
Daniel Wunder Hachem  
Conselho Diretivo  
Adriana da Costa Ricardo Schier  
Edgar Chiuratto Guimarães  
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial  
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)  
Alice Gonzalez Borges (UFBA)  
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)  
Carlos Ayres Britto (UFSE)  
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)  
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)  
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)  
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)  
Clovis Beznos (PUC/SP)  
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)  
Eros Roberto Grau (USP)  
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)  
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)  
José Carlos Abraão (UEL)  
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)  
José Luís Said (UBA – Argentina)  
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)  
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)  
Juarez Freitas (UFRGS)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Marçal Justen Filho (UFPR)  
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)  
Márcio Cammarosano (PUC/SP)  
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)  
Nelson Figueiredo (UFG)  
Odilon Borges Junior (UFES)  
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)  
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)  
Paulo Henrique Blasi (UFSC)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)  
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)  
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)  
Rogério Gesta Leal (UNISC)  
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)  
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)  
Valmir Pontes Filho (UFCE)  
Weida Zancaner (PUC/SP)  
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo  
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)  
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)  
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)  
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)  
Prof. Dr. Emerson Gabardo (UniBrasil - PR)  
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)  
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)  
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)  
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)  
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)  
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)  
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)  
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)  
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)  
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)  
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)  
Profa. Dra. Vanice Lirio de Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

# A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF

---

Romeu Felipe Bacellar Filho

Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Professor de Direito Administrativo da UFPR e da PUC/PR. Presidente da Associação de Direito Público do Mercosul e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Ex-Presidente da Associação Iberoamericana de Direito Administrativo, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Diretor-Geral da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogado militante.

Daniel Wunder Hachem

Mestrando em Direito do Estado pela UFPR. Professor de Direito Administrativo da UniBrasil. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Secretário Editorial Executivo da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Advogado militante.

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é examinar a necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF, a partir da análise dos argumentos utilizados pela Corte Suprema para justificar a sua edição.

**Palavras-chave:** Defesa técnica. Processo administrativo disciplinar. Súmula Vinculante nº 5.

**Sumário:** 1 Introdução - 2 Processo administrativo disciplinar, núcleo constitucional comum de processualidade e o direito fundamental à ampla defesa - 3 A defesa técnica como desdobramento da ampla defesa e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF - 3.1 Vícios formais de inconstitucionalidade - 3.2 Inconstitucionalidade material dos fundamentos utilizados para a edição da súmula - 3.2.1 Desnecessidade de defesa técnica diante da garantia dos direitos de informação, de comunicação e de ver seus argumentos considerados - 3.2.2 Necessidade de defesa técnica apenas se a complexidade da questão tornar o acusado inapto para exercer a autodefesa - 3.2.3 Indispensabilidade do advogado apenas à administração da justiça, assim considerada somente a função jurisdicional (art. 133 da CF) - 3.2.4 A exigência de defesa técnica significaria uma defesa transbordante - 3.2.5 A obrigatoriedade de defesa técnica importaria assoberbamento da Defensoria Pública - 3.2.6 O exercício do contraditório é facultativo ao acusado, tal como no processo civil - 3.2.7 A necessidade de defesa técnica no processo penal justifica-se por se tratar de direito indisponível - 3.2.8 É facultativa a nomeação de procurador, que não precisa ser advogado (art. 156 da Lei nº 8.112/90) - 4 Conclusões - Referências

## 1 Introdução

O tema da necessidade de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar sempre suscitou divergências na doutrina e na jurisprudência brasileiras. O Superior Tribunal de Justiça, até o ano de 2007, possuía entendimento majoritário de que a defesa técnica nessa modalidade processual constituiria mera faculdade do acusado.<sup>1</sup> Posteriormente, o STJ modificou o seu entendimento, passando a apontar para a imprescindibilidade da defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar. Tal posição foi consignada na Súmula nº 343 do STJ, publicada no Diário de Justiça da União em 21.09.2007 com a seguinte redação: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. Foi, sem dúvida, um avanço na jurisprudência pátria, preocupada em dar concretude aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Entretanto, no ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF decidiu de maneira diversa, negando a ocorrência de cerceamento de defesa e de violação constitucional nos casos de ausência de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar. O acórdão foi assim ementado:

1. Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.<sup>2</sup>

Não bastasse a questionável decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário, os eminentes Ministros do STF aprovaram súmula com efeito vinculante — a Súmula Vinculante nº 5 — que assumiu a seguinte redação: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. A súmula foi editada, tal como externado de forma explícita pelos ilustres magistrados, “exatamente para negar o enunciado da Súmula do STJ”.<sup>3</sup> E com isso foi consagrada, data

<sup>1</sup> “O princípio da ampla defesa aplica-se ao processo administrativo, mas isso não significa que o acusado deve, necessariamente, ser defendido por advogado. Ele mesmo pode elaborar sua defesa, desde que assim queira. No caso, o acusado não constituiu advogado até a fase de alegações finais, por opção própria, mesmo porque bacharel em direito. O que importa é a oportunidade de ampla defesa assegurada” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 9076/SP. 6ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. j. 16.12.1999. Unânime. DJU, p. 189, 21 fev. 2000).

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 434059. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. j. 07.05.2008.

<sup>3</sup> Fls. 761 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

venia, manifesta inconstitucionalidade, em desprestígio às conquistas da doutrina em matéria de garantias constitucionais do processo administrativo disciplinar, ensejando repercussões negativas em todas as esferas da Administração Pública brasileira e autorizando solenemente a violação de direitos fundamentais do cidadão até então reconhecidos pela jurisprudência pátria.

Não foi por outra razão que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou ao Supremo Tribunal Federal proposta de cancelamento da referida Súmula Vinculante (PET/4.285), nos termos da Lei nº 11.417/06. O requerimento, redigido pelo primeiro autor do presente artigo e subscrito em conjunto com o então Presidente do Conselho Federal da OAB, Dr. Raimundo Cezar Britto Aragão, protocolado em 13.08.2008, encontra-se ainda pendente de julgamento.

A ausência de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar, como se verá adiante, afronta diretamente o direito fundamental à ampla defesa, assegurado pela Lei Maior em seu art. 5º, LV, aos litigantes e aos acusados em geral, em processo administrativo e judicial. Para demonstrar a ofensa que a inditosa Súmula Vinculante nº 5 provocou ao tecido constitucional, basta analisar os frágeis e facilmente contraditáveis argumentos utilizados no acórdão que lhe ofereceu ensejo.

Antes disso, porém, importa tecer algumas considerações acerca da incidência do regime jurídico constitucional-administrativo sobre o processo administrativo disciplinar, especialmente no que diz respeito à aplicação e aos desdobramentos do direito fundamental à ampla defesa, bem como sobre a defesa técnica como elemento ínsito ao conteúdo jurídico do princípio constitucional da ampla defesa nos processos administrativos de natureza sancionatória.

## 2 Processo administrativo disciplinar, núcleo constitucional comum de processualidade e o direito fundamental à ampla defesa

A par das divergentes posições doutrinárias acerca da distinção entre processo e procedimento administrativo, adota-se neste estudo a posição de que o processo deve ser utilizado como um termo geral, presente no exercício de todas as funções estatais (legislativa, administrativa e judicial), e se distingue do procedimento em razão da sua finalidade e dos seus meios: o procedimento representa um encadeamento de atos administrativos unilaterais, enquanto o processo, para restar configurado, reclama

um confronto, um litígio em que haja contraposição de interesses entre partes distintas, orientado pelo contraditório.<sup>4</sup>

O procedimento configura requisito essencial da atividade estatal, pois constitui forma de exteriorização de competência.<sup>5</sup> Mesmo os atos administrativos relativamente simples envolvem uma sequência de atos direcionados a um ato final.<sup>6</sup> Quando ao exercício da competência adiciona-se a colaboração de sujeitos e contraditório, o procedimento expressa-se como processo. O processo administrativo é modalidade de “exteriorização da função administrativa”<sup>7</sup> — portanto, é também procedimento — qualificada pela participação dos interessados em contraditório, imposto diante da circunstância de se tratar de procedimento celebrado em preparação a algum provimento (ato de poder imperativo por natureza e definição), apto a interferir na esfera jurídica dos cidadãos.

De procedimentos administrativos podem resultar processos administrativos desde que caracterizada situação demandante de participação dos interessados em contraditório.<sup>8</sup> Saliente-se que o emprego de noções categoriais como processo ou procedimento administrativo não está calado em questão abstraída do sistema jurídico brasileiro. Não se trata de tomar a posição mais justa ou mais conveniente à ideologia do intérprete. Funda-se, mormente, no texto constitucional. Afinal, o art. 5º, inciso LV da Constituição brasileira<sup>9</sup> junte o conceito de processo administrativo a litigantes e acusados, sob a égide do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.<sup>10</sup> A opção constitucional pelo processo administrativo ultrapassa as fronteiras de uma mera preferência terminológica. Comporta o reconhecimento expresso da exigência do

<sup>4</sup> Nessa linha: FRANCO SOBRINHO. Introdução ao direito processual administrativo, p. 102-103, 108; FRANCO SOBRINHO. O processo administrativo nos pressupostos de positividade jurídica. Arquivos do Ministério da Justiça, p. 24, 27, 31; FRANCO SOBRINHO. Curso de direito administrativo, p. 280; FERREIRA. A garantia da ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar. Revista de Direito Público, p. 60; FAZZALARI. Processo: Teoria Generale. Novissimo Digesto Italiano, p. 1068-1069; DINAMARCO. A instrumentalidade do processo, p. 67, 131; MEDAUAR. A processualidade no direito administrativo, p. 40-41; MARINONI. Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual, p. 156.

<sup>5</sup> “Cada función del poder (administrativa, legislativa y judicial) tiene un modo de exteriorización conocido como ‘procedimiento’ propio y específico que tiene a su cargo la misión de traducir en la existencia la voluntad de poder, en forma de acto de ‘administración’, ‘legislación’ o ‘jurisdicción’” (DROMI. El Procedimiento Administrativo, p. 30).

<sup>6</sup> FIGUEIREDO. Curso de direito administrativo, p. 285.

<sup>7</sup> A expressão “procedimento como exteriorização da função administrativa” foi tomada por empréstimo de Lúcia Valle Figueiredo. A autora admite, todavia, o procedimento como forma específica de desenvolvimento também das funções judicial e legislativa (FIGUEIREDO, op. cit., p. 285).

