



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

RENATA D' CARLOS ARANTES THEODORO

Súmula Vinculante nº 5 do STF *versus* Súmula 343 do STJ e artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal – o processo administrativo disciplinar diante dos princípios da ampla defesa e da obrigatoriedade de defesa técnica.

BRASÍLIA-DF

2014

RENATA D' CARLOS ARANTES THEODORO

Súmula Vinculante nº 5 do STF *versus* Súmula 343 do STJ e artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal – o processo administrativo disciplinar diante dos princípios da ampla defesa e da obrigatoriedade de defesa técnica.

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) como pré-requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Ciarlini

Brasília

2014

Renata D' Carlos Arantes Theodoro

Súmula Vinculante nº 5 do STF *versus* Súmula 343 do STJ e artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal – o processo administrativo disciplinar diante dos princípios da ampla defesa e da obrigatoriedade de defesa técnica.

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília

Brasília, de de 2014

Banca Examinadora

Prof. Dr. Álvaro Ciarlini

Orientador

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTOS

À Deus, pela oportunidade de poder trilhar essa jornada.

Aos meus avós, Luiz Gonzaga Theodoro e Sebastiana Arantes, por sempre terem me recebido com os braços abertos e calorosos nos momentos em que eu precisei.

Aos meus pais, Luiz Arantes Theodoro e Rossana D' Carlos Arantes Theodoro, por todo o amor dedicado e por todas as oportunidades de estudo que me propiciaram.

Ao amor Victor Russomano Júnior, por todo o companheirismo, carinho e pelos olhares compreensivos nos momentos de aflição, dúvida e ansiedade.

Ao ex-chefe, mas para sempre amigo, Marcos Henrique Lopes Guimarães, por sempre ter acreditado em meu potencial e por ter me ensinado que o fato do mal e da impunidade existirem não é motivo para deixarmos de lutar contra eles.

Ao ex-chefe Robson Silva Mascarenhas, por ter me auxiliado nos primeiros passos na área jurídica e por ter gastado tanto do seu precioso tempo ensinando uma estagiária do segundo semestre da graduação a redigir recursos, como também por ter sido uma fonte de inspiração para tentar vencer as dificuldades que inevitavelmente encontramos no decorrer da vida.

À todos os amigos e ex-chefes do Departamento de Polícia Federal: em especial ao Alexandre Campelo de Barros, Allan Moura, André Luiz Santos, Luciano Leiro Soares, Márcio Magno Carvalho Xavier, Rômulo Teixeira Cavalcante, Tony Marcelo Freitas de Almeida e Victor Emmanuel Fernandes, pela amizade, paciência e incentivo.

Aos amigos Euripedes Eustáquio Pires, Osvaldo Pereira Pires e Sivaldo Pereira Pires, por me permitirem fazer do seu Bar e Restaurante local para estudo e suporte durante esses cinco anos da graduação e por me ajudarem a suportar a saudade do "jeitinho mineiro" com um pouco do "jeitinho goiano".

Às amigas Juliana Neves e Ester Lins Vasconcelos, pelas mãos estendidas e por nunca terem se distanciado mesmo nos momentos da minha ausência.

Ao grande amigo Carlos Gustavo de Braz Coutinho Lambach, por todo o auxílio gratuito nessa caminhada, que foi fundamental para que eu a concluísse.

À todos os professores que me passaram um pouco do seu vasto conhecimento, em especial ao professor de português que me deu aula no ensino fundamental, mas do qual eu nunca esqueço, Maurício Apolinário; ao professor Fernando Messere, por me mostrar em seus olhos brilhantes o amor em ensinar, pela amizade e por todos os sorrisos reconfortante; ao professor Rene Silva, por me mostrar que “isso de ser exatamente o que se é ainda vai nos levar além”¹; ao professor George Leite, pelo carinho e atenção com que sempre tratou a mim e a todos os seus alunos, à professora Ariane Guimarães, por ter aberto os meus olhos para o tema tratado nesta dissertação e por ser tão inspiradora, como mulher e profissional.

Ao meu orientador, Doutor Professor Álvaro Ciarlini, por ter me trazido luz nos momentos de escuridão, sabedoria na ignorância, direção quando eu já me sentia perdida e força para prosseguir. Obrigada por ter tornado este trabalho menos árduo. Sem os seus ensinamentos e sem a sua orientação seria impossível concluí-lo.

¹ Paulo Leminski.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a aplicação do princípio da ampla defesa no bojo do processo administrativo disciplinar e a extensão da obrigatoriedade de defesa técnica a esses como requisito formal de validade à luz do artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. Esses dispositivos estabelecem que o devido processo legal, estando dentre este o direito à ampla defesa e ao contraditório, será garantido aos litigantes em processo judicial e administrativo, com todos os recursos e meios a ele inerentes. O artigo 153, da Lei 8.112/90, estabelece, no mesmo sentido, a obrigatoriedade de observância do contraditório e da ampla defesa. No entanto, o artigo 156, da mesma lei, estipula que o acusado poderá acompanhar o processo pessoalmente (autodefesa) ou por intermédio de procurador (defesa técnica). O entendimento do Superior Tribunal de Justiça era pela obrigatoriedade de defesa técnica no curso do processo administrativo disciplinar, sob pena de nulidade do mesmo. Mas, de forma divergente entendeu o Supremo Tribunal Federal, quando editou a Súmula Vinculante nº 5, que dispõe que a ausência de defesa técnica não ofende a Constituição. Porém, essa súmula foi objeto de grande discussão, dando ensejo à proposta de cancelamento da súmula, apresentada, perante o Supremo Tribunal Federal, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – PSV 58. Sendo assim, esse trabalho busca expor a importância do respeito ao princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar, qual o entendimento doutrinário e jurisprudencial de sua extensão no âmbito administrativo e se a ausência de defesa técnica importa em nulidade. Ademais, analisa os fundamentos utilizados pela Corte Suprema ao proferir o enunciado da Súmula Vinculante número 5 em contrariedade ao sumulado anteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Processo Administrativo Disciplinar. Devido Processo Legal. Ampla Defesa. Súmula Vinculante. Defesa Técnica. Nulidade. Artigo 5º, incisos LIV e LV, CF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 – DO ATO JURÍDICO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO	9
1. DO ATO JURÍDICO (INEXISTÊNCIA, INVALIDADE - NULIDADE E ANULABILIDADE - E INEFICÁCIA) NO DIREITO PRIVADO.....	11
2. DO ATO JURÍDICO ADMINISTRATIVO.....	14
3. DA INVALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DECORRENTE DE VÍCIO DE FORMA.....	18
CAPÍTULO 2 – DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	20
1. DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS GERAIS E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	20
2. DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	25
CAPÍTULO 3 - DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	38
1. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	38
2. DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.....	40
3. DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	43
3.1. PROCESSO ADMINISTRATIVO OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO?	43
3.2. DA APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO “PROCESSO ADMINISTRATIVO”	45
3.3. DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	49
4. DO DIREITO DE SER REPRESENTADO.....	51
CAPÍTULO IV - COTEJO ENTRE AS HIPÓTESES DE FUNDAMENTAÇÃO DOS PRECEDENTES DA SÚMULA Nº 343, DO STJ E DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5, DO STF (AUTODEFESA OU IMPRESCINDIBILIDADE DE DEFESA TÉCNICA).....	53
1. DA SÚMULA VINCULANTE.....	53
2. DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5, DO STF E DA SÚMULA Nº 343, DO STJ.....	54
2.1. PRECEDENTES – SÚMULA VINCULANTE Nº 5.....	54
2.2. PRECEDENTES – SÚMULA 343, DO STJ.....	58
2.3. SÚMULA VINCULANTE Nº 5 – DISCUSSÃO QUANTO À SUA INCONSTITUCIONALIDADE.....	62
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente dissertação é analisar a observância do devido processo legal e a obrigatoriedade da ampla defesa e da defesa técnica nos processos administrativos disciplinares à luz do artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

A norma jurídica expressa deveres, direitos e garantias que são conferidos aos indivíduos. No entanto, essas normas possuem termos amplos, aos quais podem ser atribuídos diversos significados que ditam o seu sentido, o seu conteúdo. Sendo assim, essas normas, para serem aplicadas ao caso em concreto, precisam preliminarmente passar por um processo de interpretação.

Ocorre que, às vezes, os próprios intérpretes, ao delimitarem e determinarem o conteúdo jurídico das normas, podem chegar a conclusões distintas, divergentes entre si.

Divergência esta que ocorreu com relação à interpretação quanto à obrigatoriedade de defesa técnica nos processos administrativos disciplinares.

A doutrina e o Superior Tribunal de Justiça entendiam pela necessidade de defesa técnica nesses processos, sob pena de nulidade do mesmo. O próprio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 343, no sentido de que é indispensável a presença de um defensor técnico no curso do processo administrativo disciplinar. A Súmula desse Tribunal Superior, apesar de não possuir caráter vinculante aos outros órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, demonstrava o entendimento majoritário e consolidado sobre essa matéria.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a ausência de defensor técnico não ofende a constituição, sendo dispensável a sua atuação no âmbito do processo administrativo disciplinar, editando assim a Súmula Vinculante nº 5, que vincula todos os membros do Judiciário e toda a Administração Pública a seguir esse entendimento.

Como é possível enxergar, são entendimentos divergentes extraídos de decisões tomadas a partir da análise de um mesmo dispositivo, qual seja o artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna.

A Corte Suprema é o órgão de cúpula do Judiciário, é o guardião da Constituição Federal e o responsável por ditar a última palavra quanto à validade de uma norma jurídica, o seu âmbito de aplicação ou sobre a ocorrência de uma violação a essa, principalmente quando se trata de uma norma de caráter constitucional.

Mas não significa dizer que a interpretação do Supremo Tribunal seja sempre inequívoca, incontroversa. Tanto é que mesmo as súmulas vinculantes podem ser objeto de proposta de cancelamento ou revisão, que será apreciada pela própria Corte Suprema.

E a Súmula Vinculante número 5 foi objeto de proposta de cancelamento de súmula vinculante – PSV 58 -, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Porém, ainda está pendente a sua apreciação.

O presente trabalho não busca uma resposta quanto à legitimidade da Corte Suprema para emitir decisão de caráter vinculante aos demais membros do Judiciário e à Administração Pública ou se o entendimento da mesma sobre a dispensabilidade de defensor técnico no processo administrativo disciplinar é válida ou acertada. Pois, a busca dessas respostas nesta dissertação é por demais pretensiosa.

O objetivo dessa monografia é abordar, no possível, a extensão dos direitos e garantias constantes no artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal, aos processos administrativos disciplinares. E, se há no nosso ordenamento jurídico norma jurídica que determine que o exercício da defesa pelo acusado sem a assistência de um defensor técnico possui um suporte fático defeituoso, inválido, sendo eivado de vício que enseja a sua nulidade. Como, também, tem como escopo abordar de forma sucinta os fundamentos que direcionaram a argumentação e a decisão do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal ao emanarem os respectivos entendimentos, adotando, ambos, posições contrárias.

Como o artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e os enunciados emanados por ambas as Cortes trazem termos e conceitos jurídicos em seu bojo, é necessário, para um melhor entendimento da matéria, o estudo, mesmo que de forma perfunctória, dos mesmos. Desta maneira, serão abordados neste trabalho: a nulidade do ato e a importância do respeito ao requisito da forma; e o

princípio do devido processo legal e a sua incidência no processo administrativo disciplinar.

No entanto, apenas a abordagem desses conceitos não é suficiente para uma melhor compreensão da problemática apresentada.

É necessário, também, discorrer sobre a importância, o caráter e a força dos princípios constitucionais em nosso ordenamento jurídico. Como também, é necessário adentrar, mesmo que de forma despretensiosa, no campo da Hermenêutica Constitucional, para que seja possível entender um pouco sobre a atividade interpretativa realizada pelo poder judiciário ao interpretar uma norma e aplicá-la ao caso em concreto, decidindo pela sua validade, pelo seu âmbito de extensão e pelo seu conteúdo normativo.

Por fim, após a abordagem desses conceitos e desses institutos passar-se-á ao cotejo dos fundamentos que orientaram a argumentação e a decisão do Supremo Tribunal Federal a decidir o enunciado da Súmula Vinculante nº 5 em contraposição ao anteriormente sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça e entendido pela doutrina administrativista. E, serão apontados os possíveis vícios formais na elaboração da referida súmula que deram ensejo à propositura da proposta de cancelamento de súmula vinculante – PSV 58/STF. Como, também, discorrer-se-á sobre os vícios materiais apontados por BACELLAR FILHO, advogado e doutrinador que atuou representando o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na PSV-58.

CAPÍTULO 1 – DO ATO JURÍDICO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO.

O ato administrativo inválido é aquele que possui algum vício grave em um de seus elementos, assim como ocorre na teoria das nulidades do Direito Civil. Entende-se, assim como DI PIETRO, que o ato administrativo é espécie de ato jurídico, sendo possível aplicar aos mesmos diversos princípios do direito civil, desde que feitas as devidas distinções entre ambos.²

No mesmo sentido entende CARVALHO FILHO:

“Os elementos estruturais do ato jurídico – o sujeito, o objeto, a forma e a própria vontade – garantem sua presença também no ato administrativo. Ocorre que neste o sujeito e o objeto têm qualificações especiais: o sujeito é sempre um agente investido de prerrogativas públicas, e o objeto há de estar preordenado a determinado fim de interesse público. Mas no fundo será ele um instrumento da vontade para a produção dos mesmos efeitos do ato jurídico. Temos, assim, uma relação de gênero e espécie. Os atos jurídicos são gênero do qual os atos administrativos são a espécie, o que denota que em ambos são idênticos os elementos estruturais.”³

Este trabalho acadêmico trata da existência ou não de nulidade quando ausente o defensor técnico no curso de Processo Administrativo Disciplinar. E refere-se à possível existência ou não de vício no elemento forma. Sendo assim, visando à racionalidade, este estudo limitar-se - à ao estudo do vício de forma.

O vício de forma compõe tanto o ato jurídico civil quanto o ato jurídico administrativo. Desta forma, serão utilizados neste estudo, subsidiariamente, os entendimentos e os conceitos do direito civil quando cabíveis e necessários, pois, no campo do Direito Administrativo Brasileiro é esparsa e divergente a doutrina sobre o tema, principalmente no que concerne à existência, validade e eficácia dos atos jurídicos administrativos.

Porém, é importante apontar as principais diferenças entre os elementos do ato jurídico administrativo e os do ato jurídico do direito privado.

Preliminarmente, é importante ressaltar que a Administração Pública deve respeito ao princípio da legalidade, devendo anular os atos administrativos eivados de ilegalidade, ou seja, que foram editados em desconformidade com o regime

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 226.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 91.

jurídico administrativo. Deve anulá-los ainda que não provocada, haja vista que o ato administrativo afeta tanto o interesse de terceiros quanto o interesse público.⁴

No entanto, no campo do direito administrativo, ao revés do que ocorre no campo do direito privado, o que impera é a supremacia do interesse público sobre o particular. E, em respeito a este princípio, pode ocorrer, no caso concreto, da Administração Pública optar pela manutenção do ato ilegal, por ser esta manutenção menos prejudicial ao interesse público, desde que o ato não tenha sido praticado com dolo ou que não resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros de boa-fé.⁵

Acresça-se, que, o sujeito que exterioriza a vontade no ato jurídico administrativo deve ser um agente administrativo ou que possua as prerrogativas deste. Ademais, o conteúdo do ato administrativo deve sempre visar à produção de efeitos compatíveis com a finalidade pública. Deve, ainda, esta espécie de ato, ser disciplinado primordialmente por normas jurídicas de direito público. Sendo assim, as normas de direito privado serão aplicadas aos atos administrativos apenas de forma supletiva, desde que não contrariem o preconizado pelas normas de direito público.⁶

Ademais, existem vícios que atingem o ato administrativo que não atingem o ato jurídico adstrito ao campo do Direito Civil. Isto ocorre devido à diversidade de elementos que compõem ambos. O ato privado é composto por três elementos sobre os quais podem incidir a norma invalidante – sujeito, objeto e forma -, e o ato administrativo é composto por cinco elementos – sujeito (competência e finalidade), forma, objeto, motivo e finalidade.⁷

Os vícios que atingem os elementos do ato jurídico administrativo e os seus conceitos estão dispostos no artigo 2º, da Lei nº 4.717/65 – Lei de ação

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 227.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 227.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 92.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 227.

popular. Desta forma, se o ato for praticado com algum desses vícios, será nulo, estando sujeito à invalidação.⁸

1. DO ATO JURÍDICO (INEXISTÊNCIA, INVALIDADE - NULIDADE E ANULABILIDADE - E INEFICÁCIA) NO DIREITO PRIVADO.

Importante, antes de adentrar-se no campo dos atos jurídicos, fazer-se a diferenciação entre os atos humanos e os atos jurídicos. Os atos humanos são os decorrentes da exteriorização da vontade humana. Dessa forma, forçoso concluir que a vontade que não é manifestada, que se limita ao pensamento, nem sequer é ato.⁹

Já os atos jurídicos são os que, além de terem sido exteriorizados, sofreram a incidência de uma norma jurídica sobre eles, afirmando ser suficiente o seu suporte fático. Somente com a incidência da norma sobre o ato humano há ato jurídico, sendo que apenas este é dotado de eficácia jurídica. E é somente este que possui importância para o direito, para o mundo jurídico.¹⁰

Para cogitar-se se um ato é nulo ou anulável (inválido) não basta que ele faça parte do mundo fático. É necessário que antes ele tenha sido inserido do mundo jurídico, que faça parte deste mundo, pois são a nulidade e a anulabilidade conceitos pertencentes a ele. Desta forma, conclui-se que não basta ser um ato humano, mas é essencial que o ato antes de ser tido como inválido seja tido como jurídico, como existente no mundo jurídico.¹¹

Após essa primeira distinção, é importante destacar que o ato jurídico possui três planos a serem analisados: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Não devendo estes três planos ser confundidos.¹² Para PONTES DE MIRANDA os conceitos de existência, validade e ineficácia são inconfundíveis entre si, entendendo o mesmo que:

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 97.

⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 1, p. 128, 129.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 1, p. 128, 129.

¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 4, p. 52, 53, 54.

¹² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 4, p. 38.

“o fato jurídico pode ser, valer e não-ser se eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia (H. Kelsen, *Hauptprobleme*, 14). O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, sem ser: porque não há validade, ou eficácia do que não é.”¹³

Sendo assim, para que seja realizada a análise da validade ou invalidade de um ato, assim como a sua eficácia ou ineficácia, é preciso que esse seja tido, previamente, como existente. Ou seja, é necessário que o ato tenha sido inserido no plano da existência, na esfera jurídica, tornando-se, desse modo, um ato jurídico.¹⁴

Ou algo entrou no mundo jurídico ou nele não entrou, separando-se os fatos atinentes ao mundo jurídico e os estranhos a ele (atos humanos). Um ato pode ser nulo e existente, pois o mesmo pode ter entrado no mundo jurídico e produzido efeitos, apesar da sua invalidade. Neste sentido, seria ilógico afirmar que todo ato nulo é inexistente, pois um ato inexistente não poderia produzir efeitos.¹⁵

Quanto à produção de efeitos, é importante destacar que a mesma encontra-se no plano da eficácia. Não se devendo confundir este plano com o da validade, assim como não se deve confundir o da validade com o da existência. O ato pode ser ineficaz por decorrência de defeito grave em seu suporte fático, resultando em nulidade. No entanto, o ato jurídico pode ser ineficaz e válido, pois a ineficácia decorreu de outro aspecto que não seja atinente ao campo da validade, o ato não foi ineficaz em decorrência de defeito em seu suporte fático. Como pode, ainda, ser nulo e eficaz, pois há, mesmo que excepcionalmente, a possibilidade de atos jurídicos nulos terem produzido seus efeitos.¹⁶

O ato jurídico *stricto sensu* nulo é aquele que possui o seu suporte fático deficiente. Mas, embora deficiente, o ato jurídico teve suporte fático suficiente para a

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 4, p. 48.

¹⁴ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3 ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 452,453.

¹⁵ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3 ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 453,454, 455.

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 4, p. 58.

sua entrada no mundo jurídico. Ou seja, apesar de inválido, por defeito em seu suporte fático, foi este suficiente para a sua existência.¹⁷

Essa deficiência consiste na ausência de elementos em seu suporte fático, incidindo a regra jurídica invalidante sobre o defeito-elemento ausente.¹⁸ Ou seja, o ato entrou no mundo jurídico, fazendo-se jurídico e existente no mesmo, mas incidiu sobre ele norma jurídica acerca de sua invalidade, fazendo-o nulo ou anulável por entender defeituoso ou ausente algum ou alguns de seus elementos.¹⁹

O ato jurídico nulo é eivado de vício grave. Ele existe, mas é deficiente (inválido). É aquele que nasceu, foi originado com defeito, vício grave, que o torna sem efeito, sendo um vício insanável, não podendo sofrer ratificação.²⁰

Por ser um ato insanável possui nulidade absoluta, podendo ser a mesma arguida por quem tenha interesse em seu reconhecimento e na desconstituição do ato eivado de vício grave. Não é necessário que para tanto o interessado ingresse com ação autônoma, podendo ser feita a alegação da nulidade de forma incidental. Inclusive, a nulidade pode ser decretada pelo próprio Juiz, *ex-offício*. E por ser absoluta a nulidade e insanável, pode ser alegada a qualquer tempo, não correndo a prescrição da pretensão de se ter a nulidade decretada.²¹

No entanto, há a exceção, que é o ato jurídico de nulidade relativa, passível de ratificação, sanável. Esta não pode ser declarada de ofício pelo juiz e é necessário que a arguição da nulidade seja feita através de ação autônoma, correndo prazo prescricional para que seja exercida a pretensão de ver decretada essa nulidade. Ademais, pode o ato jurídico de nulidade relativa produzir efeitos, que podem ser totais ou parciais.²²

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 4, p. 35,36.

¹⁸ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3 ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 455,456.

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 4, p. 55,56.

²⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 4, p. 54,55.

²¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 4, p. 54,55.

²² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 4, p. 54,55.

Ou seja, o defeito que torna o ato eivado de nulidade absoluta o torna mais incompleto que o defeito que torna o ato relativamente nulo.²³

2. DO ATO JURÍDICO ADMINISTRATIVO.

Preliminarmente, é importante que, antes mesmo de conceituar-se o ato jurídico administrativo, estabeleça-se a distinção entre fato e ato realizada pela doutrina administrativista. Como, também, é fundamental que se estabeleça a diferença entre ato jurídico e ato jurídico administrativo.

O ato decorre da vontade humana exteriorizada e o fato decorre de acontecimentos naturais que independem do homem para a sua realização ou dele é dependente apenas de forma indireta. No entanto, o fato se torna jurídico quando sobre o seu suporte fático incide uma norma jurídica. E, torna-se fato jurídico administrativo quando este fato, sobre o qual incidiu uma norma jurídica administrativa produz efeitos no âmbito do Direito Administrativo.²⁴

Para CARVALHO FILHO o fato administrativo não possui a mesma abrangência conceitual que o fato jurídico, que é aquele que possui a capacidade de produzir efeitos no mundo jurídico. Para o mesmo, o fato administrativo é aquele que impulsiona uma atividade material por parte do Estado em sua função administrativa, independente deste fato produzir ou não efeitos na esfera administrativa.²⁵

Desta forma, o conceito de fato administrativo abrangerá, também, os fatos simples, pois, apesar de não produzirem efeitos, reproduzem uma atividade material ocorrida no âmbito da Administração Pública. A atividade material da Administração pode ser manifestada por meio de um ato administrativo. No entanto, também existem no âmbito da administração as condutas administrativas, que podem ou não ser formalizadas por meio de um ato administrativo.²⁶

²³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 4, p. 54,55.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 182.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 89.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 90.

O mesmo doutrinador estabelece, ainda, uma divisão destes fatos administrativos, que podem ser voluntários ou naturais. Os primeiros podem se materializar de duas formas: por atos administrativos ou por meras condutas administrativas. E os segundos se originam a partir de fenômenos naturais que repercutem de alguma forma (produzem efeitos) no âmbito da Administração.²⁷

Já para que o ato seja jurídico deve-se incidir sobre o mesmo uma norma jurídica. E, para que ele seja um ato jurídico administrativo deve se sujeitar a um regime jurídico administrativo, distinguindo-se dos atos jurídicos de direito privado, também praticados pelo Estado. Ademais, a declaração da vontade (exteriorização), requisito para a existência de um ato, deve ser emanada do Estado, que abrange os Três Poderes – Executivo, em sua função típica, o Legislativo e o Judiciário, ambos em suas funções atípicas.²⁸

Acresça-se, que, para ser administrativo o ato jurídico deve produzir os seus efeitos de forma imediata, distinguindo-se da lei, dos atos normativos e daqueles que não produzem efeitos jurídicos, que são estes últimos os atos materiais, os enunciativos e os de opinião, todos atos da Administração, mas não atos administrativos.²⁹

Ademais, é importante salientar, ainda, que os atos administrativos sujeitam-se ao controle judicial.³⁰

DE MELLO entende que ato administrativo é “a declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível inferior à lei – a título de cumpri-la – sob regime de direito público e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”³¹

CRETELLA JÚNIOR define o ato administrativo a partir do conceito de ato jurídico, por entender, como outros doutrinadores, que o ato administrativo é espécie

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 90.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 187.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 187, 188.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 188.

³¹ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 187

dos atos jurídicos, pois os mesmos elementos caracterizadores estão presentes em ambos, conceituando-o como:

“a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa”.³²

Há várias formas de extinção de um ato administrativo, que ocorre com o implemento de todos os seus efeitos, com o desaparecimento do sujeito ou do objeto, pela renúncia e, ainda, com a sua retirada do mundo jurídico. Quanto a esta última forma de extinção tem-se que ela pode se dar pela: revogação, invalidação, cassação, caducidade e contraposição.³³

No entanto, apenas a retirada do ato administrativo do mundo jurídico pela invalidação interessa a este trabalho acadêmico, pois, somente o ato nulo é objeto deste estudo.

A invalidação ocorre por motivo de ilegalidade, que é quando uma norma jurídica invalidante incide sobre o ato jurídico – conforme entendimento de Pontes de Miranda-³⁴, neste caso administrativo, tornando-o inválido, declarando ser defeituoso o seu suporte fático.

É importante, ainda, distinguir ato administrativo inexistente de ato administrativo inválido. O ato disciplinar inexistente é aquele que por possui em seu suporte fático elemento essencial com vício grosseiro ou por estar ausente algum elemento indispensável, essencial, não chegando nem ao menos a fazer parte do mundo jurídico em decorrência desse vício, não atingindo nem ao menos o plano da existência.³⁵

A invalidação, também chamada de anulação, pode ser realizada pela própria Administração Pública, *ex-officio*, independentemente da provocação do interessado. Como, também, pode ser feita pelo Poder Judiciário, pois, conforme

³² CRETILLA JÚNIOR, José apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 186.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 224.

³⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 4, p. 41,42.

³⁵ COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 163.

debatido anteriormente, os atos administrativos sujeitam-se ao controle judicial quanto à sua legalidade. No entanto, para que o órgão jurisdicional se manifeste quanto à validade do ato administrativo é necessária a prévia provocação do interessado, não podendo o mesmo agir de ofício.³⁶

O ato administrativo nulo é aquele que possui vício grave, insanável, nos seus elementos constitutivos, não sendo passível de convalidação, tendo a sentença judicial ou a decisão administrativa que o invalida natureza declaratória, possuindo este ato invalidatório efeitos retroativos (*ex- tunc*), apagando o passado, a existência do ato tido como nulo.³⁷

Ou seja, a anulação do ato administrativo retroage ao momento da edição do ato ilegal, pois este assim o era desde o momento em que foi editado, desde a sua origem.³⁸

Os vícios que acarretam a nulidade podem alcançar todos os elementos constitutivos do ato administrativo (competência, forma, finalidade, motivo e objeto). Neste sentido, entende-se que o ato será nulo: se praticado por indivíduo absolutamente incompetente (vício no elemento competência); se editado por forma contrária à prevista na lei (vício no elemento forma), se a sanção imposta não está contemplada no estatuto que dispões sobre o regime disciplinar (vício no elemento objeto); se o motivo que ensejou a punição é deformado, sem virtude alguma (vício no elemento motivo); se ocorrer o desvio na finalidade da sanção aplicada (vício no elemento finalidade).³⁹

Já o ato administrativo anulável assim o é porque o vício que o acometeu é mais brando, menos gravoso, pois o elemento afetado por ele não é essencial para a constituição do ato, para a formação de seu suporte fático. Produzindo, por

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p.225.

³⁷ COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 165.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 225.

³⁹ COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 166.

possuir os seus elementos indispensáveis validade, efeitos até o momento da sua substituição ou anulação.⁴⁰

3. DA INVALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DECORRENTE DE VÍCIO DE FORMA.

O ato administrativo, como os atos jurídicos em geral, só existem se manifestados, se exteriorizados. Do contrário, só possuem existência na psique humana.⁴¹ Sendo assim, a exteriorização, antes mesmo de ser requisito de validade, é requisito de existência. Ocorre que, essa exteriorização da vontade sobre a qual incide uma norma jurídica, tornando o ato jurídico, se dá nos atos administrativos por meio de formalização, através do elemento forma.⁴²

Ademais, além de ser esta exteriorização da vontade realizada por meio da forma, deve a mesma ser feita em consonância com o pré-estabelecido pela norma jurídica. Ou seja, a forma deve ser compatível com o ordenamento jurídico para ser válida, pois se em desconformidade com o preconizado por ele estar-se-á defronte a um ato jurídico eivado de vício de ilegalidade, podendo ser anulado.⁴³

É interessante citar o entendimento do doutrinador José Roberto dos Santos Bedaque, processualista cível, que embora entenda pela instrumentalidade da forma (o ato só deve ser anulado se o fim não for atingido), ressalta a importância da mesma como fator de segurança para o processo e para o alcance e respeito da garantia da igualdade das partes e do contraditório:

“Não se pretende pregar, aqui, o abandono da forma. Ela não deve ser desprezada, pois constitui fator de segurança para o processo, contribuindo decisivamente para a justiça da decisão. Sua observância, na grande maioria dos casos, garante a igualdade das partes e a efetividade do contraditório, impedindo seja o procedimento conduzido de forma arbitrária, em prejuízo a uma delas.”

Os procedimentos e os processos administrativos são compostos por uma série de atos pré-estabelecidos por um regime jurídico de direito público, que

⁴⁰ COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 166, 167.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 101,102.

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 102.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 102.

estabelece que os atos administrativos sejam formalizados de uma maneira determinada pela norma jurídica. Neste sentido, se não observado todo o procedimento da forma que a lei pré-estabeleceu a sua validade restará por comprometida em respeito, inclusive, ao princípio do devido processo legal.⁴⁴ Neste sentido, entende CARVALHO FILHO:

“O aspecto relativo à forma válida tem estreita conexão com os **procedimentos administrativos**. Constantemente, a lei impõe que certos atos sejam precedidos de uma série formal de atividades (é o caso da licitação, por exemplo). O ato administrativo é o ponto em que culmina a sequência de atos prévios. Por essa natureza, estará sua validade comprometida se não for observado todo o procedimento, todo o **iter** que a lei contemplou, observância essa, aliás, que decorre do princípio do devido processo legal, consagrado em todo o sistema jurídico moderno.”⁴⁵

Entende, ainda, CARVALHO FILHO:

“Embora se distinga **forma e procedimento**, no sentido de que aquela indica apenas a exteriorização da vontade e este uma sequência ordenada de atos e atividades, costuma-se caracterizar os defeitos em ambos como vício de forma. É o caso, por exemplo, de portaria de demissão de servidor estável, sem a observância do processo administrativo prévio (art. 41, § 1º, II, CF).”⁴⁶

Ou seja, o processo administrativo disciplinar também é um conjunto de atos administrativos que devem guardar conformidade com o estabelecido pelo ordenamento jurídico, inclusive quanto aos seus requisitos de validade, estando dentre estes o requisito da forma em conformidade com a norma jurídica.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 102.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 102.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 103.

CAPÍTULO 2 – DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

1. DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS GERAIS E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Princípios são premissas, verdades objetivas, que assim como as regras exprimem o dever-se e possuem obrigatoriedade (impõem uma obrigação legal), vigência e validade. Eles direcionam e baseiam a produção das outras normas jurídicas, embora possuam vida própria (autonomia), mesmo que não estejam reproduzidos nos códigos e possuem por si só normatividade.

Ou seja, por possuírem normatividade, os princípios estão ao lado das regras e, como estas últimas, são normas jurídicas. Eles também fazem parte do ordenamento jurídico e do Direito Positivo. Não são apenas orientações para a elaboração e interpretação das normas (*ratiolex*), como eles próprios são normas (*lex*)⁴⁷, pois possuem obrigatoriedade e regulam situações jurídicas.⁴⁸

Neste sentido, BOBBIO citado por BONAVIDES:

“Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas?”⁴⁹

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.271,272.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.255 a 258.

⁴⁹ BOBBIO, Noberto apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.263-264.