<sup>8</sup> FRANCO SOBRINHO. Curso de direito administrativo, p. 281.

<sup>9</sup> Art. 5º. (...) LV - 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.

<sup>10</sup> “Sem contraditório, nenhum processo — é já uma determinação constitucional” (BORGES. O contraditório no processo judicial: uma visão dialética, p. 70).

regime jurídico processual nas atividades administrativas delimitadas pela Carta Magna.<sup>11</sup>

Dos argumentos jurídicos colacionados, afirmam-se quatro conclusões preliminares: (i) todo processo é procedimento, porém a recíproca não é verdadeira: nem todo procedimento converte-se em processo; (ii) a relação entre procedimento e processo administrativo é de gênero e espécie, respectivamente; (iii) o processo não se encontra restrito ao exercício da função jurisdicional;<sup>12</sup> (iv) a aceitação de que o processo representa instrumento constitucional de atuação de todos os poderes estatais faz resultar a formação de um núcleo constitucional comum de processualidade ao lado do diferenciado.<sup>13</sup>

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.

Estabelecidas assim as diferenças entre o processo e o procedimento administrativo e observadas as consequências dessa distinção, pode-se inferir que o processo administrativo disciplinar, objeto deste estudo, retrata modalidade de processo administrativo, já que (i) qualifica-se pela participação dos interessados em contraditório, e (ii) dele decorre provimento suscetível a interferir na esfera jurídica dos cidadãos. Por essa razão, deve estar incensado pelas garantias fundamentais que compõem o núcleo constitucional comum de processualidade.

A existência de tal núcleo resulta da percepção de que a unidade dos fundamentos do direito público justifica, dogmaticamente, a analogia de soluções para problemas comuns. O núcleo diferenciado — conjunto normativo específico que incide sobre cada modalidade processual (administrativa, civil, penal, trabalhista, etc.) — persiste como decorrência das características de cada função.

<sup>11</sup> Conferir, sobretudo, art. 5º, LXXII: “Conceder-se-á habeas data: (...) b) para retificação de dados quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”; art. 37, XXI: “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...)”; art. 41, §1º, II: “O servidor público estável só perderá o cargo mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa”.

<sup>12</sup> Um dos primeiros a defender esse postulado no Direito Administrativo brasileiro foi o Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Já na década de setenta, o mestre encarava o processo como forma de desenvolvimento da função administrativa, jurisdicional ou legislativa (FRANCO SOBRINHO. Curso de direito administrativo, p. 277).

<sup>13</sup> Odete Medauar conclui: “Portanto, a idéia de um núcleo comum de processualidade não é incompatível com a existência de particularidades em cada tipo de processo, decorrentes sobretudo da modalidade de função a que se vincula” (MEDAUAR, op. cit., p. 46).

O núcleo comum de processualidade deduz-se do texto constitucional e pressupõe, mesmo no patamar da Constituição, o núcleo diferenciado derivado da função jurisdicional ou administrativa e do objeto de cada processo. Todavia, antes de ser legislativo, jurisdicional ou administrativo, o processo tem uma identidade constitucional. Antecedendo qualquer consideração, se uma função estatal é exercitada por meio de um processo — seja ela qual for ou quais sejam os objetivos a serem alcançados — é porque nela devem estar presentes o contraditório e a ampla defesa.

Não se trata de postular a possibilidade de uma teoria geral do processo.<sup>14</sup> A intenção está em salientar a importância da consideração comparativista entre os diversos tipos processuais na solução de problemas, propiciada pela Constituição.<sup>15</sup> A consideração comparativista, iluminando os institutos processuais, poderá determinar interpretações e excluir outras com base na típica relação que os processos guardam entre si, unidos pelo centro vital de energia do contraditório e da ampla defesa. Logo, sobre o processo administrativo — o qual, conforme a posição anteriormente adotada, sempre se dará através do contraditório — devem incidir as garantias constitucionais que compõem o núcleo comum de processualidade.

O processo administrativo ingressou nos textos constitucionais brasileiros mediante a consagração de um regime processual disciplinador da perda do cargo dos servidores públicos. Assim foi na Constituição de 1934 (“processo administrativo regulado por lei, e no qual lhes será assegurada ampla defesa” — art. 169); na Constituição de 1937 (art. 156, “c”); na Constituição de 1946 (“processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa”); na Constituição de 1967 (art. 103, II) e na Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 105, II). A variação ocorria nas condições exigidas para proteção constitucional dos servidores, no adjetivo anteposto ao processo administrativo (plena defesa, ampla defesa...). Todas referiam-se, no entanto, à exigência de processo administrativo somente para a hipótese de perda do cargo.

A Constituição de 1988 não rompeu com esta tradição, dispondo no art. 41:

<sup>14</sup> Embora tenhamos adotado o conceito de processo de Fazallari, disto não decorre que tenhamos seguido também seus passos na possibilidade de uma teoria geral do processo: “il processo come figura di teoria generale” (FAZZALARI, op. cit., p. 1068).

<sup>15</sup> O tema da possibilidade teórica de uma teoria geral do processo é matéria longe de ser pacífica no terreno processual além de requerer um estudo monográfico que não pode aqui ser sequer esboçado. Limitamos a citar autores importantes na tratativa do tema. Contra: DIAS. Direito processual penal, v. 1, p. 53-55; COUTINHO. A lide e o conteúdo do processo penal, passim. Em outro sentido, a favor da teoria geral do processo: (DINAMARCO, op. cit., p. 58-59).

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§1º O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

O art. 41 da Constituição foi alterado, posteriormente, pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, passando a ostentar a seguinte redação:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§1º O servidor estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

De outro lado, a Carta Magna inovou, ao dispor no art. 5º, LV: “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”. Por sua vez, o princípio do devido processo legal foi expressamente inscrito no art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O art. 5º, LV, situa o processo administrativo como garantia constitucional, fixando verdadeira regra geral de conteúdo (contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes) e de previsão de exigibilidade (em face de litigantes ou acusados).

Alguns autores italianos, dentre eles Comoglio, Ferri e Taruffo deduzem que a garantia constitucional do direito ao processo, estabelecido no art. 24, 2, da Constituição italiana — “a defesa representa um direito inviolável em todo estado e grau do procedimento jurisdicional” — é mais do que o direito ao processo: é o direito ao processo justo.<sup>16</sup> Garante-se a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais e um resultado qualitativamente constante. Os meios processuais disponíveis devem ser sérios e, a tutela obtida ao fim, adequada ao que foi pedido.<sup>17</sup>

O direito ao processo justo garante condições mínimas para a obtenção do escopo fundamental da ação e compreende: (a) o direito

<sup>16</sup> Importante anotar as ponderações de Vincenzo Vigoriti sobre a noção de processo justo. Para este autor, trata-se de cláusula insuscetível de redução a uma precisa e exauriente definição, capaz de determinar-lhe resultado e limite, tendo em vista a relatividade da noção de justiça (VIGORITI. *Garanzie Costituzionali della Difesa nel Processo Civile*. Rivista di Diritto Processuale, p. 525).

<sup>17</sup> COMOGLIO et al. *Lezioni sul Processo Civile*, p. 61.

de ação paralelo ao direito de defesa (*parità delle armi*) para iguais chances de sucesso final<sup>18</sup> (no processo administrativo tomará um sentido peculiar porque a Administração tem o dever de agir); (b) a importância do direito à prova uma vez que o direito de provar está compreendido no poder de agir, de usar todos os meios probatórios do sistema relevantes para a demonstração do fato da demanda; (c) inadmissibilidade de barreiras processuais que tornem excessivamente dificultoso ou impossível o concreto exercício dos poderes de agir.<sup>19</sup>

A noção de processo justo pode ser utilizada no direito brasileiro, e equivale à ideia do núcleo constitucional comum de processualidade. A aplicação de qualquer modalidade processual requer a estrita observância de um pleco de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados para garantir a dignidade do cidadão no curso do processo. Nesse conjunto de direitos erigidos ao patamar constitucional estão contidos de modo explícito,<sup>20</sup> dentre outros, os seguintes princípios: juiz natural (art. 5º, LIII),<sup>21</sup> devido processo legal (art. 5º, LIV), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII)<sup>22</sup> e presunção de inocência (art. 5º inciso LVII).<sup>23</sup>

Em relação ao direito fundamental à ampla defesa, a Constituição de 1988 inovou em dois aspectos até então intocados: se antes a titularidade era somente dos acusados de crimes, agora passa a ser dos litigantes e acusados em qualquer processo. A expressão “judicial” abarca todos os processos desenvolvidos no campo da jurisdição. E mais: há referência explícita ao processo administrativo, antes aceito com restrições pela jurisprudência. Em segundo lugar, os meios e recursos inerentes eram aqueles “definidos em lei”. Agora, foi suprimida a referência à lei como fonte regulamentadora.<sup>24</sup>

Sobre o alcance e o sentido do art. 5º, LV da CF (“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”), cabe destacar que: (a) a expressão “em geral” veio expurgar qualquer tentativa de “tecnicizar” o sentido de acusados e encarcerá-lo no processo penal; (b) o termo “processo judicial e administrativo” pôs fim à velha pendenga sobre a natureza “não processual” da função administrativa;

<sup>18</sup> COUTURE. *Estudios de Derecho Procesal Civil: la Constitución y el Proceso Civil*, t. I, p. 47.

<sup>19</sup> COMOGLIO et al., op. cit., p. 61.

<sup>20</sup> Implicitamente extraem-se da Constituição os princípios da prescritibilidade, da lealdade e da boa-fé, da segurança das relações jurídicas, da razoabilidade e da proporcionalidade, entre outros.

<sup>21</sup> “Art. 5º. (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

<sup>22</sup> “Art. 5º. (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>23</sup> “Art. 5º. (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

<sup>24</sup> PEREIRA JÚNIOR. *O direito à defesa na Constituição de 1988: o processo administrativo e os acusados em geral*, p. 27.

(c) a inserção de ambos os processos no mesmo artigo, sem qualquer distinção, iguala o sentido garantístico de ambos; (d) junto à defesa, permaneceu o adjetivo “ampla”, evidenciando a diferença entre defesa e ampla defesa; (e) a falta de menção à lei regulamentadora foi propícia para evitar um “antigo” entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual “o exercício da ampla defesa assegurado na Constituição está submisso à disciplina da lei, desde que esta não o negue”.<sup>25</sup>

Quando aplicado ao processo administrativo disciplinar, o referido princípio constitucional manifesta-se em variados desdobramentos. Dele se podem extrair, dentre outros, os seguintes elementos: (i) o dever de individualização das condutas no ato de instauração do processo; (ii) o caráter prévio da defesa; (iii) o direito de ser ouvido; (iv) o direito de oferecer e produzir provas; (v) o direito a uma decisão fundamentada; (vi) o direito à autodefesa, compreendendo o direito de presença e o direito de audiência; (vii) o direito à defesa técnica por advogado. É sobre este último desdobramento que se pretende debruçar no presente artigo.