Não só os princípios explícitos e as regras possuem normatividade, mas também os princípios implícitos, mesmo que estes não estejam expressamente postulados no ordenamento jurídico, pois deste fazem parte de forma implícita.⁵⁰

As regras devem estar em conformidade com o estabelecido pelos princípios, pois estes são fundamentos, orientações, premissas para as normas.⁵¹ Além do mais, se as leis forem obscuras ou omissas, os juristas devem fazer uso dos princípios para interpretá-las e integrá-las. Sendo esta a função integrativa e interpretativa dos princípios, que integram o conceito de fecundidade, característica dos princípios, segundo FARIAS citado por BONAVIDES:

“Uma idéia, todavia, retorna com frequência, se não exclusiva, decerto preponderante: os princípios são a alma e o fundamento de outras normas. Substancialmente é a ideia de fecundidade do princípio aquela que se acrescenta à de mera generalidade”.⁵²

Elucida, ainda:

“A forma jurídica mais definida mediante a qual a fecundidade dos princípios se apresenta é, em primeiro lugar, a função interpretativa e integrativa. O recurso aos princípios se impõe ao jurista para orientar a interpretação das leis de teor obscuro ou para suprir-lhes o silêncio. Antes ainda das Cartas Constitucionais, ou melhor, antes que, sob o influxo do jusnaturalismo iluminista, máximas jurídicas muito genéricas se difundissem nas codificações, o recurso aos princípios era já uma necessidade para interpretar e integrar as leis”⁵³

Apesar de regras e princípios serem normas, é importante traçar algumas distinções entre eles. As normas são o gênero e os princípios e as regras são espécies, pois inseridos nelas apesar de suas distinções. Uma das distinções a ser apontada é a questão do alto grau de generalidade que possuem os princípios.⁵⁴

Os princípios possuem conceitos altamente generalizantes e indeterminantes. E é justamente esse alto grau de indeterminação que faz com que

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.273.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.255 a 258.

⁵² FARIAS, Domenico apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 274.

⁵³ FARIAS, Domenico apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 274.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.277 a 279.

essas normas (princípios) devam ser interpretadas para serem concretizadas, pois do contrário não seria possível aplicá-las ao caso em concreto.⁵⁵

Acresça-se, a generalização dos princípios não pode ser confundida com a de algumas regras. Existem regras que são gerais por alcançarem um número indeterminado de pessoas, mas a situação jurídica que ela regula é determinada. Já os princípios são gerais porque são aplicados a situações jurídicas indeterminadas.⁵⁶

Outra distinção entre regras e princípios pode ser notada quando ocorre o conflito de regras ou a colisão de princípios. Quando o interprete depara-se com regras conflitantes, a solução deve ser encontrada analisando-se a dimensão da validade. E no caso de existirem princípios colidentes, no ordenamento jurídico, a solução deve ser buscada na esfera do valor.⁵⁷

Ocorre que o conflito de regras só encontrará solução se uma das regras for tida como nula ou se o legislador introduzir em uma delas uma cláusula de exceção, pois o conflito entre essas deve resolver-se no campo da validade. Sendo assim, ou a regra já comporta a exceção ou uma das regras em conflito deverá ser considerada inválida e a outra válida, pois não há como ambas serem válidas e conflitantes.⁵⁸

De forma diferente se dá quando ocorre a colisão de princípios, que são normas-valores. Quando acontece essa colisão a resolução deve ser buscada na dimensão dos valores. Ou seja, devem ser atribuídos valores aos princípios colidentes, deve-se dar a cada um deles pesos diferentes, que irão variar de acordo com o caso em concreto, com a situação jurídica em questão.⁵⁹

O que ocorrerá neste caso é um sopesamento, em que o princípio que possuir maior peso preponderará e o outro cederá a ele. No entanto, o princípio que

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.255 a 258.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.255 a 258.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 279.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.279 a 283.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.279 a 283.

cedeu lugar ao outro, por possuir outro princípio mais peso naquele caso em concreto onde se deu a colisão, não será tido por inválido, permanecerá intacto. Isso ocorre porque não se resolve a colisão de princípios na dimensão da validade, pois somente se os princípios colidentes são válidos é que poderão colidir um com o outro.⁶⁰

Neste sentido:

“Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso tem precedência.”⁶¹

Esses princípios, já admitidos como norma – valores que são, quando constitucionalizados – inseridos na Constituição – passaram a ter peso muito maior, por terem se tornado norma de eficácia suprema.⁶²

Os princípios constitucionais representam, no ordenamento jurídico, os valores supremos, pois entre eles estão inseridos garantias, direitos e competências de uma sociedade, isto é, são os fundamentos da ordem jurídica. Além do mais, orientam a interpretação dos juristas e são fontes no caso de serem silentes as leis ou insuficientes os costumes.⁶³

No entanto, apesar dos princípios serem considerados fontes que devem orientar a elaboração das demais normas e auxiliar os juristas na interpretação destas, suprimindo as suas lacunas, não se pode esquecer que os mesmos são proposições normativas e impõem a sua carga de obrigatoriedade.⁶⁴

Ainda, possuem superioridade normativa, impondo às leis e aos atos administrativos que respeitem os limites traçados por eles e o conteúdo contido nos mesmos. Neste sentido entende GORDILLO citado por BONAVIDES:

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.279 a 283.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2 ed. São Paulo, Malheiros, 2011, p.93,94.

⁶² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.276.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 286,287.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.287.

“Diremos então que os princípios de Direito Público contidos na Constituição são normas jurídicas; mas não só isso, enquanto a norma é um marco dentro no qual existe uma certa liberdade, o princípio tem substância integral (...). A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo (...). O princípio estabelece uma direção estimativa, em sentido axiológico, de valoração, de espírito (...). O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito.”⁶⁵

Os princípios, além de constituírem valores fundamentais e possuírem alta carga normativa, passaram a ser direito positivo de grau mais elevado após serem consagrados nas Constituições, pois deixaram de serem princípios implícitos ou explícitos e começaram a integrar a norma suprema. Assim entende BONAVIDES:

“Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.”⁶⁶

Os princípios que já eram critérios de avaliação de relevada importância, pois aplicados na avaliação das normas quanto aos seus conteúdos e limites, passaram a fazer parte das normas constitucionais, que possuem o maior grau de hierarquia do ordenamento jurídico.

No entanto, cabe acrescentar que, apesar de reconhecido que os princípios impõem obrigatoriedade e que a sua inserção no texto constitucional os elevam ao grau mais alto na hierarquia das normas, eles possuem também um alto grau de abstração e conceitos amplos, que podem abarcar diversos significados. E, assim como as outras normas, são carecedores de interpretação a ser realizada pelo intérprete quando de sua aplicação ao caso concreto, matéria que será tratada a seguir.

⁶⁵ GORDILLO, Augustín apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 287.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 289,290.

2. DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

O ordenamento jurídico é composto por normas que impõem deveres, direitos e garantias aos cidadãos inseridos na sociedade que é regida por esse complexo de normas. Essas normas que disciplinam o comportamento dos indivíduos (tornando a sua conduta não facultativa ou obrigatória) e submetem os mesmos a sanções no caso do descumprimento de seus preceitos são as normas primárias.⁶⁷

Porém, é comum surgir questionamentos a respeito da validade dessas normas ou de sua violação, principalmente tendo em vista que essas limitam as condutas dos indivíduos, criam direitos e obrigações e são a eles impostas por um poder soberano.⁶⁸

A questão da violação ou da validade das normas primárias é auferida por intermédio das normas secundárias.

Essas normas secundárias, que tentam solucionar a questão da incerteza quanto às normas constantes em um ordenamento jurídico, são as normas de reconhecimento. Elas permitem que as autoridades reconheçam ou não uma determinada norma primária como direito válido a ser aplicado naquela sociedade:

“a forma mais simples de remédio para a *incerteza* do regime das regras primárias é a introdução daquilo a que chamaremos uma <<*regra de conhecimento*>>. Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ela exerce.
[...] Acresce que, na simples operação da identificação de uma dada regra como possuindo o aspecto exigido de se tratar de um elemento da lista de regras dotada de autoridade, temos o germe da ideia de validade jurídica.”⁶⁹

Já as regras de julgamento, que também são regras secundárias, permitem que determinadas autoridades verifiquem se esse direito foi violado ou não em uma determinada situação:

⁶⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus, *O Conceito de Direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1994, p. 90-100.

⁶⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus, *O Conceito de Direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1994, p. 102-104.

⁶⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus, *O Conceito de Direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1994, p. 105.

“ [...] consiste em regras secundárias que dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária. A forma mínima de julgamento consiste numa série de determinações, e designaremos as regras secundárias que atribuem o poder de as proferir como <<regras de julgamento>>.”⁷⁰

É importante ressaltar, no entanto, que essas regras de julgamento são também regras de reconhecimento. Acontece que, no momento em que um tribunal, através de uma decisão, determina se uma regra foi ou não violada, está também afirmando que essa mesma regra está inserida no ordenamento jurídico:

“Na verdade, um sistema que tem regras de julgamento, está necessariamente ligado a uma regra de reconhecimento de uma espécie elementar e imperfeita. Isto é assim porque, se os tribunais tiverem poderes para proferir determinações dotadas de autoridade daquilo que as regras são. Por isso, a regra que atribui jurisdição será também uma regra de conhecimento que identifica as regras primárias através de sentenças dos tribunais e estas sentenças tornar-se-ão uma <<fonte>> de direito.”⁷¹

Ainda:

“Na maior parte dos casos as regras de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores. Naturalmente que existe uma diferença entre o uso feito pelos tribunais dos critérios facultados pela regra e o uso que os outros fazem deles: porque quando os tribunais chegam a uma conclusão concreta com o fundamento de que uma regra concreta foi correctamente identificada como regra de direito, o que eles dizem tem um estatuto de autoridade especial, que lhe é conferido por outras regras.”⁷²

O reconhecimento da validade da norma ou de sua violação pelos Tribunais ocorre no momento da aplicação da mesma ao caso em concreto e é externado por meio de uma decisão. Mas as normas possuem conceitos amplos, podendo gerar dúvidas quanto à sua aplicação ou quanto ao que ela realmente quer dizer, gerando incerteza com relação aos deveres que obriga os indivíduos ou quanto às garantias e direitos que a norma confere aos mesmos. Por isso é necessário que os concretizadores das normas, estando dentre esses os Tribunais, realizem a atividade interpretativa ao aplicarem as normas jurídicas.

⁷⁰ HART HART, Herbert Lionel Adolphus, *O Conceito de Direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1994, p. 106.

⁷¹ HART, Herbert Lionel Adolphus, *O Conceito de Direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1994, p. 107.

⁷² HART, Herbert Lionel Adolphus, *O Conceito de Direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1994, p. 113.

A interpretação decorre da necessidade de se estabelecer se o caso em concreto sob análise está abarcado por determinada norma⁷³ e “consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas prático normativo-constitucionalmente fundada”.⁷⁴

É que as normas jurídicas, por disciplinarem incalculáveis situações, necessitam de um alto grau de abstração e generalidade e os vocábulos presentes no texto normativo possuem diversos significados, podendo conter vários conceitos distintos. Por esse motivo, a atividade interpretativa se faz tão necessária, pois possibilita que, diante de diversos significados que a norma jurídica possa exprimir, o interprete opte pela que melhor se adequa ao caso concreto⁷⁵

E é a Hermenêutica que propicia a atividade interpretativa e determina as suas regras. Alguns doutrinadores não adotam a diferenciação entre Hermenêutica e interpretação, mas tantos outros afirmam que elas se dissociam, sendo a interpretação uma forma de se realizar a atividade interpretativa, estando ela contida em uma Hermenêutica Geral, mas com ela não se confundido.⁷⁶

Para a realização dessa atividade interpretativa, utiliza o interprete dos métodos interpretativos, quais são: o literal ou gramatical (busca o sentido semântico, significado das palavras); o histórico (busca do sentido da norma através da análise do contexto histórico em que foi promulgada); o lógico ou teleológico (busca a mensagem da lei, a sua finalidade) e o sistemático (tem em vista a sua interpretação com relação às demais normas, em conformidade com o próprio sistema jurídico na qual está inserida).⁷⁷

Primeiro, é necessário que o intérprete escolha a norma que deve ser aplicada ao caso em concreto. Essa norma a ser aplicada deve ser selecionada dentre as múltiplas existentes no ordenamento jurídico, escolhendo-se a norma mais

⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.38.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1200.

⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 37 a 40.

⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 28 a 31.

⁷⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.52 a 62.

adequada.⁷⁸No entanto, não se trata de uma questão de revogação, de aplicação do princípio da hierarquia das normas ou da especialidade, em que a lei especial revoga a lei geral, pois estas tratam de imposições da sistematização com que o direito é estruturado e não de interpretação. A escolha da norma aplicável deve ser realizada quando a dúvida reside em qual norma deve ser aplicada no caso em concreto.⁷⁹

Importante ressaltar que a interpretação difere da aplicação das normas constitucionais, pois primeiro interpretasse a norma a ser aplicada ao caso em concreto para depois efetuar-se a sua efetiva aplicação:

“a interpretação se diferencia da aplicação e esta, por sua vez, diferencia-se da integração. A interpretação é pressuposto necessário da aplicação da norma jurídica. Através da interpretação, o sujeito determina o sentido normativo do texto. Este se materializa quando da aplicação”⁸⁰

Depois de realizada a escolha da norma ou das normas a serem aplicadas, o interprete busca, através da hermenêutica, o significado contido na norma em face do caso em concreto.⁸¹

É que essa norma, dotada de abstração e generalidade, necessita ser concretizada, adquirindo, assim, normatividade efetiva, transformando-se em uma norma de decisão. Essa concretização ocorre quando da sua aplicação ao caso jurídico, momento na qual a norma é aproximada da realidade por meio de seus intérpretes (sujeitos concretizadores).⁸²

J.J. Gomes Canotilho cita três formas de concretização da norma:

“(1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa).”⁸³

⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.40.

⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.48,49.

⁸⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 86.

⁸¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.48,49.

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1221,1222.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p 1221.

Ademais, é importante ressaltar que é o intérprete que opera a concretização da norma. E a nova interpretação constitucional reconhece que, defronte ao caráter aberto e principiológico das normas constitucionais, o papel do intérprete não se limita tão somente a desvendar a vontade da norma e aplicá-la ao caso em concreto (método subsuntivo).⁸⁴

Acontece que, estão contidos na Constituição interesses e valores conflitantes, que tornam o método subsuntivo insuficiente para a solução dessas questões, pois a utilização dele importaria na escolha de uma das normas. Sendo que, a prevalência de uma norma ou de um princípio constitucional sobre o outro não é possível, pois não há hierarquia entre eles e deve haver o respeito ao princípio da unidade da constituição. Ou seja, o que deve ocorrer na hipótese de conflitos entre normas e princípios constitucionais é a ponderação dos mesmos, já tratada anteriormente, que consiste no sopesamento dos valores envolvidos.⁸⁵

A interpretação é também atividade criadora, pois “o relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas”. Esse desenho será realizado de acordo com o “caso em concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados”.⁸⁶

Ou seja, só poderá obter-se a melhor solução quando da observância do caso em concreto e do resultado da incidência dessa norma sob o fato, que deverá atender aos fins constitucionais.⁸⁷

Ainda, é importante ressaltar que é o intérprete que realizará essa opção. Desta forma, estando ele diante, por exemplo, das normas com significados e

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova Interpretação Constitucional*, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.331 e 332.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova Interpretação Constitucional*, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.344 e 345.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova Interpretação Constitucional*, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.331 e 332.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova Interpretação Constitucional*, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.333, 334.

conceitos abertos e indeterminados, deverá, nos limites de sua discricionariedade, optar pela melhor solução, demonstrando de forma fundamentada o seu raciocínio e o acerto na escolha.⁸⁸

Acresça-se, ainda, que é fácil deparar-se com a seguinte situação: acerca de uma mesma matéria os intérpretes acreditam em soluções diferentes, proferindo decisões contrárias, pois são possuem opiniões diferentes. Desta forma, se há várias interpretações diferentes sobre uma mesma matéria, é comum a indagação de qual seria a solução mais adequada, a argumentação mais correta.⁸⁹

Há diversas teorias que se ocupam em discorrer sobre os parâmetros que devem orientar a argumentação dos intérpretes. BARROSO destaca alguns desses:

1. Fundamentos normativos e motivação das decisões:

a. Fundamentos normativos: “a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos *normativos* (implícitos que sejam) que a apoiem e lhe dêem sustentação, Ou seja: não basta o bom senso e o sentido de justiça pessoal – é necessário que o interprete apresente elementos da ordem jurídica que referendam tal ou qual decisão [...] A argumentação jurídica deve preservar exatamente seu caráter *jurídico* – não se trata apenas de uma argumentação lógica ou moral. Nessa mesma linha, ao menos como orientação *prima facie*, um conflito normativo deve ser resolvido em favor da solução que apresente em seu suporte o maior número de normas jurídicas.”⁹⁰

b. Motivação das decisões: “Apenas será possível controlar a argumentação do intérprete se *houver* uma argumentação explicitamente apresentada. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, porque decidiu por uma direção ou sentido e não por outro.”⁹¹

2. Possibilidade de universalização dos critérios adotados:

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova Interpretação Constitucional*, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.334.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova Interpretação Constitucional*, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.351 e 352.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova Interpretação Constitucional*, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.352.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova Interpretação Constitucional*, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.352.