### 3 A defesa técnica como desdobramento da ampla defesa e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF

A defesa técnica é aquela realizada pelo procurador do acusado, o advogado, profissional dotado de capacidade técnica para a elaboração de uma defesa adequada. Exigência ou mera possibilidade? No processo disciplinar de que resulte pena grave, Odete Medauar posiciona-se pela necessidade da defesa técnica, cabendo à Administração o dever de nomear defensor dativo quando o servidor estiver desassistido ou se verificar a revelia.<sup>26</sup>

Ao nosso ver, a defesa técnica constitui elemento indispensável da ampla defesa, sendo indiferente a gravidade da pena que possa resultar do processo. A Constituição Federal, no art. 5º, LV, não assegura uma defesa qualquer, mas uma defesa ampla. Isso significa que a defesa não deve ser mais ou menos robusta conforme a intensidade da sanção que puder advir da decisão proferida no bojo do processo administrativo disciplinar: a mera possibilidade de o processo culminar em restrição à esfera jurídica individual do servidor reclama a maximização dos mecanismos de defesa.

A Lei nº 9.784/99, ao tratar do processo administrativo no âmbito federal caminhou em sentido oposto, prevendo a defesa técnica como mera

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 19.968/DF. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Tribunal Pleno. 3 out. 1973. Revista de Direito Administrativo, p. 99-104.

<sup>26</sup> MEDAUAR, op. cit., p. 118.

faculdade no processo administrativo, salvo hipótese de expressa previsão legal. Assim, inseriu entre os direitos dos interessados, no art. 3º, IV, o de “fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei”. Ao teor desse dispositivo legal deve-se emprestar uma interpretação conforme a Constituição Federal, o que, lamentavelmente, não foi feito pelo Supremo Tribunal Federal.

Em 2008, a Corte julgou o Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, posicionando-se no sentido de que a defesa técnica do processo administrativo disciplinar é prescindível, não constituindo exigência constitucional. Além de caminhar na contramão da efetividade dos direitos fundamentais com a mencionada decisão, o STF aprovou súmula com efeito vinculante — a Súmula Vinculante nº 5 — conferindo-lhe a seguinte redação: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Contudo, o enunciado está inquinado de nulidades de ordem formal e material, constituindo flagrante afronta à Constituição Federal. É o que se pretende demonstrar nas próximas páginas.

### 3.1 Vícios formais de inconstitucionalidade

O art. 103-A da Constituição da República, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, instituiu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar súmula dotada de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Consoante o §1º do mesmo artigo, o objetivo de tais súmulas consistiria na validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, acerca das quais houvesse controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública.

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

O art. 103-A, caput e §1º da Constituição Federal, e o art. 3º, caput e §§1º e 3º da Lei nº 11.417/06, estabeleceram como requisitos para a aprovação de súmula vinculante: (i) existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional; (ii) existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública sobre a matéria; (iii) ocorrência

de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; (iv) decisão de dois terços dos membros do STF.

In casu, resta evidente a ausência do primeiro requisito, qual seja, a existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria objeto da súmula. Insta observar que além do acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, que acabou por render ensejo à edição da Súmula Vinculante nº 5, o Supremo Tribunal Federal indicou apenas outros três julgados que, supostamente, configurariam as “reiteradas decisões” acerca da mesma matéria (AG nº 207.197, RE nº 244.027, MS nº 24.961).

Todavia, é imperioso salientar que a decisão exarada no MS nº 24.961 não encerrou posicionamento semelhante ao conteúdo da Súmula Vinculante nº 5. Como se depreende da leitura do enunciado, a matéria que se pretendeu cristalizar sob a forma de súmula diz respeito à obrigatoriedade ou não de defesa técnica no processo administrativo disciplinar. No MS nº 24.961, no entanto, restou consignado na decisão que a matéria sob exame não se tratava de processo administrativo disciplinar, mas sim de procedimento administrativo de tomada de contas, conforme se depreende da própria ementa do julgado:

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

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

Cândido Rangel Dinamarco esclarece, na linha aqui adotada, que “nem todo procedimento é processo, mesmo tratando-se de procedimento estatal e ainda que de algum modo possa envolver interesses de pessoas. O critério para a conceituação é a presença do contraditório”.<sup>27</sup> Se no

<sup>27</sup> DINAMARCO. A instrumentalidade do processo, p. 133.

acórdão considerou-se que a Tomada de Contas é procedimento e não processo, pode-se inferir que o tema tratado no julgado do MS nº 24.961 não era o mesmo do RE nº 434.059-3/DF. Segundo Lúcia Valle Figueiredo, a diferenciação entre procedimento e processo administrativo é relevante exatamente para “efeito de aplicabilidade de princípios específicos”.<sup>28</sup>

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.

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

1. Mandado de Segurança. 2. Comissão de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. Instauração de processo por quebra de decoro parlamentar contra deputado federal. Ampla defesa e contraditório. Licença médica. 3. As garantias constitucionais fundamentais em matéria de processo, judicial ou administrativo, estão destinadas a assegurar, em essência, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal em sua totalidade, formal e material (art. 5º, LIV e LV, da Constituição). 4. O processo administrativo-parlamentar por quebra de decoro parlamentar instaurado contra deputado federal encontra sua disciplina no Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados e no Regulamento do Conselho de Ética daquela Casa Legislativa, a partir do disposto nos incisos III e IV do art. 51 da Constituição, e se legitima perante o rol dos direitos e garantias fundamentais da Carta de 1988 quando seus dispositivos são fixados pela competente autoridade do Poder Legislativo e prevêem ampla possibilidade de defesa e de contraditório, inclusive de natureza técnica, aos acusados. 5. Tal como ocorre no processo penal, no processo administrativo-parlamentar por quebra de decoro parlamentar o acompanhamento dos atos e termos do processo é função ordinária do profissional da advocacia, no exercício da representação do seu cliente, quanto atua no sentido de constituir espécie de defesa técnica. A ausência pessoal do acusado, salvo se a legislação aplicável à espécie assim expressamente o exigisse, não compromete o exercício daquela função pelo profissional da advocacia, razão pela qual neste fato não se caracteriza qualquer espécie de infração aos direitos processuais constitucionais da ampla defesa ou do contraditório. 6. Ordem indeferida.<sup>29</sup> (grifamos)

<sup>28</sup> FIGUEIREDO. Curso de direito administrativo, p. 287.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 25917/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU, 01 set. 2006.

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

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

Ante o exposto, conclui-se que o procedimento de aprovação da Súmula Vinculante nº 5 deixou de observar os pressupostos formais constitucionais e legais autorizadores de edição de enunciado com efeito vinculante, fato que evidencia a sua inconstitucionalidade formal.

### 3.2 Inconstitucionalidade material dos fundamentos utilizados para a edição da súmula

Além dos vícios formais de inconstitucionalidade, a Súmula Vinculante nº 5 afronta materialmente o conteúdo normativo e axiológico da Constituição Federal de 1988. Para demonstrar a contrariedade dos seus fundamentos com os mandamentos constitucionais, basta a simples observância dos argumentos manejados pela Suprema Corte para aprovar a sua edição.

De forma sintética, a partir da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, é possível agrupar os fundamentos que suscitaram a formulação da súmula da seguinte forma: (a) Desnecessidade de defesa técnica diante da garantia dos direitos de informação, de comunicação e de ver seus argumentos considerados;<sup>30</sup> (b) Necessidade de defesa técnica apenas se a complexidade da questão tornar o acusado inapto para exercer a autodefesa;<sup>31</sup> (c) Indispensabilidade do advogado apenas à administração da justiça, assim considerado somente o exercício da função jurisdicional (art. 133 da CF);<sup>32</sup> (d) A exigência de defesa técnica significaria uma defesa transbordante;<sup>33</sup> (e) A obrigatoriedade de

<sup>30</sup> Cf. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, fls. 742/743 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

<sup>31</sup> Cf. Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, fls. 747 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

<sup>32</sup> Cf. Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 750 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF e Ministro Cezar Peluso, às fls. 753.

<sup>33</sup> Cf. Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 751 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

defesa técnica importaria assoberbamento da Defensoria Pública;<sup>34</sup> (f) O exercício do contraditório é facultativo ao acusado, tal como no processo civil;<sup>35</sup> (g) A necessidade de defesa técnica no processo penal justifica-se por se tratar de direito indisponível;<sup>36</sup> (h) É facultativa a nomeação de procurador, que não precisa ser advogado (art. 156 da Lei nº 8.112/90).<sup>37</sup>

Reiterando o respeito sempre manifestado aos eminentes Ministros da Suprema Corte brasileira, nenhum dos argumentos acima arrolados presta-se a justificar a edição de enunciado com o conteúdo da desventurada Súmula Vinculante nº 5. Observe-se:

### 3.2.1 Desnecessidade de defesa técnica diante da garantia dos direitos de informação, de comunicação e de ver seus argumentos considerados

O primeiro fundamento utilizado é o de que, se forem garantidos os direitos de informação, de comunicação e de ver seus argumentos considerados, na linha da jurisprudência da Corte Constitucional alemã, a defesa terá sido exercida em sua plenitude, prescindindo de defesa técnica.<sup>38</sup>

O pressuposto não nos parece aceitável. O fato de a Corte Constitucional alemã identificar como desdobramentos do direito à ampla defesa (i) o direito de informação; (ii) o direito de comunicação; e (iii) o direito de ver seus argumentos considerados, não significa que tais elementos esgotem o seu conteúdo jurídico. Embora os três aspectos referidos constituam inequivocamente facetas do direito à ampla defesa, certamente eles não são os únicos. Além desses, cite-se, a título ilustrativo: (i) o caráter prévio da defesa; (ii) o dever de individualização das condutas; (iii) o direito à prova; apenas para mencionar alguns dos outros desdobramentos do direito fundamental à ampla defesa. E entre eles afigura-se, incontestavelmente, o direito à defesa técnica.