“Por força do imperativo da isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes. Esse exercício de raciocínio – verificar a possibilidade de generalizar o critério de decisão que se pretende adotar no caso concreto – projeta a argumentação desenvolvida para o caso concreto em um conjunto maior de hipóteses, facilitando a visualização de desvios e inconsistências.”⁹²

3. Observância dos princípios de interpretação constitucional:

“diante de várias soluções igualmente plausíveis, deverá ele percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais.”⁹³

Esses parâmetros são adotados no intuito de verificar se a argumentação é válida e correta. Mas, salienta BASTOS que essa argumentação conclui pela aplicação de uma determinada solução com base em fatos e normas. Desta forma, pode ocorrer de ser dada maior importância a um fato e a uma norma em detrimento de outros. Ocorre, então, a necessidade de indagar sobre quais foram os critérios adotados nessa escolha e quais normas são as mais apropriadas para serem aplicadas ao caso em concreto.⁹⁴

Neste diapasão, é de suma importância para a legitimidade da decisão que o intérprete desenvolva e demonstre a racionalidade de sua argumentação, principalmente na atividade interpretativa das normas constitucionais que possuem um elevado grau de abstração.⁹⁵

Quanto aos princípios de interpretação constitucional, cita-se: o princípio da unidade da constituição, o princípio da máxima efetividade, o princípio da justeza ou da conformidade funcional, o princípio da concordância prática ou da

⁹² BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova Interpretação Constitucional*, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.354.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova Interpretação Constitucional*, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.354.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova Interpretação Constitucional*, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.353.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova Interpretação Constitucional*, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.356.

harmonização, o princípio da força normativa da constituição, o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição e a interpretação do direito interno em conformidade com o direito comunitário.⁹⁶

Porém, serão tratados somente os princípios que representam maior relevância para o estudo desenvolvido neste trabalho, quais são: o princípio da unidade da constituição, o princípio da máxima efetividade, o princípio da força normativa da constituição, o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição e o princípio da supremacia da constituição.

O princípio da unidade da constituição significa que o intérprete deve enxergar a constituição no seu todo, de forma global. Deve, então, dessa forma, harmonizar as normas contidas nela quando essas possuírem “espaços de tensão”. Pois, elas não podem ser consideradas isoladamente, mas globalmente, pois estão integradas no texto constitucional.⁹⁷

Segundo o princípio da máxima efetividade, deve se dar o sentido que atribua o maior grau de efetividade à norma constitucional, devendo-se optar pelo significado que dê maior eficácia a essas normas.⁹⁸

O princípio da força normativa da constituição estabelece que dentre os diversos pontos de vista que podem surgir, quando da solução dos casos jurídicos, deve prevalecer, tendo em vista os pressupostos da constituição, o que contribua para a sua maior eficácia, tendo em vista a “historicidade das suas estruturas”, garantindo a sua permanência.⁹⁹

Já o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição, impõe que o intérprete, ao se deparar com normas com normas que podem comportar diversos significados, opte, dentre as diversas interpretações que podem se originar, pela que esteja em conformidade com a constituição. Estabelece,

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1223 a 1227.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1223 e 1224.

⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1226.

ainda, que no caso de haver mais de uma interpretação em conformidade com a mesma, deve fazer prevalecer “a interpretação melhor orientada para a constituição”.¹⁰⁰

O princípio da supremacia da Constituição importa no seguinte:

“é a constituição que deve ser interpretada de acordo com a lei; é a lei e é todo o direito infraconstitucional que devem ser interpretados em conformidade com a Constituição e; entre duas ou mais interpretações plausíveis de certo preceito deve optar-se o mais conforme com a Constituição”.¹⁰¹

No entanto, em alguns casos, a norma constitucional é carecedora de ser complementada, regulamentada pela norma infraconstitucional que clareia o sentido da norma, mas não o substitui.¹⁰² Ocorre que uma das peculiaridades das normas constitucionais é o caráter amplo dos termos nelas empregados, pois eles possuem um significado impreciso, principalmente tendo em vista a quantidade abundante de princípios na constituição.¹⁰³

Mas frisa-se que o legislador, ao editar essa norma regulamentadora, não pode alterar o sentido, o conteúdo da norma constitucional. Tão menos o intérprete pode fazer o mesmo ao concretizá-la:

“Pode, não raro, ser conveniente procurar conhecer o modo como a lei regulamenta, complementa ou concretiza uma norma constitucional e pode vir até a encontrar-se um sentido (um sentido, não o sentido) adequado que patenteie ou clarifique, no contexto do sistema, o sentido daquela norma. Mas não é nunca o sentido da lei que se substitui ao sentido da Constituição. [...] Se importa reconhecer ao legislador uma margem relativamente grande de conformação, ele não pode transfigurar o conceito, de modo a que cubra dimensões essenciais e qualitativamente distintas daquelas que caracterizam a sua intenção jurídico-normativa; e o mesmo vale, por maioria de razão, para o intérprete.”¹⁰⁴

Importante, também, citar o entendimento de CANOTILHO sobre a interpretação das normas constitucionais à luz das normas infraconstitucionais:

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1226 e 1227.

¹⁰¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 2, p.307, 308.

¹⁰² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 2, p.308.

¹⁰³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 117 a 119.

¹⁰⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 2, p.308, 309.

“A interpretação da constituição conforme as leis tem merecido sérias reticências. A doutrina. Começa por partir da ideia de uma constituição entendida não só como espaço normativo aberto mas também como campo neutro, onde o legislador iria introduzindo subtilmente alterações. Em segundo lugar, não é a mesma coisa considerar como parâmetro as normas as normas hierarquicamente superiores da constituição ou as leis infraconstitucionais. Em terceiro lugar, não deve afastar-se o perigo de a interpretação da constituição de acordo as leis ser uma *interpretação inconstitucional*, quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na constituição, quer porque as leis novas podem ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais. Teríamos, assim, a *legalidade da constituição* a sobrepor-se à *constitucionalidade da lei*.”¹⁰⁵

Quanto à interpretação e aplicação dos princípios, as palavras do doutrinador Celso Ribeiro Bastos:

“Pode-se afirmar que os princípios, embora percam em concretude, ganham em abrangência. Acabam por ser concretizados numa série de normas infraconstitucionais, que a ele dão aplicação. Isto significa, como querem alguns, que a existência dessas normas subconstitucionais acabe por interferir na própria aplicação do princípio, subvertendo-se a superioridade constitucionais. Na verdade, estas leis integradoras só vicejam na medida em que estejam em conformidade com o princípio, e não o contrário.”¹⁰⁶

Mas, o mesmo alerta que: “não se pode dar conteúdo aos princípios constitucionais a partir da definição encontrada na legislação ordinária”.¹⁰⁷

Pode ocorrer, também, da lei não abranger determinada situação, não sendo possível vislumbrar uma solução para o caso em concreto através da interpretação. Nestes casos ocorrerá a necessidade de utilizar-se da integração, que “pressupõe a ideia de tornar completo, chamar alguma coisa para o campo de incidência da norma, absorver uma determinada hipótese, a princípio não prevista”.¹⁰⁸

¹⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1234.

¹⁰⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.118.

¹⁰⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.119.

¹⁰⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.67.

A integração pode se dar de duas formas: pela “superação das lacunas” e pela “integração enquanto complementação da normatividade constitucional”.¹⁰⁹

Apesar de ser uma atividade realizada pelo interprete assim como a interpretação, a integração pela superação de lacunas dela difere. Pois, a interpretação ocorre dentro dos limites da própria lei, buscando-se o seu significado quando da sua aplicação no caso em concreto. E a integração pela superação de lacunas busca suprir, como o próprio nome remete, um vazio jurídico, uma lacuna deixada pela norma.¹¹⁰

Neste sentido:

“A analogia não é só entender a vontade legal, mas estendê-la a casos não contidos na norma. Exige-se para isto que a aparência com aqueles casos regulados esteja a impor uma idêntica solução para ambos. A interpretação propriamente dita poderá ser, no máximo, extensiva, vale dizer, quando se opta pelo maior número de casos ao alcance da norma. Mas ainda aí está-se dentro da vontade normativa.”

Essa forma de integração deve ser realizada por meio da analogia, dos bons costumes e dos princípios gerais de direito, assim como disciplinar o artigo 4º, do Decreto Lei nº 4.657/42: (“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”).¹¹¹

Já a integração enquanto complementação da normatividade constitucional ocorre nas hipóteses de normas constitucionais com conteúdo aberto, que deve ser preenchido por regulamentação realizada por meio de Lei infraconstitucional, operando-se “a composição da vontade constitucional e o preenchimento do então vazio semântico”¹¹², o que torna a norma constitucional “inteligível e aplicável ao caso em concreto”¹¹³

Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos:

¹⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.76.

¹¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.67,68.

¹¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.68.

¹¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.77.

¹¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.78.

“Ao nível constitucional vai haver uma integração verticalizada, é dizer, determinado preceito constitucional sofre um desdobramento de sua normatividade na legislação infraconstitucional, que pode tanto estender o seu conteúdo como restringir”¹¹⁴

Todas as normas constitucionais são dotadas de uma eficácia mínima, no entanto, como ressaltado anteriormente, algumas necessitam de uma “lei intercalar, isto é, uma lei que se interpõe entre a norma constitucional e o fato empírico”.¹¹⁵

Algumas normas constitucionais não necessitam de uma lei infraconstitucional para serem aplicadas de forma imediata, são essas as normas de eficácia plena. Alias, deve-se ter muito cuidado ao complementá-las, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade, pois estruturalmente elas estão completas, bastando a si mesmas.¹¹⁶

Quanto à possibilidade de uma norma constitucional ser regulamentada é importante destacar que existem aquelas que são sujeitas a serem reguladas por meio de uma lei infraconstitucional e outras que não comportam tal regulamentação.

As normas irregulamentáveis são aquelas que não podem ser tratadas por uma lei ordinária, mas tão somente pela constituição. Assim são “pela natureza da própria matéria tratada” ou “pela natureza do direito que asseguram”, não havendo que se cogitar de sua integração por meio de uma lei ordinária.¹¹⁷

Já as normas regulamentáveis são aquelas que aceitam que uma lei ordinária regule a matéria por elas tratadas. Elas possuem incidência imediata, mas a lei infraconstitucional possibilita uma melhor “conformação de seu preceito”.

Estas são completáveis (normas de eficácia limitada) quando necessitam de um acréscimo ao seu conteúdo por meio da lei infraconstitucional para produzirem os seus efeitos. São essas as normas que contêm um propósito, um objetivo e que necessitam de uma maior quantidade de meios para produzir os

¹¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.78.

¹¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.88,89.

¹¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.90,91.

¹¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.92,93.

seus efeitos. E, por necessitarem desses meios disponíveis para serem operadas, o constituinte optou por não lhes atribuir “toda a densidade jurídica necessária para serem imediatamente aplicadas, até por razões de ordem sócio-econômica”. Assim são as normas programáticas.

Já as normas restringíveis (normas de eficácia contida) podem ser restringidas pelas normas infraconstitucionais. Estas produzem efeitos de forma ampla, da mesma forma que as normas de eficácia plena, mas podem ter o seu conteúdo restringido por uma lei ordinária, desde que seja respeitado o núcleo essencial do direito contido nelas, sob pena de lesão à Constituição Federal.¹¹⁸

¹¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.96,97.

CAPÍTULO 3 - DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

1. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

O devido processo legal é um princípio fundamental, basilar de todos os outros princípios processuais.¹¹⁹ Possui conceito plurívoco, amplo, não podendo ser definido de forma técnica, mas visualizado como integrante do ordenamento jurídico e do modo de vida dos indivíduos médios (estes carregam a noção de dar a cada um o que lhe é devido),¹²⁰ sendo mutável de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade. E, tem por finalidade a busca de um processo justo, baseado no respeito às normas e garantias processuais adequadas para este fim.¹²¹

Esse princípio é tido como gênero dos demais princípios processuais, e é considerado suficiente para a obtenção de um processo ensejador de uma decisão justa para os litigantes¹²² que buscam a efetividade da proteção à vida, à liberdade e à propriedade – trinômio de direitos tutelados pelo princípio em comento.¹²³

O princípio do devido processo legal subdivide-se em duas facetas: devido processo procedimental ou adjetivo (*procedural dueprocess*) e devido processo material ou substantivo (*substantive dueprocess*).¹²⁴

O devido processo procedimental está ligado às garantias processuais, às próprias normas procedimentais,¹²⁵ que estabelecem como a tutela do direito material deverá ser realizada por meio do processo judicial ou administrativo.¹²⁶ Essa forma processualística deverá ser apta para garantir o acesso à Justiça. Ainda, deve possibilitar ao litigante o direito de requerer as suas pretensões por

¹¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

¹²⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 236.

¹²¹ DEZEN JÚNIOR, Gabriel. *Constituição Federal Interpretada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 119, 220.

¹²² NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

¹²³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

¹²⁴ DEZEN JÚNIOR, Gabriel. *Constituição Federal Interpretada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 220.

¹²⁵ DEZEN JÚNIOR, Gabriel. *Constituição Federal Interpretada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 220, 221.

¹²⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

meio do exercício do direito de ação, como também de se defender de forma ampla das pretensões formuladas em seu desfavor.¹²⁷

Acresça-se, ainda, que, o devido processo legal, sob a faceta procedimental, refere-se à maneira como os atos - originados dos Poderes Executivo, Judiciário ou Legislativo - são executados. Os procedimentos realizados para a execução do ato devem estar em consonância com os ditames estabelecidos pelo devido processo legal, que devem ser observados sempre que houver a possibilidade de ocorrer a limitação, a privação de uma liberdade fundamental, básica.¹²⁸

Já o devido processo legal substancial diz respeito ao direito material do indivíduo. Proíbe que um ato viole direitos constitucionais do cidadão e estabelece que este ato deva ser editado em conformidade com a razoabilidade, na tentativa de se buscar o ideal de Justiça.¹²⁹

Ainda, se o ato for contrário às garantias constitucionais básicas, deve ser anulado pelo Poder Judiciário com fundamento na sua inconstitucionalidade. E esta será aferida pelo confronto vertical do ato com os limites constitucionais estabelecidos pela Carta Magna,¹³⁰ possibilitando o controle de constitucionalidade da própria lei¹³¹ (quanto ao seu conteúdo, se justo, racional e razoável)¹³² e não apenas quanto ao seu procedimento, como é feito no controle sob o aspecto procedimental.¹³³

Trata-se, desta forma, de dupla tutela do indivíduo, pois protege na esfera substantiva direitos materiais (como o direito de liberdade, de propriedade e à vida) e, na esfera formal, assegura-lhe os meios e recursos assecuratórios de igualdade

¹²⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

¹²⁸ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 242.

¹²⁹ DEZEN JÚNIOR, Gabriel. *Constituição Federal Interpretada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 220, 221.

¹³⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando, *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 244.

¹³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 224.

¹³² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 226.

¹³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 224.

face ao Estado que instaurou a persecução e as condições necessárias para exercer uma defesa ampla, em sua plenitude.¹³⁴

Sendo assim, além de garantir e assegurar às partes as condições para o exercício de suas prerrogativas por meio do contraditório e da ampla defesa, o devido processo legal – conjunto de garantias processuais – é fundamental para o exercício da jurisdição, resguardando o próprio processo,¹³⁵ legitimando este exercício e¹³⁶ garantindo a imparcialidade do órgão ou Tribunal julgador.¹³⁷

2. DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.

A garantia do contraditório e da ampla defesa é conferida de forma expressa às partes litigantes no processo, em todas as suas vertentes. Trata-se de inovação trazida no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna atual, tendo em vista que o diploma constitucional anterior previa essa garantia tão somente aos litigantes no bojo do processo penal.¹³⁸

O princípio do contraditório significa a garantia da parte de deduzir as suas pretensões por meio de um processo (direito de ação) e o de exercer o direito de defesa,¹³⁹ consiste no direito de obter conhecimento da ação, do procedimento interposto e do que pretende a outra parte, englobando, também o direito de reagir ao que lhe é desfavorável. Sendo assim, é direito de ambas as partes – relação bilateral – a reação a cada ato praticado no bojo do processo.¹⁴⁰ É a construção

¹³⁴ MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil Interpretada*. 7 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007, p. 314.

¹³⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 88.

¹³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 90.

¹³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 225.

¹³⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 126.

¹³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 135.

¹⁴⁰ DEZEN JÚNIOR, Gabriel. *Constituição Federal Interpretada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 224.

democrática do processo, envolvendo igualmente tarefa das partes e do órgão julgador.¹⁴¹

Entretanto, para o exercício pleno e efetivo do contraditório não é suficiente que as partes se manifestem expondo os seus argumentos, pois é necessário que além desse contraditório formal a manifestação argumentativa exposta pelos litigantes tenha capacidade e força bastante para exercer influência no convencimento do Julgador.¹⁴² Ou seja, a garantia ao contraditório possui forte relação com o princípio da igualdade, pois visa estabelecer uma equiparação entre as partes que compõem o litígio pela utilização dos meios necessários para o alcance do balanço das forças que possam exercer influência no desfecho do processo.¹⁴³

Entende-se por ampla defesa o direito assegurado às partes, no âmbito da relação processual, de contestar ao que foi arguido em seu desfavor, opondo resistência à acusação por meio de todos os recursos cabíveis. A garantia à ampla defesa engloba também o direito ao exercício da autodefesa e da defesa técnica.¹⁴⁴

O princípio do contraditório e o da ampla defesa são distintos, mas em algum ponto se confundem, pois possuem uma estreita ligação. É o contraditório que possibilita ao acusado o acesso à informação dos atos processuais e das provas e argumentos que foram produzidos em seu desfavor e é a ampla defesa que possibilita a contestação, a reação a esses, com todos os meios e recursos disponíveis a garantir o seu pleno exercício.¹⁴⁵

Assim é o entendimento de GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO citados por GRECO:

¹⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 229.