Portanto, a observância dos três elementos aventados pela Corte Constitucional alemã, no bojo do processo administrativo disciplinar, não será suficiente para se afirmar que o direito fundamental à ampla defesa foi assegurado. Para atestar o respeito a esse princípio constitucional, é imprescindível que todos os seus desdobramentos — inclusive o direito à defesa técnica, como se verá adiante — tenham sido garantidos.

<sup>34</sup> Cf. Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 752 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

<sup>35</sup> Cf. Ministro Cezar Peluso, fls. 753/754 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

<sup>36</sup> Cf. Ministro Cezar Peluso, fls. 754 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

<sup>37</sup> Cf. Ministro Marco Aurélio, fls. 757 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

<sup>38</sup> Cf. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, fls. 742/743 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

### 3.2.2 Necessidade de defesa técnica apenas se a complexidade da questão tornar o acusado inapto para exercer a autodefesa

Conforme o segundo argumento, a defesa técnica só seria exigível se a complexidade da questão tornasse o acusado inapto para exercer a autodefesa, ou se a sua ausência não permitisse ao servidor exercer mais do que um simulacro de defesa.<sup>39</sup>

A afirmação funda-se na premissa de que (i) há determinadas hipóteses em que o servidor possui plena capacidade de defender-se sozinho, e (ii) outras que constituem situações demasiadamente complexas que reclamariam a assistência de um advogado, sob pena de se ter apenas uma defesa aparente. Naquelas, a defesa técnica seria dispensável; nestas, imprescindível. Tal raciocínio não prospera, pelo fato de que, independentemente da complexidade das imputações feitas ao servidor público, apenas o profissional tecnicamente capacitado — o advogado — terá condições de proporcionar ao acusado uma defesa efetivamente ampla.

Se a situação deflagrada da instauração de processo administrativo for simples, não trazendo ao indiciado maiores dificuldades para comprovar a sua inocência com base nos fatos ocorridos, ainda assim haverá uma vasta gama de argumentos jurídicos que poderiam ser utilizados em seu favor, robustecendo a sua defesa, e que na prática não o serão, diante da ausência de capacitação técnica do servidor para manejá-los. Ou seja, por mais singela que possa ser a acusação, ainda assim uma defesa ampla, nos termos assegurados pela Constituição, só será efetivada se for composta por um conjunto argumentativo de caráter jurídico, que apenas um advogado será capaz de elaborar. Do contrário, o acusado terá apenas uma defesa, mas não uma ampla defesa, tal qual assegurada pelo texto constitucional.

Ademais, ainda que se admitisse que apenas nas situações complexas a defesa técnica por advogado seria exigível, o verbete incorporado pela Súmula Vinculante nº 5 não comporta distinções: consoante o referido enunciado, a falta de defesa técnica por advogado em qualquer processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Assim, questiona-se: será que não haverá ofensa à Constituição se restar demonstrado, no caso concreto, que o servidor público apresentou uma defesa inequivocamente frágil, consistindo apenas em um “simulacro de defesa”,<sup>40</sup> cuja inépcia decorreu da complexidade da situação? Certamente que sim, conforme destacado pela própria Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha em seu voto.

<sup>39</sup> Cf. Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, fls. 747 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

<sup>40</sup> Para utilizar a expressão empregada pela eminente Ministra Cármen Lúcia, em sua ressalva quanto à facultatividade da defesa técnica.

Se existem situações em que é imprescindível a defesa técnica por advogado, sob pena de não se ter uma defesa ampla e efetiva, esse motivo, só por só, é mais do que 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. 5º, LV da CF, que alberga o direito fundamental à ampla defesa nos processos administrativos.

### 3.2.3 Indispensabilidade do advogado apenas à administração da justiça, assim considerada somente a função jurisdicional (art. 133 da CF)

O terceiro argumento empregado pelo STF é o de que, de acordo com o art. 133 da CF, o advogado é indispensável à administração da justiça, assim considerada apenas a função jurisdicional.<sup>41</sup>

Segundo tal entendimento, o art. 133 da Constituição Federal (“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”) prevê a indispensabilidade do advogado apenas ao exercício da função jurisdicional, não se podendo incluir no termo justiça a assistência jurídica promovida em processos administrativos. Para chegar a essa conclusão, o ilustre Ministro Carlos Ayres Britto compara o dispositivo citado com os arts. 127 e 134 da Lei Maior, de acordo com os quais o Ministério Público a Defensoria Pública, respectivamente, são essenciais à função jurisdicional.

Ora, a interpretação restritiva do art. 133 da CF, com a devida vênia, levada a efeito de forma apoucada e literal, é manifestamente incompatível com os postulados da interpretação constitucional. A construção das 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 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.

<sup>41</sup> Cf. Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 750 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF e Ministro Cezar Peluso, às fls. 753.

Por conseguinte, a expressão justiça, estampada no art. 133 da Constituição, quer significar todo e qualquer procedimento estatal que possa atingir a esfera jurídica individual do particular. Tais procedimentos, conforme já afirmado no item 2, supra, convertem-se em processos a partir do momento em que surge uma relação de litigância entre o Estado e o sujeito privado, cujo provimento final possa acarretar restrições aos direitos do cidadão, atraindo a incidência de todos os princípios constitucionais que compõem o núcleo comum de processualidade, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a presunção de inocência e a razoável duração do processo.

O que se pode extrair do art. 133 da Constituição, a partir de uma interpretação sistemática dos mandamentos constitucionais, mormente dos direitos fundamentais acima referidos, é que a indispensabilidade do advogado se dá em qualquer circunstância em que a atividade advocatícia for necessária para que os direitos fundamentais de natureza processual sejam garantidos. E o processo administrativo disciplinar, certamente, é uma dessas situações, pois sem o conhecimento técnico — por exemplo, sobre a prescritibilidade da pretensão punitiva — o servidor acusado tem a sua defesa fragilizada, ficando sujeito à restrição de seus direitos materiais, tais como a honra, a imagem, o cargo público, que podem ser injustamente lesionados se uma ampla defesa não lhe for assegurada.

Ademais, a comparação efetuada no acórdão em apreço entre o tratamento constitucional dispensado ao advogado (art. 133 da CF) com aquele destinado ao Ministério Público (art. 127 da CF) e à Defensoria Pública (art. 134 da CF) não faz sentido. Se os arts. 127 e 134 da Lei Fundamental dispuseram que o Ministério Público e a Defensoria Pública são essenciais à função jurisdicional, enquanto o art. 133 determinou que o advogado é indispensável à administração da justiça, a adoção de termos diferenciados pelo constituinte certamente teve alguma razão de ser. Não foi à toa que no caso do advogado foi empregada expressão com acepção mais ampla: a justiça compreende qualquer situação que afete os direitos fundamentais, seja na esfera jurisdicional ou na administrativa. Do contrário, a Constituição utilizaria a mesma terminologia.

### 3.2.4 A exigência de defesa técnica significaria uma defesa transbordante

Consoante o quarto fundamento, do art. 5º, LV da CF não se extrai a obrigatoriedade de defesa técnica nos processos administrativos, pois isso implicaria

“mais do que a ampla defesa, e sim uma defesa amplíssima, ou seja, uma defesa transbordante”.<sup>42</sup>

Renovando o respeito devido ao brilhante jurista e Ministro do STF, Carlos Ayres Britto, a alegação acima não ostenta a menor condição de prosperar. Primeiramente porque a Constituição Federal de 1988 não muniu o cidadão com o direito a uma defesa qualquer, mas sim com o direito a uma ampla defesa. Não se trata de um simples adjetivo, ou ornamento gramatical adicionado à redação do art. 5º, LV. Quando o constituinte optou pelo emprego da locução “ampla defesa”, fez uma opção política: decidiu que a todos os litigantes em processo judicial ou administrativo, bem como aos acusados em geral, deveriam ser garantidos o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes. E a defesa técnica constitui, obviamente, um meio inerente à ampla defesa.

Dessa primeira constatação deflui a lógica consequência de que não será suficiente a apresentação de uma defesa qualquer pelo litigante para que seja observado o preceito constitucional em questão. A defesa deverá ser real, efetiva, explorando — ao menos de forma potencial — todos os argumentos fáticos e jurídicos que militam em favor do acusado. E para tanto, a presença do advogado e a elaboração de uma defesa técnica é indispensável, sob pena de se ter apenas uma tentativa ou um simulacro de defesa. Logo, a exigência de assistência técnica por advogado nos processos administrativos disciplinares não representa exagero algum, como pretendeu o acórdão em comento. Pelo contrário: constitui um meio inerente a uma defesa ampla, qualificada, tal como assegurada pela Constituição Federal.

Em segundo lugar, há manifesta contradição na afirmação de que a necessidade de defesa técnica em processo administrativo significa “mais do que a ampla defesa, e sim uma defesa amplíssima, ou seja, uma defesa transbordante”. Se no processo penal, que consiste em uma modalidade de processo judicial, é pacífica a imprescindibilidade do advogado para a garantia de uma ampla defesa, por que razão no processo administrativo disciplinar, que consubstancia espécie de processo administrativo, entendeu-se pela sua facultatividade? Ora, o art. 5º, LV da CF não faz diferenciação alguma entre o processo judicial e o processo administrativo, quando trata dos direitos ao contraditório e à ampla defesa. Consequentemente, se não há qualquer distinção, pressupõe-se que o regime principiológico aplicável a

<sup>42</sup> Cf. Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 751 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

cada um deles e o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais incidentes em ambas as categorias processuais deve ser exatamente o mesmo.

A equiparação efetuada pela Constituição de 1988 entre o processo judicial e o processo administrativo, como amplamente demonstrado no item 2, *supra*, não foi em vão. O motivo pelo qual se asseguram o contraditório e a ampla defesa reside na possibilidade de o processo afetar a esfera jurídica individual do cidadão, o que ocorre tanto nos processos judiciais (civil, penal, trabalhista, etc.) quanto nos processos administrativos (fiscal, disciplinar, etc.). Resulta contraditório, portanto, admitir a obrigatoriedade de advogado em um processo de natureza sancionatória como é o penal, por exemplo, apenas por se tratar de processo judicial, e denegar a mesma exigência para outro processo de igual caráter punitivo como é o disciplinar, por representar espécie de processo administrativo. Se ambas as modalidades de processo ostentam finalidade sancionatória, o conteúdo jurídico do direito fundamental à ampla defesa deve ser rigorosamente o mesmo.