¹⁴² PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 161.

¹⁴³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 161.

¹⁴⁴ SARAIVA, Márcia Maria Tamburini Porto. O Processo Administrativo como Instrumento de Mutação do Direito Administrativo. O processo Igual e Justo. In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. (orgs). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 229,230.

¹⁴⁵ SARAIVA, Márcia Maria Tamburini Porto. O Processo Administrativo como Instrumento de Mutação do Direito Administrativo. O processo Igual e Justo. In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. (orgs). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 229.

“Num determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria ampla defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos: a informação e a possibilidade de reação. Não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto válido para o exercício da defesa. De outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste. Porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos, a informação, e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento, a reação. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.”¹⁴⁶

No que concerne à ampla defesa, cabe frisar que a mesma engloba a presunção de inocência (o servidor acusado não pode ser considerado culpado até a decisão final da autoridade julgadora) – princípio implícito nos processos administrativos, pois englobado no princípio da ampla defesa conferido aos acusados em geral.¹⁴⁷

Como, também, integram o princípio à ampla defesa o direito de: audiência (de ser ouvido); apresentar suas razões para a formação do convencimento; indicar rol de testemunhas a serem ouvidas; produção de provas; de fundamentação das decisões; exercer a autodefesa e a defesa técnica – direito de se fazer representar ou de ser representado por profissional habilitado (advogado), respectivamente.¹⁴⁸

Importante salientar, ainda, que o pleno exercício da ampla defesa não é de interesse apenas das partes, mas também o é da sociedade, assim como a garantia do contraditório, pois são requisitos essenciais para o alcance do justo e garantias intrínsecas a um Estado Democrático de Direito.¹⁴⁹

¹⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel apud SARAIVA, Márcia Maria Tamburini Porto. O Processo Administrativo como Instrumento de Mutação do Direito Administrativo. O processo Igual e Justo. In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. (orgs). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 229.

¹⁴⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.306

¹⁴⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.308.

¹⁴⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 126.

3. DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

3.1. PROCESSO ADMINISTRATIVO OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO?

Não é novidade a divergência doutrinária a respeito da utilização dos termos processo e procedimento no direito administrativo. Alguns doutrinadores afirmam que o emprego do termo processo é inapropriado no âmbito do direito administrativo, sob o fundamento de que o mesmo é empregado para se referir a processo jurisdicional, que tipicamente faz coisa julgada material. Já outra parte da doutrina entende pela aplicabilidade do termo processo, pois acredita que ele é apto para retratar as atividades desenvolvidas pelos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.¹⁵⁰

FIGUEIREDO cuidou de sistematizar e diferenciar os termos processo e procedimento no âmbito administrativo, buscando uma compatibilização do uso dessas expressões com a Constituição Federal.¹⁵¹

Preliminarmente, indicou que se tem um processo gênero, do qual derivam procedimentos e o processo no sentido estrito.¹⁵²

O procedimento é referente à forma habitual de atuação da Administração e o outro procedimento reflete uma sequência de atos para a emanção de um ato final. Neste último, a validade de um ato dependerá sempre da validade do anterior. Ainda, subdividiu esta última espécie de procedimento em duas subespécies: procedimento nominado e procedimento inominado.¹⁵³

Por fim, indicou mais uma espécie, que é o processo em sentido estrito, que se subdivide em: processos revisivos, processos sancionatórios e processos

¹⁵⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 415, 416.

¹⁵¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 416.

¹⁵² FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 416, 417.

¹⁵³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 416, 417.

disciplinares. Afirma ainda, a doutrinadora, que estes últimos assim devem ser classificados porque no bojo deles figuram litigantes ou acusados.¹⁵⁴

Salienta, ainda, que é importante esta distinção, pois a essas espécies deverão ser aplicados princípios diferentes. Pois, quando tratar-se de processo em sentido estrito aplicar-se-à princípios administrativos, mas, também, princípios do processo civil e do processo penal.¹⁵⁵

MEDAUAR também diferencia procedimento de processo, adotando conceitos semelhantes aos de Lúcia Valle Figueiredo. Neste sentido:

“No aspecto substancial, *procedimento* distingue-se de *processo* porque, basicamente, significa a sucessão encadeadas de atos. Processo, por seu lado, implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sob prisma contraditório.

Assim, o *processo administrativo* caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, seja ante a própria Administração, seja ante outro sujeito (administrado em geral, licitante, contribuinte, por exemplo), todos, neste caso, confrontando seus direitos ante a Administração”.¹⁵⁶

Entende FIGUEIREDO que apesar da divergência doutrinária entre processo e procedimento, a extensão do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, seria apenas nos casos em que há controvérsia, sanções e punições disciplinares (processo em sentido estrito), que refletem situações de litigância e de acusações em geral.¹⁵⁷

Elucida MEDAUAR que os litigantes são aqueles que surgem em um conflito de interesses, em uma controvérsia. E os acusados são as pessoas jurídicas ou as pessoas físicas as quais foram atribuídas, por parte da Administração Pública, algumas atuações, podendo a essas serem aplicadas sanções.¹⁵⁸

¹⁵⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 416, 417.

¹⁵⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 416, 417.

¹⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.162.

¹⁵⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 419,420.

¹⁵⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.165.

Sendo assim, quando a relação jurídica envolver litigantes ou acusados em geral, imprescindível a aplicação do princípio da ampla defesa. Pois, está expressamente previsto a sua aplicação no âmbito administrativo – artigo 5º, inciso LV e artigo 41, § 1º, ambos da Carta Magna.¹⁵⁹

3.2. DA APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO “PROCESSO ADMINISTRATIVO”.

A aplicação da garantia do devido processo legal nos processos administrativos não era unânime na doutrina brasileira.¹⁶⁰ Entretanto, a Constituição Federal de 1988 deixa claro, nos incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Carta Magna, que aos litigantes no bojo de Processo Administrativo é aplicado o princípio do devido processo legal, sendo assegurado aos mesmos o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos necessários e inerentes a ela.¹⁶¹

Dessa forma, o princípio ganhou proteção constitucional e status de cláusula pétrea, não podendo ser, portanto, violado.¹⁶² A inserção do princípio do devido processo legal na Constituição Federal Brasileira é de suma importância, pois possibilita a efetivação do Estado Democrático de Direito através do maior controle dos atos jurídicos – estatais, incluindo-se nestes os atos administrativos.¹⁶³

O inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, possui sentido mais amplo, não indicando expressamente o campo de incidência da garantia do devido processo legal. No entanto, não pode ser negada a sua incidência no âmbito administrativo, já que a evolução jurisprudencial confirma a aplicação desta garantia nestes litígios, conforme, por exemplo, o entendimento emanado no teor da Súmula nº 21, editada pelo STF (“Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado

¹⁵⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 419,420.

¹⁶⁰ PORTA, Marcos. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. São Paulo: QuartierLatin, 2003, p. 106.

¹⁶¹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva apud HARGER, Marcelo, *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.147.

¹⁶² PORTA, Marcos. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. São Paulo: QuartierLatin, 2003, p. 107.

¹⁶³ PORTA, Marcos. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. São Paulo: QuartierLatin, 2003, p. 107.

nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”).¹⁶⁴

No inciso LV do mesmo artigo, a Constituinte cuidou de trazer de forma expressa a garantia da aplicação do devido processo legal na esfera judicial e administrativa, devendo ser assegurado aos litigantes, nos dois âmbitos de incidência, o direito ao contraditório e à ampla defesa.¹⁶⁵ Neste sentido SUNDFELD citado por PORTA:

“realmente decisiva, porém, foi a novidade trazida pela Declaração de Direitos do art. 5º, da Constituição de 1988, cujo inciso LIV constitucionalizou o devido processo legal enquanto princípio (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal) e cujo inciso LV determinou expressamente sua aplicação na esfera administrativa (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).”¹⁶⁶

Ainda, no mesmo sentido, entende MEDAUAR:

“Relacionando os incisos LIV e LV, pode-se dizer que o segundo especifica, para a esfera administrativa, o devido processo legal, ao impor a realização do processo administrativo, com as garantias do contraditório e ampla defesa, nos casos de controvérsia e ante a existência de acusados. No âmbito administrativo, desse modo, o devido processo legal não se restringe às situações de possibilidade de privação de liberdade e de bens. O devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo.”¹⁶⁷

A inserção expressa desse princípio ocorreu também nos incisos I e II, § 1º, do artigo 41, da Carta Magna, ao estabelecer que “As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado” – perda que só poderá ocorrer em

¹⁶⁴ MEDAUAR, Odete apud HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p.147.

¹⁶⁵ MEDAUAR, Odete apud HARGER, Marcelo, *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p.147.

¹⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari apud PORTA, Marcos. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. São Paulo: QuartierLatin, 2003, p.107.

¹⁶⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.166.

decorrência de processo administrativo disciplinar que enseje a sanção de demissão para servidores estáveis.¹⁶⁸

O devido processo legal, como já debatido anteriormente, é a concretização da ampla defesa e do contraditório, sendo estes desdobramentos daquele, que também se realizam no âmbito administrativo, devendo garantir-se aos litigantes e acusados o exercício da ampla defesa e do contraditório,¹⁶⁹ sem os quais não deve ser permitida qualquer restrição da liberdade ou da propriedade do indivíduo.¹⁷⁰

Desse modo, o ato administrativo deve estar em consonância com os preceitos e com as regras procedimentais do devido processo legal (ampla defesa, contraditório e outros) , assim como deve a substância do ato submeter-se ao estabelecido pelo mesmo princípio, buscando a justiça, a imparcialidade, a razoabilidade, e evitando-se o abuso de poder – decorrente do desvio da finalidade do ato.¹⁷¹

Desta maneira, a aplicação de penalidades pela Administração Pública deve ser precedida de procedimento onde se assegure o exercício dos meios necessários para o exercício do devido processo legal.¹⁷² Neste sentido, é exemplo de ato administrativo que viola o princípio em questão a aplicação de sanção administrativa ao servidor, sem que se proceda anteriormente à instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar, nos quais tenham sido exercidos, efetivamente, os direitos à ampla defesa e ao contraditório, em igualdade de oportunidades processuais.¹⁷³

Importante frisar que o devido processo legal não está adstrito aos procedimentos legais e aspectos processuais previamente estabelecidos na lei

¹⁶⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 297.

¹⁶⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 223.

¹⁷⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 225.

¹⁷¹ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 293.

¹⁷² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 223.

¹⁷³ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 299,300.

(*procedural dueprocess*), mas engloba, também, o direito à igualdade entre as partes no âmbito do litígio do processo administrativo (*substantive dueprocess*).¹⁷⁴ Inadmitindo-se, desta forma, lei que limite garantias individuais ou que vá de encontro ao princípio da igualdade.¹⁷⁵

Para possibilitar o contraditório é necessário colocar as partes em situação de igualdade processual, tendo em vista a hipótese de influência das mesmas na elaboração da decisão. No entanto, nesse tipo de relação processual (formada no Processo Administrativo) a situação de igualdade pode ser violada, pois a Administração Pública e a parte litigante não ocupam uma posição isonômica no processo administrativo.¹⁷⁶

Neste sentido ROCHA citada por BACELLAR FILHO:

“Todavia, não se pode deixar de considerar o princípio da isonomia das partes processuais. Em primeiro lugar, saliente-se que, no processo administrativo, o Estado – na condição de pessoa exercente das funções de administração do bem público – cumpre mais de um papel, comparece em situação dúplice: como polo ativo ou passivo da arguição feita e como julgador da situação processada. Aqui, contudo, a sua condição de julgador distingue-se daquela que ostenta no processo judicial. É que enquanto nesse há uma evidente equidistância das partes litigantes (mesmo quando o Estado é parte, pois o órgão encarregado de exercer a jurisdição não compõe o poder nem se confunde com a função jurisdicional), no processo administrativo o órgão julgador integra o poder que administra, e no exercício de cuja função emerge o conflito a ser solucionado. A aplicação do princípio da separação de poderes desguarnece-se, aqui, de sua aplicação mais clara e rigorosa, cedendo lugar a uma relação que é, então, extremamente sensível, delicada e vulnerável”.¹⁷⁷

No âmbito Administrativo é possível vislumbrar-se dois tipos de relações processuais: a triangular (semelhante à relação processual judicial), na qual estão presentes administrados com interesses contrários e a Administração como órgão

¹⁷⁴ HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.149.

¹⁷⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Vale apud HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.147

¹⁷⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 240

¹⁷⁷ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.

pacificador da contenda e; aquela na qual não é possível visualizar a relação triangular, pois está a Administração como parte interessada.¹⁷⁸

Neste último caso, não se pode negar a ausência de conflito de interesses entre o particular litigante e a Administração Pública. E esse pode ser vislumbrado nas formas de impugnação realizadas pelo particular, como também nos processos em que se busca a imposição de sanções ao administrado.¹⁷⁹ Sendo assim, é importante que se garanta a participação de ambos de forma igualitária, conferindo-lhes os meios e recursos necessários para agirem e reagirem, manifestando os seus interesses e defendendo-se dos interesses contrapostos a eles (garantia do contraditório).¹⁸⁰

3.3. DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

Para que ocorra a efetividade do contraditório no Processo Penal não basta que o acusado seja informado dos atos realizados no processo e a oportunidade de defesa seja a ele oferecida. Não pode optar por exercê-la ou não, pois neste caso a discussão gira em torno de direitos indisponíveis, sendo a defesa obrigatória e não mera opção (contraditório efetivo). Desta forma, se o acusado não indicar defensor, deverá o juiz nomeá-lo, sob pena de nulidade. E, se esta defesa for ineficaz ou insuficiente serão invalidados os atos processuais que em função de deficiência da mesma causar prejuízo ao réu.¹⁸¹

De maneira diversa ocorre no processo civil, onde se entende que para a ocorrência do contraditório basta que se proporcione à parte a informação e conhecimento dos atos processuais praticados e a possibilidade do exercício da defesa, cabendo ao litigante a opção por exercê-la ou não, salvo algumas exceções; como no caso de direitos indisponíveis ou na hipótese de proteção de incapazes.¹⁸²

¹⁷⁸ HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.156.

¹⁷⁹ GORDILLO, Augustín apud HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.156.

¹⁸⁰ MEDAUAR, Odete apud HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.156.

¹⁸¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.243.

¹⁸² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.243

Quanto ao Processo Administrativo Disciplinar, o entendimento de BACELLAR FILHO é pela defesa obrigatória – efetiva -, fundamentando a sua posição com fulcro no disposto no artigo 164, § 2º, da Lei 8.112/90 (“Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado”), tendo em vista que o legislador optou pela obrigatoriedade de nomeação de defensor dativo se revel for o acusado do Processo Administrativo Disciplinar – procedimento que pode culminar em aplicação de sanções mais graves (suspensão ou demissão).¹⁸³

Acresça-se, que o Supremo Tribunal Federal, desde 1963, já tinha o entendimento sedimentado no sentido de ser fundamental a garantia da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares, conforme a Súmula 20, de caráter predominante, editada por ele: “é necessário processo administrativo com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso”.

Ademais, há doutrinadores que afirmam a visível disparidade de forças entre a Administração e o servidor, pois aquela está em posição de órgão acusador, instrutor e julgador, não sendo adequado que se atribua a mesma a qualidade de parte.¹⁸⁴ Sendo assim, a ideia de sujeito processual mostra-se ser mais compatível, pois neste tipo de relação jurídica a posição da Administração Pública é de parte e de juiz.¹⁸⁵

Desta forma, deve-se dar mais atenção ao princípio da isonomia e da igualdade entre as partes processuais, pois a Administração está a exercer função dúplice no bojo da mesma relação processual, como parte interessada e como órgão detentor do poder de julgar a situação dirimida. Sendo, então, uma relação mais sensível que a que ocorre nos processos judiciais.¹⁸⁶

Neste sentido, tendo em vista esta dupla posição da Administração Pública no processo administrativo disciplinar, devem ser assegurados ao servidor

¹⁸³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.243, 244.

¹⁸⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 238.

¹⁸⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 238.

¹⁸⁶ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 238

acusado ou litigante garantias e meios capazes de equilibrar a relação e tornar possível o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa.¹⁸⁷

4. DO DIREITO DE SER REPRESENTADO.

A representação processual ocorre quando o indivíduo tem a necessidade de postular as suas pretensões em juízo. Esta postulação deve ocorrer, em regra, por assistência de defensor técnico (advogado), que possui originariamente a atribuição de fazê-la no interesse das partes, pois é detentor do *jus postulandi* (direito de postular em juízo).¹⁸⁸

A necessidade da parte ser representada processualmente por um defensor técnico decorre de vários motivos, como: a complexidade atinente à relação processual e a técnica processual específica; e o direito da parte de ser efetiva e corretamente defendida na busca e na proteção de seus direitos e interesses.¹⁸⁹

Neste sentido, MEDAUAR, ao tratar da defesa técnica:

“É a defesa realizada pelo representante legal do interessado, o advogado. Várias justificativas surgem, de regra, quanto à defesa técnica: equilíbrio entre os sujeitos ou paridade de armas, vinculado à plenitude do contraditório; o conhecimento especializado do advogado contribui para a tomada de decisão com respaldo na legalidade e justiça; a presença do advogado evita que o sujeito se deixe guiar por emoções de momento.”¹⁹⁰

Acresça-se, ainda, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com força de Emenda Constitucional, dispõe em seu artigo 8º, item 2, alíneas “d” e “e”, sobre o direito de ser representado. Na alínea “d” afirma o direito do acusado de defender-se de forma pessoal ou de optar pela assistência de defensor de sua escolha. E na alínea “e”, deixa claro que é irrenunciável o direito de ser assistido por um defensor

¹⁸⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.241.