É claro que ao lado do núcleo comum de processualidade, composto pelos princípios constitucionais, deve existir um núcleo diferenciado, formado por regras e ritos distintos. O que não se pode aceitar é, dentro do núcleo comum — contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, juiz natural, razoável duração do processo —, a tratativa diferenciada de tais garantias. Ou seja: se no processo criminal é indispensável a presença do advogado, como desdobramento do direito fundamental à ampla defesa, o mesmo ocorre com o processo administrativo disciplinar.

Um terceiro argumento parece fulminar a alegação de que a exigência de defesa técnica no processo administrativo disciplinar retrata uma defesa “transbordante”. Quando se analisa a questão relativa ao direito de defesa no processo administrativo disciplinar, não se está examinando um direito qualquer, mas sim um direito fundamental, de estatura constitucional. E a hermenêutica das normas constitucionais, como é sabido, é regida por princípios de interpretação específicos, tendentes a potencializar o seu conteúdo, o seu alcance e os seus efeitos. Assim, a interpretação das normas constitucionais em geral, e das normas definidoras de direitos fundamentais em especial, deve nortear-se pelo princípio da máxima efetividade, segundo o qual deverá ser atribuído ao texto normativo, no ato de construção interpretativa da norma, o significado que maior efetividade lhe dê, otimizando e maximizando o conteúdo da norma de sorte a conferir-lhe a maior potencialidade.

É o que se deduz do autorizado magistério de J. J. Gomes Canotilho:

Este princípio [da máxima efetividade], também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. (...) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).<sup>43</sup>

É exatamente por força do princípio da máxima efetividade, orientador da hermenêutica constitucional, que se deve interpretar o direito fundamental à ampla defesa no processo administrativo de modo potencializado. Um servidor público, acusado de praticar uma falta funcional, não só pode como deve exercer a autodefesa, pois esta traduz um dos elementos que compõem o direito à ampla defesa. No entanto, a autodefesa por si só é insuficiente para que a defesa seja realmente ampla. Ao seu lado, deve ser garantida a defesa técnica, vez que será somente através dela que se poderá aquilatar à argumentação defensiva os fundamentos jurídicos aptos a fortificar a contestação do acusado.

Tome-se o seguinte exemplo: é instaurado processo administrativo disciplinar em face de determinado servidor público federal, sob o argumento de que ele teria retirado um documento da repartição, sem a autorização de seu superior hierárquico. No ato de instauração do processo, foi indicada a prática, em tese, da conduta prevista como proibida no art. 117, II da Lei nº 8.112/90.<sup>44</sup> Como a penalidade cominada pela Lei à referida infração disciplinar é a de advertência, nos termos do art. 129 do Estatuto,<sup>45</sup> o servidor optou por realizar sua própria defesa, em razão da baixa gravidade da sanção. O processo seguiu seu trâmite regular, o acusado apresentou suas razões de defesa, e a Comissão Processante, em seu relatório, sugeriu a aplicação da pena de advertência, nos termos do art. 129 da Lei nº 8.112/90. A autoridade julgadora, contudo, sem fazer qualquer alusão às provas dos autos, entendeu que o comportamento do servidor deveria ser tipificado como furto, e, por constituir crime contra a Administração Pública, penalizou-o com a sanção de demissão, conforme

<sup>43</sup> CANOTILHO. Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 1224.

<sup>44</sup> Art. 117. Ao servidor público é proibido: (...) II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

<sup>45</sup> Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

o art. 132, I do mencionado diploma legal.<sup>46</sup> Houve a mudança do enquadramento legal da conduta do servidor, bem como da penalidade inicialmente indicada, mesmo sem haver contrariedade às provas dos autos, como exige o art. 168 e parágrafo único,<sup>47</sup> e sem a oportunidade de o servidor exercer o contraditório após a modificação da tipificação da infração.

No caso exemplificado, embora pudesse o servidor defender-se das acusações utilizando argumentos de fato, demonstrando que o documento não foi retirado da repartição, ou que houve autorização da autoridade competente para tanto, diversos aspectos jurídicos poderiam ser aventados em seu favor. Poder-se-ia alegar: (i) violação ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF),<sup>48</sup> pois havendo acusação de prática de crime contra a Administração Pública, a sanção disciplinar só poderia ter sido aplicada após o pronunciamento do Poder Judiciário, declarando a ocorrência do furto mediante sentença penal transitada em julgado; (ii) ofensa ao princípio do contraditório, diante da modificação unilateral do enquadramento legal da conduta praticada pelo servidor e da penalidade a ela cominada; (iii) afronta ao art. 168 e parágrafo único da Lei nº 8.112/90, uma vez que a autoridade julgadora rejeitou o relatório da Comissão de Inquérito sem haver provas em contrário nos autos.

Nessa situação, o servidor exerceu, mediante a autodefesa, uma defesa precária, incompleta, carente de maior substância jurídica, que se estivesse presente poderia inequivocamente conduzir à sua absolvição. Consequentemente, a falta de defesa técnica por advogado ofendeu o art. 5º, LV da CF, uma vez que não lhe foi assegurada uma ampla defesa. A interpretação do aludido dispositivo constitucional subordina-se ao princípio da máxima efetividade, o qual, quando aplicado à espécie, faz espargir a obrigatoriedade de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar, não havendo que se falar em “defesa transbordante”.

### 3.2.5 A obrigatoriedade de defesa técnica importaria asoerberamento da Defensoria Pública

De acordo com o quinto argumento, a exigência de defesa técnica em todos os processos administrativos disciplinares importaria um asoerberamento da Defensoria Pública.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública;

<sup>47</sup> Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

<sup>48</sup> Art. 5º. (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

<sup>49</sup> Cf. Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 752 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

A assertiva não merece concordância, eis que parece aceitar solenemente a ideia de “reserva do possível” como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais. Seguindo tal raciocínio, concluiríamos que os direitos fundamentais devem ser realizados pelo Poder Público na medida do financeiramente possível, de sorte que, se não houver recursos disponíveis, justifica-se a violação de tais direitos pela omissão estatal. Ou seja: o Estado só estaria obrigado a atender as imposições constitucionais relativas aos direitos fundamentais se isso não compromettesse em demasia os cofres públicos.

É justamente essa a racionalidade que se adota quando se nega a necessidade de garantir a defesa técnica em todos os processos administrativos disciplinares, com o argumento de que tal exigência asoberbaria a Defensoria Pública. Ora, se tal premissa fosse válida, o aumento excessivo de acusados em processos criminais, com o conseqüente abarrotamento da Defensoria Pública, eximiria a instituição do dever de promover a defesa técnica de todos eles, a pretexto de encontrar-se demasiadamente atarefada. A adesão a esse entendimento afronta, logicamente, o sistema constitucional brasileiro.

Os servidores públicos acusados em processos disciplinares que não ostentarem condições de contratar um advogado terão o direito irrenunciável — porque fundamental — à assistência jurídica integral e gratuita, proporcionada pelo Estado. Tal direito está inserido no rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão, no art. 5º, LXXIV da CF, que assim estabelece: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Cuida-se de incumbência inescusável do Estado brasileiro, de prestação obrigatória a todos os cidadãos economicamente hipossuficientes.

Combinando-se o precitado dispositivo com o art. 134 da Lei Maior, infere-se que tal atribuição compete, de fato, à Defensoria Pública, cumprindo-lhe a defesa dos necessitados nos termos do art. 5º, LXXIV. O texto constitucional não faz qualquer referência a qual tipo de defesa se está a tratar; logo, pela aplicação do princípio da máxima efetividade, a locução deve ser interpretada de forma ampliativa, englobando inclusive as defesas em processos administrativos de caráter sancionador.

Com efeito, o fato de o cumprimento desse direito fundamental dilatar o trabalho das Defensorias Públicas, sobrecarregando-as, não pode ser empregado como argumento para autorizá-las a se despirem de uma incumbência que lhes é constitucionalmente imposta. O próximo passo

seria aceitar que os hospitais públicos não estão sujeitos ao atendimento do direito fundamental à saúde — ignorando a literalidade dos arts. 6º<sup>50</sup> e 195<sup>51</sup> da Constituição — quando a demanda for excessiva! Conforme já tivemos a oportunidade de nos manifestar, a reserva do possível, que, diferentemente da doutrina majoritária,<sup>52</sup> pensamos teve origem em decisão proferida pelo Conselho de Estado Francês no Caso Terrier,<sup>53</sup> não pode encontrar acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, sequer como excludente ou atenuante da responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão.<sup>54</sup> É admissível, em casos excepcionais, que não envolvam direitos fundamentais, tão somente, como atitude postergatória para satisfação de direito já reconhecido.

É preciso rechaçar, incisivamente, qualquer iniciativa da Administração Pública de se esquivar das obrigações que lhe são determinadas pela Constituição, mormente em matéria de direitos fundamentais. Se o texto constitucional assegura expressamente aos cidadãos o direito fundamental à ampla defesa nos processos administrativos (art. 5º, LV), do qual a defesa técnica constitui desdobramento, e garante, no caso dos necessitados, a assistência jurídica integral e gratuita (arts. 5º, LXXIV) através da Defensoria Pública (art. 134), a fuga do Estado em relação ao cumprimento de tais mandamentos importa inobjetable afronta à Lei Fundamental.

O que impede reconhecer é a inaceitável omissão de alguns Estados brasileiros em instituir as respectivas Defensorias Públicas, especialmente mediante a criação legal da carreira de Defensor Público. O art. 134, §1º da CF estabeleceu que “Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira,

<sup>50</sup> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>51</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>52</sup> Como, por exemplo, Andreas J. Krell, para quem a teoria da reserva do possível foi pioneiramente elaborada pela Corte Constitucional alemã, no célebre acórdão BVerfGE 33, 330, de 18 de julho de 1972 (KRELL. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”, p. 51).

<sup>53</sup> O julgado pode ser conferido em BRAIBANT; DEVOLVÉ; GENEVOIS et al. Les Grands arrêts de la Jurisprudence Administrative, p. 73-76. Sobre o referido caso, julgado em 6 de fevereiro de 1903, aduz Ana Lúcia Pretto Pereira: “No caso em questão, o conselho de prefeitura do departamento de Saône-et-Loire havia prometido um prêmio, em dinheiro, a todo sujeito que provasse ter matado cobras ou outros animais nocivos, presentes naquela região. O Sr. Terrier, contudo, teve seu pedido de pagamento do prêmio recusado pela prefeitura, à razão de que o crédito reservado para a recompensa se havia esgotado. Diante disso, recorreu ao Conselho do Estado para requerer censura à prefeitura, em virtude do não cumprimento do combinado. Ao final, ficou decidido que o Conselho de Estado não seria competente para decidir a questão, mas que, havendo a dotação orçamentária, conforme apresentando no recurso, o demandante deveria buscar novamente junto à prefeitura a indenização à qual eventualmente tivesse direito” (PEREIRA. A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia, f. 84-85).