¹⁸⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 164.

¹⁸⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 165,166.

¹⁹⁰ MEDAUAR, Odete apud HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.169.

e que essa assistência deve ser promovida pelo Estado no caso do próprio acusado não se defender ou nomear defensor.¹⁹¹

Várias das garantias conferidas por essa convenção já se encontram inseridas em nosso ordenamento jurídico. Cabendo destacar que a Carta Magna é mais garantidora que a Convenção em alguns aspectos, como, por exemplo, ao não aceitar a autodefesa, sendo indisponível a defesa técnica no curso do processo penal.¹⁹²

Ademais, o artigo 133, da Constituição Federal, afirma expressamente a importância do advogado para o alcance e administração da justiça, ao dispor que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.¹⁹³

Enfim, a figura do advogado representando as partes e postulando os seus interesses no bojo do processo contribui para a dialeticidade do mesmo e para o equilíbrio de forças entre as partes (igualdade), possibilitando o efetivo exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, atendendo-se tanto o interesse das partes como o interesse público, da coletividade¹⁹⁴ interessada na busca da proximidade do ideal de Justiça, que possui maiores probabilidades de ser alcançada quando as partes possuem os meios e os recursos apropriados e igualitários para exporem os seus argumentos e produzirem as provas necessárias no intuito de ambas contribuírem com a formação do convencimento do julgador, como já exposto anteriormente (ver subitem anterior – 1.2).

¹⁹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 91,92.

¹⁹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 92.

¹⁹³ BRASIL. Constituição (1988). Artigo 133.

¹⁹⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 167.

CAPÍTULO IV - COTEJO ENTRE AS HIPÓTESES DE FUNDAMENTAÇÃO DOS PRECEDENTES DA SÚMULA Nº 343, DO STJ E DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5, DO STF (AUTODEFESA OU IMPRESCINDIBILIDADE DE DEFESA TÉCNICA).

1. DA SÚMULA VINCULANTE

O Supremo Tribunal Federal edita Súmulas Vinculantes que possuem, como o próprio nome remete, força vinculante, de caráter obrigatório para os juízes e os outros Tribunais, bem como para a Administração Pública, que deve seguir o entendimento da Corte Plena, esboçado nos enunciados destas Súmulas.

A previsão da possibilidade do Supremo Tribunal Federal editar súmula vinculante está prevista no artigo 103-A, da Constituição Federal, que assim dispõe: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.¹⁹⁵

O artigo acima mencionado estabelece, como se pode extrair de seu corpo, requisitos formais para a edição da Súmula Vinculante: a aprovação da súmula deve se dar por 2/3 dos membros e deve haver reiteradas decisões sobre matéria constitucional.¹⁹⁶

Já o § 1º, do mesmo artigo, estabelece outros requisitos formais, quais sejam: existência de controvérsia entre os órgãos do judiciário ou entre esses e a Administração Pública, sendo que essa deve ser atual, gerar grave insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre questão idêntica.¹⁹⁷

Ou seja, a edição de súmula vinculante, exige uma série de requisitos para a sua aprovação e devem ser respeitados, até porque estar-se-á diante de uma espécie de súmula de força obrigatória geral, abstrata e impessoal, assemelhando-se à norma legal.

¹⁹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Artigo 103-A, *caput*.

¹⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). Artigo 103-A, *caput*.

¹⁹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Artigo 103-A, § 1º.

2. DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5, DO STF E DA SÚMULA Nº 343, DO STJ.

O STF, por meio da Súmula Vinculante nº 5, declarou que a ausência da defesa técnica por advogado no curso do Processo Administrativo Disciplinar não é inconstitucional: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição”.

Em sentido divergente a Súmula 343, do STJ, assim dispunha: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”

Percebe-se da leitura dos precedentes que editaram ambas as súmulas que os fundamentos que embasaram as mesmas estão em sentido contrário. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que o defensor técnico é essencial ao efetivo exercício da ampla defesa, como também à Justiça, entendendo esta em um sentido amplo, que abrange o âmbito administrativo. Já a Suprema Corte entendeu que a exigência da presença do mesmo acarretaria uma defesa transbordante, amplíssima, sendo a sua figura dispensável na esfera administrativa, pois entende que aos acusados em processo administrativo disciplinar não deve ser dispensado o mesmo tratamento que os acusados em processos judiciais.

Desta forma, importante é o aprofundamento e a análise dos julgados precedentes, para discutir-se com a devida segurança os pontos que nortearam e embasaram a edição das súmulas sob discussão neste trabalho.

2.1. PRECEDENTES – SÚMULA VINCULANTE Nº 5.

Extrai-se do site do Supremo Tribunal Federal os seguintes precedentes que embasaram a edição da súmula vinculante nº 5.¹⁹⁸

RE Nº 434.059¹⁹⁹

¹⁹⁸ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>

¹⁹⁹ “*EMENTA: 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.*”(grifo nosso). BRASIL, STF, RE Nº 434.059-3, Relator Ministro Gilmar Mendes,

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. O mesmo discute a possível nulidade do processo administrativo disciplinar que culminou na exoneração de Márcia Denise Farias Lino. O recorrente sustenta que o artigo 156, da Lei 8.112/90 não exige a defesa realizada exclusivamente por advogado, estando atendido o exercício da ampla defesa assegurado pela Carta Magna – artigo 5º, inciso LV.

A Suprema Corte decidiu pelo provimento do recurso, pois entendeu que a defesa técnica é uma faculdade colocada à disposição do acusado, podendo o mesmo exercê-la ou não. Entendeu, ainda, que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal não incorpora a obrigatoriedade da defesa técnica nos processos administrativos disciplinares.

Além do mais, entendeu que não se afastou nesse caso o preconizado pelo artigo 2º, parágrafo único, inciso VIII, da Lei 9.784/99 (“observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”).

Destacou, ainda, a Suprema Corte, que a mesma aceita a dispensa de advogado em processos judiciais, como no Habeas Corpus, na Revisão Criminal, nos processos trabalhistas e nos Juizados Especiais. E que tal entendimento visa garantir a efetividade do princípio da oralidade e da informalidade, como também busca a celeridade e tornar menos oneroso o acesso à Justiça.

Surgiu ainda, no curso deste julgamento a proposição de edição de Súmula Vinculante para uniformizar e vincular o posicionamento do STF no sentido de que é dispensável o advogado no curso do processo administrativo disciplinar.

No entanto, foi levantado o questionamento sobre a existência de reiterados pronunciamentos do STF neste mesmo sentido, pois é requisito essencial para a edição da referida súmula vinculante.

Levantou-se o posicionamento de que a própria súmula do STJ (S.343) justificaria a edição da súmula vinculante. E em contrapartida, houve, também, o entendimento de que não há precedentes, sendo a situação debatida excepcional, o

que não justificaria a edição da súmula, pois poderia caracterizar um regime de exceção.

Porém, após divergências sobre a existência de precedentes ou não, apontou-se como precedentes o Mandado de Segurança nº 24.961, e o Recurso Extraordinário nº 244.027 – 2. Enfatizando a Corte Suprema que estes precedentes tratam de processo administrativo disciplinar e não de meramente processo administrativo.

Desta forma, acordaram, de forma unânime, os julgadores, pela edição da súmula vinculante nº 5.

AI N° 207.197 AgR²⁰⁰

Este precedente trata de alegação feita por Motonda Comércio de Veículos Ltda. de ofensa ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, pois o seu procurador não foi intimado.

Sendo que, entendeu o Supremo Tribunal Federal, na oportunidade deste julgamento, que a extensão do princípio do contraditório aos processos administrativos não significa a obrigatoriedade às normas atinentes aos processos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado.

Ressalta-se, que, no bojo desses autos a relação jurídica se deu entre particular (pessoa jurídica) e Administração Pública, pois diz respeito a um contencioso administrativo fiscal.

RE N° 244.027 AgR²⁰¹

²⁰⁰ “*EMENTA: A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos efeitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado.*” (grifo nosso). BRASIL, STF, AI 207197, Relator Ministro Octavio Gallotti, Data de publicação DJ 05/06/98 - ATA N° 17/98.

²⁰¹ “*EMENTA: Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória.*” (grifo nosso). BRASIL, STF, RE 244027, Relatora Ministra Ellen Gracie, Data de publicação DJ 28/06/2002 - Ata N° 21/2002.

Nos autos que originaram este precedente discutiu-se o desligamento do agravante do Curso de Formação de Oficiais.

O agravante alegou ofensa ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, por ausência de defensor técnico constituído. E, a Suprema Corte decidiu que razão a ele não assiste, pois entendeu que o defensor técnico é dispensável no curso do processo administrativo.

Acresça-se, que, a nulidade cotejada não diz respeito a um processo administrativo disciplinar, mas a um processo administrativo, tendo em vista que o agravante foi desligado de um curso de formação, não sendo integrante, àquele tempo, dos quadros da Administração Pública.

MS N° 24.961²⁰²

Trata o processo de nulidade em Tomada de Contas Especial instaurada para apurar a responsabilidade de Ednilson Medeiros Machado em operações fraudulentas.

No julgamento deste Mandado de Segurança a Suprema Corte entendeu que é dispensável a presença do advogado, sendo que a extensão do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, aos processos administrativos não exige a subordinação às regras próprias do processo judicial.

Concluindo, desta forma, pela inexistência de obrigatoriedade de nomeação de defensor para a realização de defesa técnica perante o Tribunal de

²⁰² “**EMENTA: CONSTITUCIONAL.ADMINISTRATIVO.TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO.DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO.** I. – A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa de coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., ART. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado: AI 207.197 – AgR/PR, Ministro Octavio Galloti, “DJ” de 05.6.98; RE 244.027 – AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, “DJ” de 28.6.2002. II. – Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Aplicação subsidiária do disposto no art. 236, CPC. Ademais, a publicação dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial. III. – Mandado de segurança indeferido.” (grifo nosso). BRASIL, STF, MS n° 24.961, Ministro Relator Carlos Velloso, Data de publicação DJ 04/03/2005 - Ata N° 5/2005.

Contas, pois entende, ainda, que o cidadão possui capacidade postulatória perante o mesmo. E, pelo não provimento do referido Mandado de Segurança.

Acresça-se, ainda, que, como se extrai da própria ementa do julgado, esse precedente não diz respeito a um processo administrativo disciplinar, pois a Tomada de Contas Especial é um processo administrativo que tem por finalidade o ressarcimento ao erário.

2.2. PRECEDENTES – SÚMULA 343, DO STJ.

Com relação à edição da Súmula 343, do STJ, extraem-se do sítio do Superior Tribunal de Justiça, os seguintes precedentes:

MS N° 10.837 DF²⁰³

Alegou-se, nesse mandado de segurança, ofensa ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

E, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, apesar de não haver disposição legal, é indispensável a constituição de advogado durante todo o curso do Processo Administrativo Disciplinar, não bastando que se faculte ao acusado a defesa técnica, pois não são sujeitos tão somente os litigantes, mas os acusados em

²⁰³ “EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DEFESA TÉCNICA CONSTITUÍDA APENAS NA FASE FINAL DO PROCEDIMENTO. INSTRUÇÃO REALIZADA SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. INEXISTÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INOBSERVADOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO. 1. Apesar de não haver qualquer disposição legal que determine a nomeação de defensor dativo para o acompanhamento das oitivas de testemunhas e demais diligências, no caso de o acusado não comparecer aos respectivos atos, tampouco seu advogado constituído – como existe no âmbito do processo penal –, não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica. 2. A constituição de advogado ou de defensor dativo é, também no âmbito do processo disciplinar, elementar à essência da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. 3. O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a oportunidade ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas com a efetiva constituição de defensor durante todo o seu desenvolvimento, garantia que não foi devidamente observada pela Autoridade Impetrada, a evidenciar a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Precedentes. 4. Mandado de segurança concedido para declarar a nulidade do processo administrativo desde o início da fase instrutória e, por consequência, da penalidade aplicada.” (grifo nosso). BRASIL, STJ, MS N° 10.837, Ministra Relatora Laurita Vaz, Data de publicação DJ 13/11/2006.

geral. Pois, conforme o seu entendimento, é necessária a presença de advogado ou defensor dativo para que seja possibilitada a igualdade nessa relação jurídica.

Ainda, afirmou que a Constituição Federal não diferencia o processo judicial dos processos administrativos quanto à observância da ampla defesa e do contraditório. E, entendeu que se deve aplicar aos processos administrativos disciplinares a orientação sumulada pela Suprema Corte em seu Enunciado nº 523 (“No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”).

Desta forma, reconheceu a nulidade parcial do referido Processo Administrativo Disciplinar, pois considerou que a formação de provas sem a participação do advogado enseja a nulidade do referido processo.

Ainda, é importante acrescentar que houve, neste julgamento, um voto divergente, prolatado pelo Ministro Paulo Gallotti, no sentido de que não é obrigatória a presença de defensor técnico no curso do Processo Administrativo Disciplinar.

No entanto, foi interposto Embargos de Declaração no Mandado de Segurança por não ter sido o procurador do Banco Central intimado. E no seu julgamento o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a ausência de intimação do procurador da autarquia acarreta em prejuízo à embargante. Sendo assim, declarou a nulidade do julgamento do referido Mandado de Segurança.

O novo julgamento se deu no ano de 2009, após a edição da súmula vinculante nº 5. Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça decidiu de forma totalmente divergente do anterior posicionamento adotado, acatando o entendimento constante no enunciado da súmula vinculante da Suprema Corte.²⁰⁴

²⁰⁴ “EMENTA PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR FEDERAL INATIVO. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. INFRAÇÃO DISCIPLINAR PRATICADA QUANDO NA ATIVIDADE. FALTA DE DEFENSOR QUALIFICADO NA FASE INSTRUTÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. A falta de procurador constituído durante a fase de instrução do inquérito não configura nulidade, pois ao servidor acusado foi dada a oportunidade de acompanhar o processo pessoalmente, ou por intermédio de procurador, não podendo, em razão de sua própria omissão, pretender ver reconhecida pretensa irregularidade a que teria dado causa. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2. “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Súmula Vinculante n.º 5/STF. 3. A teor do artigo 156, § 1º, da Lei n.º 8.112/1990, “o presidente da comissão

RMS N° 20.148 PE²⁰⁵

No julgamento desse Mandado de Segurança, entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela nulidade do processo administrativo disciplinar, tendo em vista a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo.

MS N° 10.565 DF²⁰⁶

Nesse mandado de segurança, decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela nulidade do processo administrativo disciplinar, pois entendeu que é necessária a constituição de defensor dativo. Sob o fundamento de que é elementar para a

poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimentos dos fatos." 4. Denegação da segurança." (grifo nosso). BRASIL, STJ, MS N° 10.837, Ministro Relator Paulo Gallotti, Data de publicação DJ 17/04/2009.

²⁰⁵ **EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADE. ART. 125, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO OU DEFENSOR DATIVO. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I - O art. 125, § 4º da Constituição Federal é claro ao definir que somente nos casos de crimes militares a competência para decidir sobre a perda do cargo é do Tribunal de Justiça Estadual ou do Tribunal de Justiça Militar. Tratando-se de infração disciplinar apurada em Procedimento Administrativo, a competência para o ato de exclusão é da própria Administração. Precedentes. II - O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, igualmente incidentes na esfera administrativa, têm por escopo propiciar ao servidor oportunidade de oferecer resistência aos fatos que lhe são imputados, sendo obrigatória a presença de advogado constituído ou defensor dativo. Precedentes. III - Não havendo a observância dos ditames previstos resta configurado o desrespeito aos princípios do devido processo legal, não havendo como subsistir a punição aplicada. IV - A declaração da nulidade de parte do procedimento não obsta que a Administração Pública, após o novo término do processo administrativo disciplinar, aplique a penalidade adequada à eventual infração cometida. V - Recurso conhecido e parcialmente provido para reformar o acórdão a quo, declarando-se a nulidade do processo administrativo, com a conseqüente anulação do ato que impôs a pena ao militar." (grifo nosso). BRASIL, STJ, MS N° 10.565, Ministro Felix Fischer, Data de Publicação DJ 13/03/2006.**

²⁰⁶ **"EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DEFESA POR ADVOGADO E DEFENSOR DATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. I - "A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas também os acusados em geral" (Precedentes). II - Independentemente de defesa pessoal, é indispensável a nomeação de defensor dativo, em respeito à ampla defesa. III - Ordem concedida." (grifo nosso). BRASIL, STJ, MS N° 10.565, Ministro Felix Fischer, Data de Publicação DJ 13/03/2006.**

garantia da ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes, a nomeação do mesmo.