<sup>54</sup> BACELLAR FILHO. Direito administrativo e o Novo Código Civil, p. 243.

providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais". Foi então editada a Lei Complementar nº 80/94, que prescreve normas gerais para a organização da Defensoria Pública nos Estados e determina, em seu art. 110, que "A Defensoria Pública do Estado é integrada pela carreira de Defensor Público do Estado, composta das categorias de cargos efetivos necessárias ao cumprimento das suas funções institucionais, na forma a ser estabelecida na legislação estadual". Ocorre que em diversos Estados, como no Paraná, a necessária legislação estadual jamais foi elaborada, de modo que em tais entidades da Federação a constituição das Defensorias Públicas apresenta-se deficiente, insuficiente ou inexistente.

Diante de tal quadro, o "assoberbamento" das Defensorias Públicas não pode ser considerado como um fundamento apto a justificar a suposta impossibilidade de se realizar o direito fundamental à ampla defesa no processo administrativo disciplinar, através da exigência de defesa técnica. Do contrário, estar-se-á, como anteriormente dito, futuramente aceitando a condenação de acusados em processos criminais sem a assistência de advogados, em face do excesso de indiciados sem condições para custeá-los.

Além disso, ainda que não seja a solução ideal, há que se pensar em alternativas para as situações de deficiência da Defensoria Pública. Em caso de efetiva impossibilidade de atuação da instituição, deve-se compelir o Estado a buscar outras formas de prestação de assistência jurídica gratuita, impedindo a frustração desse direito fundamental e todos os demais direitos que são dele dependentes (tais como a ampla defesa e o contraditório).

Ainda que sua aplicação restrinja-se à concessão assistência judiciária aos necessitados, é possível, pela via analógica, extrair uma proposta da Lei nº 1.060/50. Em seu art. 5º, §1º, a aludida lei dispõe que, nos Estados onde houver serviço de assistência judiciária organizado e mantido pelo Estado, o juiz determinará que o serviço indique, no prazo de dois dias úteis, o advogado que patrocinará a causa do necessitado. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais (art. 5º, §2º, da Lei nº 1.060/50). Nos Municípios em que não existirem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado (art. 5º, §3º, da Lei nº 1.060/50).

Na mesma senda, é imperativa a aceitação de que a insuficiência da Defensoria Pública em prestar a necessária assistência jurídica aos

necessitados em processo administrativo disciplinar impõe à Comissão Processante o dever de nomear advogado dativo, garantindo dessa maneira o direito fundamental ao acesso à justiça. A analogia também pode ser feita com o processo penal, cuja natureza punitiva o aproxima do processo administrativo disciplinar. O Código de Processo Penal brasileiro prevê a figura do advogado dativo, nos seguintes dispositivos:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.”

Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.

Art. 264. Salvo motivo relevante, os advogados e solicitadores serão obrigados, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, a prestar seu patrocínio aos acusados, quando nomeados pelo Juiz.

Assim como no processo penal, os advogados dativos nomeados pela Comissão Processante, por atuarem de forma subsidiária, residual, substituindo e exercendo a imprescindível função da Defensoria Pública, quando o atendimento desta se apresentar impossível no caso concreto, não atuarão de forma gratuita. A prestação de assistência jurídica, função por eles desempenhada, deveria ser realizada pelo Poder Público, razão pela qual fazem jus à percepção de honorários pelo Estado, titular do dever de prestar gratuitamente a assistência jurídica aos necessitados. No caso de o acusado não ser necessitado, recairá sobre ele o dever de suportar o adimplemento dos honorários de seu defensor dativo.

Assim, seja por iniciativa do advogado, seja pela nomeação compulsória da Comissão Processante, o advogado que patrocinar acusado em processo administrativo disciplinar, prestando-lhe assistência judiciária por conta da inexistência ou deficiência da Defensoria Pública — a quem, repise-se, compete este dever (art. 134 da CF) — terá direito aos honorários decorrentes da nomeação e aceitação, e não somente aos honorários de sucumbência, quando houver.

Tal conclusão decorre de disposição expressa do Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/94, que em seu art. 22, §1º, prevê o direito do advogado aos honorários, pagos pelo Estado, em situações como essa:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§1º. O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

Dessa forma, levando-se em conta (i) a eficácia jurídica do direito fundamental à assistência jurídica gratuita e integral (art. 5º, LXXIV da CF) pela Defensoria Pública (art. 134 da CF); (ii) a impossibilidade de se admitir a reserva do possível como obstáculo à realização do direito fundamental à ampla defesa no processo administrativo disciplinar (art. 5º, LV da CF); ou (iii) a existência de alternativas possíveis no caso de sobrecarga da Defensoria Pública, como a nomeação de defensor dativo (analogia do art. 5º, §§1º, 2º e 3º da Lei nº 1.060/50 e dos arts. 261, 263 e 264 do CPP), o argumento sob exame não é procedente.

### 3.2.6 O exercício do contraditório é facultativo ao acusado, tal como no processo civil

Para o sexto argumento, por sua vez, o que a Constituição assegura é o contraditório, considerado como a possibilidade de intervir na formação da decisão, devendo o interessado exercitá-lo ou não, segundo suas conveniências pessoais, assim como no processo civil.<sup>55</sup> Novamente, com a devida vênia, o argumento utilizado no acórdão que suscitou a edição da Súmula Vinculante nº 5 parte de vários pressupostos equivocados.

O primeiro deles repousa sobre a confusão entre o direito à ampla defesa e o direito ao contraditório. Muito embora previstos no mesmo inciso do art. 5º da CF, o contraditório e a ampla defesa consubstanciam princípios diferenciados, com conteúdo e significado próprios. O direito ao contraditório representa manifestação do princípio da participação, segundo o qual todo poder, nas sociedades democráticas, recebe legitimação por meio da participação no seu exercício.<sup>56</sup> Diz respeito, portanto, a ambas as partes do processo e não apenas ao réu. Seu fundamento está na bilateralidade do processo, e seu conteúdo traduz-se no direito que cada sujeito processual — no caso, Administração e servidor acusado — ostenta de se manifestar para destruir a credibilidade do argumento utilizado pela outra parte.

<sup>55</sup> Cf. Ministro Cezar Peluso, fls. 753/754 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

<sup>56</sup> MARINONI. Teoria geral do processo, p. 313.

Por seu turno, o princípio da ampla defesa diz respeito ao conjunto de mecanismos necessários e capazes de fornecer ao réu condições de se opor, de forma efetiva, à pretensão punitiva da Administração Pública. Não há dúvidas de que para o exercício do direito de defesa é imprescindível a efetivação do contraditório, diante da necessidade de informação do acusado e de oportunidade de reação. Vale dizer: "relaciona-se defesa com contraditório porque o réu necessita ser informado e ter a sua disposição os meios técnicos (prazo adequado, advogado) capazes de lhe permitir a reação".<sup>57</sup> Nessa medida, o princípio constitucional da ampla defesa não se limita à oportunização do contraditório, pois este é apenas o ponto de partida para o exercício do direito de defesa.

Afirmar que a Constituição assegura apenas o contraditório, compreendido como mera possibilidade de o acusado intervir na formação da decisão, como argumento para afastar a necessidade de assistência técnica por advogado no processo disciplinar, implica em posicionamento equivocado quanto ao significado jurídico integral do direito fundamental à ampla defesa. Se é certo que a Lei Maior garante o contraditório, isso não quer dizer que a ampla defesa esteja nele resumida. A simples autorização da Administração para que o acusado refute as acusações contra si dirigidas, isto é, a mera oportunidade de manifestação conferida ao servidor, é incapaz de absorver todo o substrato jurídico do princípio da ampla defesa. Trata-se de uma concepção restritiva, que considera apenas a dimensão negativa (ou função de defesa) do direito à ampla defesa.

Conforme a prestigiada doutrina de Robert Alexy, é preciso compreender cada direito fundamental como um "direito fundamental como um todo",<sup>58</sup> impendendo reconhecer a multifuncionalidade de tais direitos,<sup>59</sup> na medida em que eles exercem, simultaneamente, as funções de defesa e de prestação. E assim deve ser interpretado o direito fundamental à ampla defesa no processo administrativo disciplinar. A dimensão negativa de tal direito (função de defesa), ligada à perspectiva adotada pelos chamados direitos de liberdade, ou de primeira geração, impõe à Administração a proibição de interferência indevida na esfera particular do servidor, sem que se permita o exercício do contraditório e da defesa. Deve-se possibilitar ao acusado a participação oportuna no processo, em equilíbrio com

<sup>57</sup> MARINONI, op. cit., p. 314.

<sup>58</sup> ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 214.

<sup>59</sup> No mesmo sentido posiciona-se Ingo Wolfgang Sarlet, ao aduzir que "várias das normas definidoras de direitos fundamentais exercem simultaneamente duas ou mais funções, sendo, neste sentido, inevitável alguma superposição" (SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 184).

a intervenção da acusação. Tal dimensão estabelece, pois, um dever de abstenção ao Estado: não punir o servidor sem a prévia oportunização do exercício do contraditório e da defesa.

No entanto, o mencionado direito fundamental retrata também uma dimensão positiva (função prestacional), a qual se revela na obrigação dirigida ao Estado de criar<sup>60</sup> condições fáticas e jurídicas necessárias para o adequado exercício do direito de defesa. E é precisamente esse aspecto — a função prestacional ou dimensão positiva do direito fundamental à ampla defesa — que foi ignorado no acórdão sob análise. A efetividade do princípio constitucional em tela só será levada a efeito se a Administração Pública, além de manter o acusado informado sobre os atos do processo e não obstaculizar as suas manifestações tendentes a contraditar as acusações (função de defesa), fornecer ao servidor os instrumentos hábeis a exercer uma defesa ampla (função prestacional). Entre tais instrumentos, como exaustivamente reiterado, está a defesa técnica por advogado. Se assim não ocorrer, estar-se-á apenas respeitando o direito ao contraditório, mas ofendendo a dimensão positiva do direito à ampla defesa, que exige a criação, por parte do Estado, dos pressupostos necessários ao real exercício desse direito.

Afora o incompatível paralelo entre os direitos ao contraditório e à ampla defesa, e o desprezo à função prestacional deste último, o eminente Ministro Cezar Peluso — com todo o respeito que lhe é devido — perfaz uma desautorizada comparação entre o processo administrativo disciplinar e o processo civil. A analogia realizada não deve ser levada a efeito por três motivos elementares.

Primeiramente, em razão da diferença de natureza das duas modalidades processuais. O processo disciplinar não pode ser comparado em suas peculiaridades com o processo civil, uma vez que incorpora caráter punitivo, assim como o processo penal. Por ostentar natureza sancionatória, o processo disciplinar pressupõe uma ampliação nos mecanismos de defesa do réu, tal como ocorre no processo penal. Assim, se no processo civil a opção entre defender-se ou não depende das conveniências pessoais do réu, conforme consignado no acórdão examinado, o mesmo não se passa no processo disciplinar nem no processo penal, visto que condição de acusado reclama a deflagração de uma defesa efetiva. Se a revelia é admitida no processo civil — e este foi o ponto de comparação empreendido no acórdão — isso nada tem a ver a com o processo administrativo disciplinar, cuja morfologia assemelha-se à do processo criminal.

<sup>60</sup> ALEXY, op. cit., p. 393.

O segundo motivo que desabona a comparação em debate está, s.m.j., na apressada análise do tema da revelia no processo civil. Em seu voto, o ilustre Ministro Cezar Peluso assinalou que “nunca, jamais se cogitou da nulidade eventual de processo civil em que o réu seja revel, de revelia absoluta. Ele é citado, não comparece, porque não lhe convém aparecer, porque não quer, mas nem por isso o processo é nulo por suposta ofensa ao princípio do contraditório”.<sup>61</sup> A afirmação olvida-se do disposto no art. 320, II do Código de Processo Civil. De acordo com o art. 319 do CPC, os fatos afirmados pelo autor serão considerados verdadeiros caso o réu não conteste a ação. Mas o art. 320, II, do Estatuto Processual excepciona a incidência de tais efeitos “se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”. Desse modo, é claro que se pode cogitar de nulidade no processo civil caso o réu seja declarado revel: basta que a lide trate de direito indisponível e o juiz aplique, em prejuízo do réu revel, os efeitos da presunção de veracidade dos argumentos suscitados pelo autor.

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).<sup>62</sup> Todos esses valores são albergados na Constituição Federal como direitos fundamentais (art. 5º, X<sup>63</sup> e art. 6º),<sup>64</sup> traduzindo, portanto, direitos indisponíveis. Nessa toada, mesmo que se admitisse a comparação do processo disciplinar com o processo civil, haveria nulidade em caso de revelia, pois o objeto do litígio seriam direitos indisponíveis, enquadrando-se na vedação do art. 320, II do CPC. Daí a infelicidade da analogia.

Um terceiro fundamento vem somar-se aos dois anteriores. Ainda que se tratasse de direitos disponíveis, a doutrina contemporânea do Direito Processual Civil tem desferido severas censuras à leitura acrítica do instituto da revelia no ordenamento jurídico brasileiro. É o caso de Luiz Guilherme Marinoni, para quem “mesmo em relação aos direitos disponíveis, (...) não há como aceitar que o simples não-comparecimento em juízo, diante do quadro social brasileiro, possa ser admitido como fonte automática e irreversível de prejuízo ao réu”.<sup>65</sup> Em outra passagem,

<sup>61</sup> Cf. Ministro Cezar Peluso, fls. 754 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

<sup>62</sup> 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;

<sup>63</sup> Art. 5º. (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>64</sup> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>65</sup> MARINONI, op. cit., p. 319.

em obra escrita em coautoria com Sérgio Cruz Arenhart, os autores questionam a justiça da regra de presunção do art. 319 do CPC quando interpretada literalmente, notadamente ao se considerar o grau de ignorância de grande parte da população brasileira.<sup>66</sup> O mesmo raciocínio pode ser emprestado ao exame da falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar.

Em que pese o fato de que os servidores públicos, em geral, detêm um conhecimento mínimo acerca das leis que regem o seu âmbito de atuação, isso não conduz à imediata conclusão de que, se acusados de cometimento de infração disciplinar, saberão manejar ingredientes tão complicados como o princípio do juiz natural, por exemplo, do qual decorre a proibição de constituição da Comissão Processante após a ocorrência da conduta tida como irregular. Ou então, o instituto da prescrição. Ou, ainda, a recente impossibilidade de admitir-se aplicação retroativa de nova interpretação (art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.784/99). Assim como no processo civil não é raro deparar-se com casos de revelia em que o réu não contestou por absoluta falta de esclarecimento quanto às consequências dessa omissão, no processo administrativo disciplinar são comuns as situações em que servidores desavisados deixam de contratar advogado ou postular assistência da Defensoria Pública por não vislumbrarem as repercussões que esse tipo de processo lhes pode causar, tal como a perda do cargo público arduamente conquistado.

Por todas essas razões, a tentativa de relacionar o regime do processo administrativo disciplinar com o processo civil é completamente inócua para tentar justificar a dispensabilidade de defesa técnica por advogado.

### 3.2.7 A necessidade de defesa técnica no processo penal justifica-se por se tratar de direito indisponível

O sétimo fundamento que conduziu à edição da súmula é o de que a necessidade de defesa técnica no processo penal é exceção, pois nele está em jogo um direito indisponível, que não pode ser renunciado.<sup>67</sup>

A distinção que se intenta forjar entre o processo penal e o processo administrativo disciplinar — para afastar deste a exigência de defesa técnica — com base na indisponibilidade do direito que está em jogo representa o argumento menos aceitável dentre todos aqueles utilizados pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>66</sup> MARINONI; ARENHART. Manual do processo de conhecimento, p. 131.

<sup>67</sup> Cf. Ministro Cezar Peluso, fls. 754 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

Segundo tal entendimento, no processo criminal a defesa por advogado seria imprescindível pelo fato de se estar em xeque o direito de liberdade, que, por revestir-se de indisponibilidade, demandaria uma tutela efetiva através de defesa técnica, sob pena de ser objeto de teórica renúncia. Vale dizer: se o acusado de prática de crime dispensasse a defesa técnica, estaria renunciando, em tese, a um direito indisponível: a liberdade. Até aqui, não há problema algum.

O contrassenso surge quando se lança mão da mesma racionalidade para asseverar que no processo administrativo disciplinar, diferentemente, a defesa técnica é dispensável, por se tratar de direitos disponíveis! Em primeiro lugar, o que se deve analisar é a disponibilidade ou não do próprio direito de defesa, antes mesmo de se cogitar sobre a disponibilidade dos direitos que poderão ser atingidos com o processo, pois quando o acusado opta por não nomear um defensor ele está abdicando do seu direito a uma defesa ampla. E tal direito, como visto, está previsto pelo art. 5º, LV da CF no catálogo de direitos e garantias fundamentais do cidadão. Sendo um direito fundamental, dele emanam todas as características inerentes a essa categoria de direitos, entre as quais está a inalienabilidade. Na acertada dicção de José Afonso da Silva, em razão desse atributo, os direitos fundamentais “São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis”<sup>68</sup>

Nesse sentido, por que razão o direito fundamental à ampla defesa será indisponível no processo criminal, mas disponível no processo disciplinar? Trata-se do mesmíssimo direito fundamental, dotado de idênticas características, submetido ao mesmo regime jurídico e inserido em dispositivo que o assegura tanto no processo judicial quanto no processo administrativo. No acórdão vertente, houve um desvio de foco: a indisponibilidade é do próprio direito fundamental à ampla defesa, independentemente dos demais direitos que estiverem em jogo, seja em uma ou outra modalidade processual.

Demais disso, retornando à lógica adotada no acórdão, supôs-se que no processo penal o direito em jogo — a liberdade — seria indisponível, ao passo que no processo administrativo disciplinar os direitos em questão seriam disponíveis. A afirmação deve ser repelida, eis que ignora completamente os bens jurídicos envolvidos em um processo disciplinar. Conforme explanado acima, em tais processos sempre se estará colocando em

<sup>68</sup> SILVA. Curso de direito constitucional positivo, p. 185.

risco, no mínimo, o direito fundamental à honra e à imagem do servidor público, protegidos constitucionalmente pelo art. 5º, X. Isso porque, mesmo com a aplicação da penalidade menos grave prevista pela lei, o agente terá sua ficha funcional maculada, sendo timbrado com a pecha de ímprobo, desonesto, negligente ou ineficiente. Pode-se ainda, mediante processo administrativo disciplinar, ameaçar o direito fundamental ao trabalho, albergado no art. 6º da CF e intrinsecamente ligado ao exercício do cargo público, posto que uma das sanções cominadas a determinadas condutas é a de demissão.

Seja pela lesão à honra ou à imagem do servidor com a aplicação de pena de censura, advertência ou suspensão, seja pela perda do cargo público ou cassação de aposentadoria, com a conseqüente subtração da remuneração, que tem caráter alimentar, sempre estarão em risco no processo administrativo disciplinar todos esses direitos fundamentais, protegidos pela Constituição Federal. Como se pode, diante disso, entender que nessa modalidade processual não estão em jogo direitos indisponíveis? É admissível a afirmação de que alguns direitos fundamentais são mais fundamentais, ou mais indisponíveis que outros? Obviamente que não.

A assertiva rompe, inclusive, com um dos pressupostos básicos da Teoria do Direito e do Direito Constitucional contemporâneos: por força do princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, não há hierarquia entre princípios constitucionais. Todas as normas incorporadas no tecido constitucional possuem idêntica dignidade. O direito à liberdade é tão essencial e indisponível quanto os direitos ao trabalho, à honra e à imagem. E todos eles constituem direitos fundamentais, que têm na inalienabilidade uma de suas características. Portanto, ainda que não se discuta a possibilidade de se dispor do direito de defesa — que deveria ser a discussão preliminar — e volte-se o holofote para os direitos que estão em risco no processo penal e no processo administrativo disciplinar, a conclusão a que chegou o STF continua sendo contraditória com os postulados do ordenamento jurídico brasileiro, em especial com o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição e com o regime jurídico dos direitos fundamentais, que outorga a todos o atributo da indisponibilidade.