MS N° 9.201 DF²⁰⁷

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento desse mandado de segurança, que ocorreu a violação da garantia constitucional da ampla defesa, por não haver, no curso do processo administrativo disciplinar, advogado constituído ou defensor dativo nomeado, o que enseja a nulidade do processo.

MS N° 7.078 DF²⁰⁸

²⁰⁷ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO E DE DEFENSOR DATIVO. PRECEDENTES DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Somente após a fase instrutória se mostra necessária a descrição pormenorizada do fato ilícito, bem como a sua devida tipificação, procedendo-se, conforme o caso, o indiciamento do servidor, na forma do art. 161, caput, da Lei n.º 8.112/90. 2. A Autoridade impetrada, competente para aplicar a penalidade administrativa, vincula-se aos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar e não à capitulação legal proposta pela Comissão de Processante ou aos pareceres ofertados pelos agentes auxiliares, podendo, inclusive, deles discordar, desde que fundamente seu entendimento. “O indiciado em processo disciplinar se defende contra os fatos ilícitos que lhe são imputados, podendo a autoridade administrativa adotar capitulação legal diversa da que lhes deu a Comissão de inquérito, sem que implique cerceamento de defesa ” (Cf.: MS 20.335/DF, Rel. Min. RAFAEL MAYER, RTJ 105/66). 3. Na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, circunstância, que, a luz dos precedentes desta Corte de Justiça, elementar à garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. Precedente desta Corte. 4. Ordem concedida para que o Ministro de Estado da Saúde se abstenha de emitir portaria demissória do ora Impetrante em razão dos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar n.º 25265.007811/2002-21, em decorrência de sua nulidade, sem prejuízo de instauração de novo procedimento, com observância das formalidades legais.” (grifo nosso). BRASIL, STJ, MS N° 9.201, Ministra Relatora Laurita Vaz, Data de Publicação DJ 18/10/2004.

²⁰⁸ “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO E DE DEFENSOR DATIVO. 1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. 2. Ordem concedida.” (grifo nosso). BRASIL, STJ, MS N° 7.078, Ministro Relator Hamilton Carvalhido, Data de Publicação DJ 09/12/2013.

Nesse mandado de segurança, como nos *retro* mencionados, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela nulidade do processo administrativo disciplinar, pois entendeu que a ausência de defensor técnico constituído ou de defensor dativo nomeado fere o princípio da ampla defesa e do contraditório, violando o artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna.

Fundamentou, também, a sua decisão com base no disposto no artigo 133, da Constituição Federal, que estabelece que o advogado é indispensável à administração da justiça. E, afirma, ainda, que a Suprema Corte já decidiu que é necessário que se conceda ao réu todas as oportunidades e meios que a lei lhe confere para o exercício de sua defesa (RT 688/384).

Sendo assim, concluiu que por ter o processo administrativo não apenas litigantes, mas acusados em geral, se deve conferir a estes todos os meios e recursos à garantia do direito à ampla defesa, sendo a obrigatoriedade de defesa técnica elementar da mesma.

2.3. SÚMULA VINCULANTE Nº 5 – DISCUSSÃO QUANTO À SUA INCONSTITUCIONALIDADE.

A Súmula Vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 343, do Superior Tribunal de Justiça, foram editadas com base nos precedentes *retro* mencionados. No entanto, é importante ressaltar que alguns dos precedentes que embasaram a edição da Súmula Vinculante editada pela Corte Suprema não versaram sobre questão idêntica. Pois, com exceção do RE nº 434.059, todos os precedentes trataram de processos administrativos, mas esses não eram processos administrativos disciplinares.

Entende, conforme o exposto, CLAUDIO ROZZA:

“Este Recurso Extraordinário 434.059 tratou de processo disciplinar. Os demais, considerados precedentes na verdade foram procedimentos administrativos, sem correlação com processo disciplinar, mas serviram como precedente, porque a conclusão foi que, nesses processos, não haveria a indispensabilidade de advogado.”²⁰⁹

²⁰⁹ ROZZA, Claudio. *Processo Administrativo Disciplinar e Ampla Defesa*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 199.

Ainda, a Súmula Vinculante nº5 foi objeto de proposta de cancelamento da súmula, apresentada, perante o Supremo Tribunal Federal, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – PET/4.285/DF (atualmente PSV 58), sob o argumento de que ela é inconstitucional, principalmente no que concerne ao atendimento dos requisitos formais para a edição da mesma.

Ainda, quanto à suposta inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal, entende BACELLAR FILHO que vários requisitos formais e materiais, exigidos no artigo 103-A, da Constituição Federal e no seu § 1º, foram violados na edição da mesma²¹⁰. Como muitos foram os vícios apontados por esse doutrinador, preferiu-se dividi-los em itens, quais sejam:

1.VÍCIOS FORMAIS:

Quanto ao requisito de existirem reiteradas decisões sobre matéria constitucional objeto da súmula, conforme prevê o artigo 103-A, da Constituição Federal, entende o doutrinador que o fato dos precedentes não terem tratado especificamente sobre processo administrativo disciplinar importa em inconstitucionalidade formal, pois esse é o objeto da Súmula Vinculante. Ademais, ressalta que há diferenças quanto à aplicação de princípios entre o processo administrativo em sentido estrito, do qual faz parte a espécie processo administrativo disciplinar, e o procedimento administrativo, principalmente no que concerne à aplicação do princípio da ampla defesa e do contraditório:

“[...] 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”. Se no 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”. 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

²¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.27-64.

arrimado em reiteradas posições no mesmo sentido, o que descaracteriza o suposto preenchimento de súmula vinculante”.²¹¹

Já quanto à existência de controvérsia capaz de gerar grave insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre questão idêntica, entende BACELLAR FILHO que o fato de não haverem um número relevante de decisões da Suprema Corte a respeito da matéria sob discussão demonstra a improbabilidade da controvérsia debatida gerar insegurança jurídica ou a multiplicação de processos sobre a questão idêntica, concluindo pela ausência desse requisito formal para a edição da súmula vinculante nº 5:

“[...] 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.”²¹²

Sendo assim, conforme o entendimento do doutrinador retro citado, esses já são fundamentos suficientes para o cancelamento da Súmula Vinculante nº 5 por vício formal de inconstitucionalidade.

2. VÍCIOS MATERIAIS- RE Nº 434.059-3/DF

BACELLAR FILHO, além dos vícios formais de inconstitucionalidade, aponta também que a súmula vinculante nº 5 está eivada de vícios materiais de inconstitucionalidade. O doutrinador dividiu esses vícios de forma sistêmica, conforme os argumentos utilizados para a elaboração da Súmula Vinculante, extraídos do RE nº 434.059-3/DF.

Neste trabalho, adotou-se a mesma sistemática, apontando-se os argumentos extraídos do acórdão proferido no mesmo Recurso Extraordinário supracitado e o entendimento do doutrinador a respeito deles.

²¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.38.

²¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.39.

O Supremo Tribunal Federal entendeu pela desnecessidade de defesa técnica se estiverem garantidos os direitos de informação, de comunicação e de ver seus argumentos considerados: *“se 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”*.²¹³

No entendimento do doutrinador, o Supremo Tribunal incorreu em equívoco ao entender que se os direitos de informação, de comunicação e de ver os seus argumentos considerados forem garantidos no curso do processo administrativo disciplinar terá sido garantido ao acusado o exercício da defesa de forma plena. Afirma BACELLAR FILHO que esses três direitos apontados pela Suprema Corte fazem parte do direito à defesa, mas não são por si só suficientes a garantir a defesa em sua plenitude, pois para tanto deve estar presente a garantia de tantos outros direitos integrantes da ampla defesa, dentre esses o direito à defesa técnica:

“O pressuposto não nos parece aceitável. O fato de a Corte Constitucional alemã identificar como desdobramento 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 referentes 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.[...] 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.”²¹⁴

A Corte Suprema, conforme trecho extraído do voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, entendeu pela necessidade de defesa técnica apenas nos casos em que a complexidade possa tornar o acusado inapto para exercer a autodefesa: *“a defesa técnica só seria exigível se a complexidade da questão*

²¹³ Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, Data de publicação DJE 12/09/2008 - Ata nº 28/2008 - DJE nº 172, Divulgado em 11/09/2008, p.742/743.

²¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.40.

*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.*²¹⁵

No entanto, entende BACELLAR FILHO que mesmo que a causa não seja muito complexa, o acusado não possui condições de desenvolver todos os argumentos jurídicos que poderiam ser utilizados em seu favor e que somente um advogado poderia fazê-lo. Ou seja, para ele o acusado estaria, sem a ausência de defensor técnico, mesmo nessas situações mais simples, a exercer tão somente uma defesa e não uma ampla defesa.

Acrescenta, ainda, que a súmula vinculante em questão não importa distinções entre processos com questões complexas ou que envolvam matéria mais simples, pois o seu enunciado afirma que em qualquer processo administrativo disciplinar a ausência da defesa técnica não ofende a Constituição. E que o fato de existirem situações nas quais é necessária a presença do defensor técnico, sob pena de se estar violando o princípio constitucional à ampla defesa, já demonstra a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5. Nesse sentido:

“Se a situação deflagadora 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 *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.”²¹⁶

²¹⁵ Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, Data de publicação DJE 12/09/2008 - Ata nº 28/2008 - DJE nº 172, Divulgado em 11/09/2008, p.747.

²¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.41,42.

O Supremo Tribunal Federal afirma, ainda, que a indispensabilidade do advogado restringe-se apenas à administração da justiça, e que esta deve ser considerada tão somente como a função jurisdicional: “*de acordo com o art. 133 da CF, o advogado é indispensável à administração da justiça, assim considerada apenas a função jurisdicional.*”²¹⁷

Entende o doutrinador, em contrariedade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, ao realizar-se a interpretação das normas constitucionais, deve-se maximizar a efetividade dos direitos fundamentais e não limitá-los. Sendo assim, afirma que da conjugação do art. 5º, inciso LV, com o art. 133, ambos da CF, é dedutível que o advogado é indispensável à administração da justiça. E, que por justiça devem compreender-se todas as situações em que seja necessária a atuação da defesa técnica, sejam elas ocorridas no exercício da função jurisdicional ou administrativa, pois no exercício de ambas é possível praticar ingerências na esfera jurídica dos cidadãos.

Ademais, entende que por ser o processo administrativo disciplinar processo administrativo em sentido estrito, ocorre a atração para ele da incidência de todos os princípios componentes do núcleo comum de processualidade, estando incluída nesses o princípio da ampla defesa.

Afirma, ainda, que não deve prosperar a comparação entre o tratamento constitucional dispensado ao advogado com o destinado ao Ministério Público e a Defensoria. Pois, o Constituinte determinou, expressamente, que esses últimos são essenciais à função jurisdicional e quanto aos advogados estabeleceu que eles são indispensáveis à justiça, que abrange todas as situações que afete os direitos dos indivíduos, não tendo o Constituinte optado por expressões diferentes sem algum motivo.

Neste diapasão:

[...] 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

²¹⁷ Ministro Carlos Ayres Britto, Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, Data de publicação DJE 12/09/2008 - Ata nº 28/2008 - DJE nº 172, Divulgado em 11/09/2008, p.750.

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 [...] 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.”²¹⁸

A Suprema Corte entendeu, ainda, que não se extrai do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal a exigência de defesa técnica nos processos administrativos disciplinares, pois tal obrigatoriedade não significaria uma ampla defesa, mas uma defesa transbordante: *“mais do que a ampla defesa, e sim uma defesa amplíssima, ou seja, uma defesa transbordante”*.²¹⁹

Segundo BACELLAR FILHO a defesa técnica é um meio inerente à ampla defesa e somente através da defesa técnica é possível explorar de forma potencial os argumentos fáticos e jurídicos em favor do acusado. Do contrário, ocorreria tão somente um simulacro de defesa. Acrescenta ainda que o constituinte não diferenciou o tratamento, quanto ao contraditório e à ampla defesa, que deve ser dado aos litigantes em processo judicial dos acusados em processo administrativo.

Ainda, afirma quese pressupondo que ambos possuem um núcleo comum e que ambos possuem caráter punitivo, o regime principiológico, como também os direitos fundamentais a serem aplicados em ambos devem ser os mesmos:

“[...] 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. [...] A defesa deverá ser real, efetiva, explorando – ao menos de forma potencial – todos os argumentos fáticos e jurídicos que militam em

²¹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.42,43.

²¹⁹ Ministro Carlos Ayres Britto, Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, Data de publicação DJE 12/09/2008 - Ata nº 28/2008 - DJE nº 172, Divulgado em 11/09/2008, p.751.

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. [...] 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 cada um deles e o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais incidentes em ambas as categorias processuais deve ser exatamente o mesmo. [...] 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.”²²⁰

Um dos argumentos do Supremo Tribunal quanto à desnecessidade da obrigatoriedade de defesa técnica é o de que a sua exigência acarretaria o asoerramento da Defensoria Pública: “a exigência de defesa técnica em todos os processos administrativos importaria um asoerramento da Defensoria Pública”.²²¹

Para BACELLAR FILHO a justificativa de que a obrigatoriedade de defesa técnica importaria em um asoerramento da Defensoria Pública não deve prosperar. Para o mesmo a assistência jurídica (integral e gratuita) é uma garantia constitucional e deve ser prestada pela Defensoria Pública, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIV, combinado com o artigo 134, ambos da Carta Magna. Afirma ainda, que se o sobrecarregamento da Defensoria Pública fosse justificativa suficiente, o simples fato de se aumentarem as ações penais acarretaria na mesma consequência.

Ainda, acrescenta que, no caso de asoerramento, há alternativas, como, por exemplo, a nomeação de defensores dativos, assim como ocorre nos processos penais, que assim como os processos disciplinares possuem caráter sancionatório:

“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

²²⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.44,45.

²²¹ Ministro Carlos Ayres Britto, Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, Data de publicação DJE 12/09/2008 - Ata nº 28/2008 - DJE nº 172, Divulgado em 11/09/2008, p.752.

demasiadamente atarefada. A adesão a esse entendimento afronta, logicamente, o sistema constitucional brasileiro. [...] 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 inobjetablem afronta À Lei Fundamental. [...] 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”.²²²

Outro argumento utilizado pela Suprema Corte foi o de que exercício do contraditório é facultativo ao acusado, tal como no processo civil: *“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”*.²²³

No entendimento de BACELLAR FILHO, ocorreu uma confusão com relação ao direito à ampla defesa e o direito ao contraditório. O contraditório diz respeito à participação no processo, ao direito da parte de se manifestar quanto ao argumento construído pela outra parte em seu desfavor. Ele é garantido a ambas as partes e funda-se na bilateralidade processual. Já a ampla defesa diz respeito aos meios e recursos essenciais para que o réu tenha condições e meios técnicos de se opor, em igualdade de forças à pretensão dirigida contra ele.

Ainda, BACELLAR FILHO afirma que o processo administrativo disciplinar não pode ser comparado com o processo civil, pois o primeiro, assim como o processo penal, possui natureza sancionatória, devendo ter os meios de defesa ampliados.

²²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.47/51.

²²³ Ministro Cezar Peluso, Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, Data de publicação DJE 12/09/2008 - Ata nº 28/2008 - DJE nº 172, Divulgado em 11/09/2008, p.753, 754.

“[...] o princípio constitucional da ampla defesa não se limita à oportunidade do contraditório, pois este é apenas o ponto de partida para o exercício do direito de defesa [...]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. [...]”²²⁴ O processo disciplinar não pode ser comparado em suas peculiaridades com o processo civil, uma vez que incorpora caráter punitivo, assim como no processo penal. Por ostentar natureza sancionatória, o processo disciplinar pressupõe uma ampliação nos mecanismos de defesa do réu, tal como ocorre no processo penal.”²²⁵

Sendo assim, no entendimento do doutrinador, a defesa técnica, por possuir natureza sancionatória e um núcleo processual mais comum ao do processo penal, deve ser estendida aos acusados em processo administrativo disciplinar, por ser, nesses casos, um meio de defesa inerente à ampla defesa. Não devendo ser a ampla defesa confundida com a mera oportunidade de exercer o contraditório.

O Supremo Tribunal Federal afirma que a exigência de defesa técnica no processo penal justifica-se por se tratar do direito à liberdade, que é indisponível: *“a necessidade de defesa técnica no processo penal é exceção, pois nele está em jogo um direito indisponível, que não pode ser renunciado”*.²²⁶

Afirma BACELLAR FILHO, que o Supremo Tribunal Federal, ao entender que no processo penal a necessidade de defesa técnica é justificada pela indisponibilidade do direito em jogo, incorreu em equívoco. Primeiro, o doutrinador aponta que houve um desvio de foco, pois o próprio direito à ampla defesa é um direito indisponível. Segundo, salienta que o direito à honra, à imagem e ao trabalho, colocados em risco no processo administrativo disciplinar, também são indisponíveis.