Há ainda outro questionamento que parece fulminar o raciocínio adotado pelo Supremo Tribunal Federal: mesmo no processo administrativo disciplinar, o direito submetido a risco pode ser o da liberdade, no caso da pena de prisão administrativa. É o que se observa no processo administrativo disciplinar militar. A título exemplificativo, tome-se o

Decreto Federal nº 4.346/2002, que aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4). Em seu art. 24, V, o diploma prevê como uma das punições aplicáveis a “prisão disciplinar”. Cuida-se, inequivocamente, de privação do direito de liberdade, tal como ocorre do processo criminal. Sendo assim, havendo a igual possibilidade de restrição do direito fundamental de liberdade através de processo administrativo disciplinar, o argumento do STF ora apreciado perde toda a sua eventual sustentação.

Note-se que a Súmula Vinculante nº 5 abrange qualquer hipótese de processo administrativo disciplinar, não estabelecendo nenhuma ressalva em relação aos processos disciplinares militares. Como consequência, a validade do enunciado vinculativo faria com que os militares condenados à pena de prisão administrativa, em processo disciplinar despido de defesa técnica por advogado, não pudessem arguir a sua nulidade com fulcro na ofensa ao direito fundamental à ampla defesa. Seria mais uma situação em que, absurdamente, estar-se-ia aceitando a violação do art. 5º, LV da CF, a disponibilidade do direito à ampla defesa e, na linha do próprio acórdão do STF, a renúncia teórica do direito de liberdade.

### 3.2.8 É facultativa a nomeação de procurador, que não precisa ser advogado (art. 156 da Lei nº 8.112/90)

Finalmente, o oitavo argumento traduz a ideia de que o art. 156 da Lei nº 8.112/90 autoriza que o servidor promova a sua autodefesa, facultando a nomeação de procurador, que não precisa, necessariamente, ser advogado.<sup>69</sup>

O posicionamento acima transcrito faz tabula rasa de uma das mais elementares lições da hermenêutica constitucional contemporânea: são as leis que devem ser interpretadas à luz da Constituição, e jamais o contrário. Para uma adequada definição do conteúdo jurídico do direito fundamental à ampla defesa, impõe-se uma interpretação sistemática dos princípios e regras constitucionais, capaz de lhe conferir uma significação conformada aos valores mais essenciais compartilhados pela comunidade, plasmados na Lei Fundamental. Não se pode restringir o alcance do direito fundamental à ampla defesa com supedâneo em uma interpretação da Constituição à luz da norma infraconstitucional. É a lei que deve ser compreendida sob o prisma dos direitos fundamentais.

Destarte, entender desnecessária a defesa técnica por advogado, que é elemento constitutivo do direito fundamental à ampla defesa, tomando por fundamento o art. 156 da Lei nº 8.112/90, significa inverter

<sup>69</sup> Cf. Ministro Marco Aurélio, fls. 757 do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF.

a hierarquia das fontes do direito brasileiro. Ao invés disso, cumpre empreender uma interpretação do citado dispositivo que seja conforme a Constituição Federal. A hermenêutica das disposições legais demanda um processo de filtragem constitucional, a partir do qual, nas palavras de Paulo Ricardo Schier, “surge a necessidade de se buscar uma inter-relação axiológica visando a unidade sistemática e a efetiva realização dos valores estabelecidos no pacto fundador diante do direito infraconstitucional”.<sup>70</sup>

A única forma constitucionalmente adequada de interpretar o art. 156 da Lei nº 8.112/90 é atribuindo-lhe o sentido de que, além de poder acompanhar o processo pessoalmente, o servidor tem o direito a uma defesa técnica por procurador, o qual, pela aplicação do art. 133 da CF, deve necessariamente ser advogado. Por tudo o que já se expôs acima, é de se concluir que somente o advogado possui condições técnicas necessárias para manobrar os instrumentos jurídicos necessários a realização de uma defesa efetiva. Com lastro nessa construção interpretativa, é possível inferir que o art. 156 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais nada mais faz do que enunciar explicitamente o direito à autodefesa e à defesa técnica como elementos indissolúveis do princípio constitucional da ampla defesa, restando excluída, porque inconstitucional, a interpretação segundo a qual a defesa técnica é meramente facultativa.

Elencadas todas as refutações aos argumentos acatados pelo Supremo Tribunal Federal para a edição da — permita-se — inconstitucional Súmula Vinculante nº 5, insta ressaltar outra distorção gerada pelo enunciado. Em razão da forma como se encontra redigido, o verbete pode gerar a seguinte situação: num processo administrativo disciplinar em que haja advogado constituído, a ausência de sua intimação regular para os atos do processo pode não ser considerada como razão para anulação do feito, dada a suposta desnecessidade de defesa técnica. Poder-se-ia argumentar, erroneamente, que pelo fato de o STF considerar prescindível a defesa por advogado no processo administrativo disciplinar, a falha na sua intimação não acarreta violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Por todas as razões antes expendidas, impende concluir seguramente que a Súmula Vinculante nº 5 ostenta graves vícios materiais de inconstitucionalidade — além dos vícios formais, analisados na Proposta de Cancelamento ajuizada pelo Conselho Federal da OAB —

<sup>70</sup> SCHIER. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica, p. 25.

já que a defesa técnica, consoante amplamente demonstrado, constitui inobjetével exigência do direito fundamental à ampla defesa no processo administrativo disciplinar.

#### 4 Conclusões

De todo o exposto no presente estudo, é possível inferir, seguramente, que:

- a) o procedimento administrativo — encadeamento de atos dirigidos a um ato final —, quando tiver como objeto um provimento capaz de atingir a esfera jurídica individual de um cidadão, exigindo a participação dos interessados em contraditório, configurar-se-á como processo, atraindo para si a incidência dos princípios constitucionais inerentes ao regime constitucional processual;
- b) a categoria do processo não se resume ao exercício da função jurisdicional, sendo cabível também no exercício da função administrativa. Para ambas as hipóteses a Constituição Federal de 1988 instituiu um núcleo comum de processualidade, composto por garantias fundamentais comuns a qualquer modalidade de processo, tais como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a presunção de inocência e a razoável duração do processo;
- c) embora haja um núcleo diferenciado aplicável a cada espécie processual, com regras e ritos distintos, os direitos que formam o núcleo constitucional comum de processualidade devem incidir sobre qualquer modalidade de processo com a mesma intensidade. O direito fundamental à ampla defesa, em especial, é garantido pelo art. 5º, LV da CF sem qualquer distinção ao processo judicial e ao processo administrativo, de sorte que não se pode conferir conteúdo jurídico mais extenso a essa garantia quando incidir no processo judicial;
- d) no processo administrativo disciplinar, o princípio constitucional da ampla defesa comporta diversos desdobramentos, tais como: (i) o dever de individualização das condutas no ato de instauração do processo; (ii) o caráter prévio da defesa; (iii) o direito de ser ouvido; (iv) o direito de oferecer e produzir provas; (v) o direito a uma decisão fundamentada; (vi) o direito à autodefesa, compreendendo o direito de presença e o direito de audiência; (vii) o direito à defesa técnica por advogado. O Supremo Tribunal

- Federal, ao editar a Súmula Vinculante nº 5, refutando este último desdobramento, incorreu em manifesta inconstitucionalidade;
- e) o mencionado enunciado de efeito vinculante foi editado de forma inconstitucional, seja no plano formal, seja no âmbito material. Quanto ao aspecto formal, houve desrespeito ao art. 103-A, caput e §1º da Constituição Federal, e ao art. 3º, caput e §§1º e 3º da Lei nº 11.417/06, que definiram como pressupostos para a aprovação de súmula vinculante, entre outros, a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional e a ocorrência de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Isso porque, além do acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, que suscitou a aprovação da súmula, foram apontados apenas três outros acórdãos que, supostamente, representariam as “reiteradas decisões” acerca da mesma matéria. Em um deles (MS nº 24961), sequer se tratava de processo administrativo disciplinar. Além disso, existem julgados do STF em sentido absolutamente contrário (MS nº 25917/DF), o que demonstra a ausência de posicionamento pacífico da Corte sobre o tema;
- f) afora os vícios formais de inconstitucionalidade, o julgamento que gerou a proposta de edição da súmula pautou-se em oito fundamentos que contrariam frontalmente o substrato axiológico normativo da Constituição Federal, conforme minuciosamente explorado ao longo do presente trabalho.

Diante de tais conclusões, espera-se sinceramente uma mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, com o conseqüente cancelamento da Súmula Vinculante nº 5, que ostenta duvidosa constitucionalidade. Do contrário, será mantido irrefutável retrocesso no Direito Administrativo pátrio em matéria de direitos e garantias fundamentais, fulminando o esforço arduamente empreendido pela doutrina progressista no sentido de democratizar a atuação da Administração Pública brasileira.

The Necessity of Technical Defense in Administrative Disciplinary Procedure and the Unconstitutionality of the Binding Precedent nº 5 of STF

Abstract: The aim of this article is to examine the necessity of technical defense in administrative disciplinary procedure and the unconstitutionality of Binding Precedent nº 5 of STF, based on the analysis of the arguments used by the Supreme Court to justify its edition.

Key words: Technical defense. Administrative disciplinary procedure. Binding Precedent nº 5.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno et al. *Les Grands arrêts de la Jurisprudence Administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 9076/SP. 6ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. j. 16.12.1999. Unânime. DJU, p. 189, 21 fev. 2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 19968/DF. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Tribunal Pleno. 3 out. 1973. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 118, p. 99-104, out./dez. 1974.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25917/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU, 01 set. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 434059. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. j. 07.05.2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COMOGLIO, Luigi Paolo et al. *Lezioni sul Processo Civile*. Bologna: Il Mulino, 1995.
- COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil: la Constitución y el Proceso Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979. t. I.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DROMI, Roberto. *El Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
- FAZZALARI, Elio. *Processo: Teoria Generale*. Novissimo Digesto Italiano, Torino, v. XIII, 1966.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. A garantia da ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 19, jan./mar. 1972.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O processo administrativo nos pressupostos de positividade jurídica. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, n. 141, jan./mar. 1977.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. O direito à defesa na Constituição de 1988: o processo administrativo e os acusados em geral. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. 2009. 277 f. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VIGORITI, Vincenzo. Garanzie Costituzionali della Difesa nel Processo Civile. Rivista di Diritto Processuale, Padova, n. 1, gen./mar. 1965.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 27-64, jan./mar. 2010.

Recebido em: 13.10.09

Aprovado em: 02.02.10