Salienta, ainda, que, em respeito às regras dos pressupostos básicos da Teoria do Direito e do Direito Constitucional e em respeito ao princípio da unidade hierárquico-normativa, devem ser atribuídos a esses princípios fundamentais o

²²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.53,54.

²²⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.54.

²²⁶ Ministro Cezar Peluso, Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, Data de publicação DJE 12/09/2008 - Ata nº 28/2008 - DJE nº 172, Divulgado em 11/09/2008, p. 754.

mesmo valor, pois não há hierarquia entre as normas constitucionais. Ademais, salienta que há casos em que o próprio direito à liberdade pode ser colocado em risco em um processo administrativo disciplinar, como no caso do processo administrativo disciplinar militar, no entanto, a súmula vinculante abrange qualquer hipótese de processo administrativo disciplinar.

“No acórdão vigente, houve um desvio de foco: a indisponibilidade é do próprio direito fundamental à ampla defesa, independentemente dos demais direitos que estiveram em jogo, seja em uma 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 risco, no mínimo, o direito fundamental À honra e À imagem do servidor público, protegidos constitucionalmente pelo artigo 5º, X. [...] 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. [...] 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. [...] 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 militar.”²²⁷

A Suprema Corte argumenta, ainda, que a nomeação de procurador pelos acusados em processo administrativo disciplinar é facultativa e que ele não precisa ser advogado, fundamentando o seu posicionamento com fulcro no artigo 156, da Lei 8.112/90: “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”.²²⁸

²²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.57,58,59.

²²⁸ Ministro Marco Aurélio, Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, Data de publicação DJE 12/09/2008 - Ata nº 28/2008 - DJE nº 172, Divulgado em 11/09/2008, p. 757.

Segundo o doutrinador, amparando-se pela hermenêutica constitucional contemporânea, as leis que devem ser interpretadas conforme a Carta Magna e não o contrário. Sendo assim, para se definir o conteúdo do princípio da ampla defesa é necessária uma interpretação sistemática das normas constitucionais (princípios e regras). Não devendo, desta forma, ser o artigo 5º, inciso LV, da CF, interpretado à luz do artigo 156, da Lei 8.112/90 de forma a levar ao entendimento de que a atuação do defensor técnico é desnecessária, sob pena de se inverter a hierarquia dessas normas.

Aponta, ainda, que a forma adequada de se interpretar o artigo 156, da Lei 8.112/90 é a seguinte: além de acompanhar o processo pessoalmente (autodefesa) ao acusado deve ser assegurada a defesa técnica por procurador, que nos termos do artigo 133, da Constituição Federal, deve ser necessariamente realizada por advogado:

“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 a hierarquia das fontes do direito brasileiro. [...] é possível inferir que o artigo 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.”²²⁹

Conforme o exposto é possível vislumbrar grande controvérsia quanto ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e a existência de possíveis vícios na edição da súmula vinculante nº 5. No entanto, até que o Supremo aprecie a PSV 58 e/ou modifique o entendimento quanto à dispensabilidade do defensor

²²⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.59,60.

técnico nos processos administrativos disciplinares, é a disposição contida na referida súmula vinculante que prevalece, orientando, obrigando e vinculando todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública ao seu enunciado.

CONCLUSÃO

A problemática do presente trabalho girou em torno da obrigatoriedade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar como requisito formal de validade e da interpretação realizada pelo Supremo Tribunal quanto à exigência desse requisito.

Concluiu-se, preliminarmente, que o vício de forma ocorre quando uma norma invalidante incide sobre o suporte fático de um ato dispondo que este é defeituoso. E, que, por ser o ato jurídico administrativo espécie de ato jurídico este também está sujeito a essa incidência, podendo ser considerado inválido pela ausência de elementos em seu suporte fático.

Constatou-se, também, que os procedimentos/processos administrativos são uma série de atos e que a forma com que esses atos devem ser exteriorizados é disciplinada pela norma jurídica.

Desta forma, por ser a presença de defensor técnico um pressuposto ou não para a regularidade formal da defesa realizada pelos acusados e litigantes nos processos administrativos disciplinares, debateu-se se o artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal impõe a obrigatoriedade da defesa técnica.

O dispositivo acima mencionado impõe que a ampla defesa seja garantida aos acusados e litigantes em processo administrativo.

A doutrina também entende que o princípio do devido processo legal, estando inserido nele o da ampla defesa, deve ser efetivamente aplicado. E, fundamenta esse posicionamento com base na sensibilidade da relação entre a Administração e o acusado; na disparidade da relação que não pode ser entendida como uma relação triangular, tendo em vista que a Administração está como órgão acusador, julgador e como parte interessada, sendo essencial que seja garantida a igualdade processual e a paridade de armas; e na natureza sancionatória dos procedimentos administrativos disciplinares, pois importam em sanções a serem aplicadas aos seus servidores.

Fundamentam os doutrinadores, ainda, a incidência dessa garantia aos processos administrativos disciplinares com fulcro no argumento de que, por serem eles processos em sentido estrito e não meros procedimentos, possuem o mesmo

núcleo em comum com os processos jurisdicionais, pois no âmbito deles há uma controvérsia, estando presentes acusados e litigantes. Desta forma, a eles devem ser estendidas muitas das garantias processuais conferidas aos acusados em processos judiciais, dentre elas a garantia de um devido processo legal, desdobrada na garantia do contraditório e no direito à ampla defesa.

Quanto à garantia da ampla defesa aos processos administrativos não resta dúvidas de que ela é obrigatória. O próprio Supremo a muito já entendia nesse sentido, conforme se extrai da súmula de caráter dominante editada por ele – Súmula nº 20.

Mas e com relação à exigência de defesa técnica? Ela é inerente ao exercício da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares? Ou basta que seja proporcionado ao acusado o exercício da autodefesa para que seja garantida a ampla defesa?

O princípio da ampla defesa é um princípio constitucional e assim como os demais é considerado uma norma e impõe obrigações. E por estar inserido na Carta Magna está no mais alto grau da hierarquia das normas, sendo dotado de supremacia perante as normas infraconstitucionais.

Mas, assim como os demais princípios, o princípio da ampla defesa possui um alto grau de indeterminação, carecendo de interpretação quanto ao seu conceito e a sua extensão.

O Supremo Tribunal Federal, como o principal intérprete e concretizador da norma constitucional, entendeu, ao editar a Súmula Vinculante nº 5, que a autodefesa é meio apto e suficiente para o efetivo exercício da ampla defesa no Processo Administrativo Disciplinar.

Ou seja, a Corte Suprema entendeu, ao analisar e interpretar a garantia da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares à luz do artigo 5º, inciso L, da Constituição, que a defesa exercida pelo próprio acusado é formalidade suficiente para que a defesa seja exercida de forma efetiva e ampla e que não há norma invalidante a incidir sobre processos administrativos disciplinares nos quais a defesa foi exercida sem defensor técnico constituído. Sendo assim, a partir da decisão tomada pelo Supremo, conclui-se que a ausência de defensor técnico não

torna o processo administrativo disciplinar eivado de vício de forma a ensejar a sua nulidade.

Verificou-se, também, que apesar da atividade interpretativa não ser apenas subsuntiva, mas um tanto quanto criadora, principalmente tendo em vista os conceitos indeterminados constantes das normas constitucionais, a argumentação dos intérpretes deve ser pautada por alguns parâmetros, como a apresentação de fundamentos normativos e a motivação das decisões; a possibilidade de universalização dos critérios adotados; e a observância dos princípios orientadores da interpretação.

Discorreu-se sobre alguns desses princípios/postulados da atividade interpretativa: o princípio da unidade da constituição, o princípio da máxima efetividade, o princípio da força normativa da constituição, o princípio da supremacia da constituição e o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição.

A respeito desse último princípio norteador da atividade do intérprete, é importante destacar que apesar dele impor que as normas infraconstitucionais é que devem ser interpretadas conforme a Constituição e não o contrário, não pode se esquecer de que elas possuem conceitos amplos, necessitando, muitas vezes, de uma regulamentação a ser realizada por uma norma infraconstitucional que possibilite a sua concretização.

Tem-se então, que o Supremo Tribunal Federal, ao ter entendido que basta a autodefesa para o efetivo exercício da ampla defesa nos Processos Administrativos Disciplinares com fundamento no fato do artigo 156, da Lei 8.112/90 facultar a defesa técnica e não a exigir, pode não ter interpretado a norma constitucional com base em uma lei ordinária, mas apenas reconhecido esse artigo como uma norma que regulamenta o princípio da ampla defesa e possibilita a sua concretização, tendo em vista ser um princípio tão amplo.

Ainda, a interpretação da constituição à luz de uma lei infraconstitucional é reconhecida pelos doutrinadores. Esses não a menosprezam, tão somente atentam que a mesma deve ser realizada com alguma cautela para que o núcleo essencial do princípio seja mantido e o seu conteúdo não seja distorcido ou modificado.

Também foram abordadas opiniões divergentes quanto à dispensabilidade da defesa técnica. Uma delas afirma que o Supremo Tribunal Federal não deu máxima efetividade à garantia da ampla defesa e de que dentre outras interpretações conforme a Constituição a Corte não adotou a mais extensiva, mas a mais restritiva, a menos conforme com a constituição, limitando uma garantia constitucional quando a ela poderia ter sido dada maior efetividade.

Ademais, outro posicionamento é o de que os processos administrativos disciplinares possuem um núcleo em comum mais semelhante aos processos judiciais e não aos processos civis, pois a sua natureza é sancionatória. Não sendo suficiente o argumento do Supremo Tribunal Federal de que o defensor técnico é dispensável em alguns processos de natureza cível.

Ainda, discorreu-se sobre a questão do assoberbamento que a exigência de defesa técnica poderia causar às Defensorias Públicas. O Supremo entendeu que a Defensoria Pública ficaria sobrecarregada e que o artigo 133, da Constituição determina a indispensabilidade do advogado somente em relação à função jurisdicional, não sendo necessária a constituição de defensor técnico ou dativo, sendo prescindível que as Defensorias atuem no patrocínio dos acusados nos processos administrativos disciplinares.

Mas, em posicionamento contrário tem-se o entendimento doutrinário de que o termo justiça, constante no artigo 133, da Carta Magna, engloba também o contencioso administrativo e que o assoberbamento da Defensoria Pública não é argumento hábil para limitar uma garantia constitucional, pois a assistência realizada por ela é um dever de prestação do Estado e deve abranger os acusados em geral. Além do mais, entende-se que há alternativas, como a nomeação de defensores dativos, assim como ocorre nos processos criminais.

Mais uma vez vislumbra-se a importância da atividade interpretativa. Pois, foi interpretação o que o Supremo Tribunal Federal realizou ao definir o que significa o termo “justiça”, inserido no artigo 133da Constituição.

Ora, mas o que confere à Corte Suprema tamanho poder de dizer o que é direito, o que é válido como direito e qual é o conteúdo e abrangência das normas? Bem, conforme desenvolvido neste trabalho, o que confere a ele essa prerrogativa são as normas secundárias de reconhecimento e de julgamento, pois são elas que

permitem que a autoridade reconheça quais são as normas primárias (normas que impõem deveres e conferem direitos), a sua validade e a sua incidência diante de um caso concreto.

No entanto, é importante ressaltar que apesar de ser o Supremo Tribunal Federal o intérprete ao qual as normas de reconhecimento e de julgamento confere o poder de assim decidir quanto às normas primárias em cotejo neste estudo, não significa que a sua interpretação seja inequívoca ou que a Corte não pode incorrer em erro.

BACELLAR FILHO apontou diversos erros formais e materiais quanto à edição da Súmula Vinculante, representando, inclusive, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na propositura da PSV 58. Foram os seguintes os vícios apontados:

1. Vícios formais: ausência de precedentes que tratam especificamente de processo administrativo disciplinar e a improbabilidade da controvérsia debatida gerar insegurança jurídica ou a multiplicação de processos sobre questão idêntica.
2. Vícios materiais:
 - a. O Supremo Tribunal Federal entendeu que basta que sejam conferidos aos acusados os direitos de informação, de comunicação e de ver os seus argumentos considerados para que seja possibilitado o exercício da ampla defesa. Mas afirma o doutrinador que essas garantias não são suficientes para o exercício da defesa de forma ampla e efetiva, pois esta possui tantos outros desdobramentos, dentre estes o do direito da defesa técnica.
 - b. A Suprema Corte entendeu que a defesa técnica deve ser requisito indispensável tão somente nas causas mais complexas. No entanto, BACELLAR FILHO atenta para o fato de que, tanto em uma causa complexa quanto em uma causa mais simples, o acusado não possui condições técnicas para alegar todos os argumentos em seu favor, exercendo, assim, somente uma defesa e não uma ampla defesa. Ainda, ressalta que a súmula vinculante n° 5 não traz essa distinção em seu enunciado, incidindo o disposto nela a todos os processos administrativos disciplinares. Ademais, salienta que o

simples fato de existirem processos administrativos disciplinares com questões mais complexas já acarreta a inconstitucionalidade da súmula.

- c. O Supremo Tribunal Federal afirma que o termo “justiça” constante no artigo 133, da Constituição Federal, significa tão somente a atividade jurisdicional, não abarcando o seu significado o contencioso administrativo. E que por esse motivo o advogado só deve ser considerado indispensável à função jurisdicional. O doutrinador entende que o termo “justiça” compreende todas as situações em que seja possível realizar interferências na vida dos indivíduos, sendo, nestes casos, indispensável a defesa técnica. Ainda, afirma que os processos administrativos em sentido estrito, como são os processos administrativos disciplinares, atraem todos os princípios do núcleo comum de processualidade, inclusive o da ampla defesa.
- d. O Supremo Tribunal Federal entendeu que exigir a defesa técnica nos processos administrativos disciplinares importaria em uma defesa transbordante, amplíssima. BACELLAR FILHO chama a atenção para o fato de que, com relação ao contraditório e a ampla defesa, a Constituição Federal não distinguiu o tratamento que deve ser ofertado aos acusados em processo judicial do que deve ser concedido aos litigantes em processo administrativo. Ressalta, ainda, que, por ambos possuírem caráter punitivo e o mesmo núcleo comum, devem atrair a aplicação dos mesmos direitos fundamentais.
- e. A Suprema Corte argumenta que a exigência de defesa técnica implicaria em um asoberbamento da Defensoria Pública. Mas alega o doutrinador que a assistência jurídica integral e gratuita é uma garantia constitucional a ser prestada pela Defensoria Pública. E que se o asoberbamento dela for motivo para o afastamento da defesa técnica, o aumento de ações penais deveria acarretar o mesmo. Afirma ainda que há alternativas para evitar a sobrecarga da Defensoria Pública, como a nomeação de defensores dativos,

assim como é feito nas ações criminais, que possuem a mesma natureza sancionatória que os processos administrativos disciplinares.

- f. A Corte Constitucional argumenta que o exercício do contraditório é uma faculdade do acusado, assim como ocorre no processo civil. BACELLAR FILHO argumenta que o processo administrativo disciplinar possui natureza sancionatória e deve ser comparado com o processo penal e não com o processo civil. Desta forma, devem ser ampliados aos acusados e litigantes em processo administrativo disciplinar todos os meios e recursos que propiciam a defesa. Ainda, afirma que a ampla defesa não pode ser confundida com a simples oportunidade do exercício do contraditório.
- g. A Corte Suprema argumenta que no processo penal a indispensabilidade da defesa técnica se justifica porque se está em jogo o direito indisponível à liberdade. Porém, BACELLAR expõe que o próprio direito à ampla defesa é indisponível e que a sanção disciplinar pode afetar direitos que também são indisponíveis, como o direito à honra e à imagem e em alguns casos até o direito à liberdade, tendo em vista que há a possibilidade da aplicação de sanção restritiva de liberdade nos processos administrativos disciplinares, e o enunciado da súmula vinculante n° 5 não traz exceções.
- h. O Supremo Tribunal Federal argumenta que a defesa técnica é facultativa nos processos administrativos disciplinares com fundamento no artigo 156 da Lei 8.112/90, que faculta o exercício da mesma. O doutrinador alerta que as leis devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal e não o inverso e que deve ser feita uma interpretação sistemática das normas constitucionais. Afirma que a adequada interpretação é a de que o acusado além de acompanhar o processo pessoalmente deve ter garantido o direito à defesa técnica, que deve ser realizada por advogado, nos termos do artigo 133, da Carta Magna.

No entanto, enquanto o Supremo Tribunal Federal não se pronunciar quanto à proposta de cancelamento de súmula vinculante nº 58 e não mudar o seu entendimento, este prevalecerá. E é ele que deve ser adotado pelos outros membros do Poder Judiciário e pela Administração Pública.

Por fim, conclui-se que, apesar do questionamento quanto ao posicionamento adotado na edição da súmula vinculante nº 5, atualmente este é o entendimento predominante e válido quanto à obrigatoriedade de defesa técnica nos processos administrativos disciplinares.

Ou seja, apesar de todas as divergências e controvérsias, até que o Supremo Tribunal Federal acolha a PSV 58 ou modifique o seu entendimento, a defesa técnica não é obrigatória, não é um requisito formal de validade, sendo suficiente a defesa realizada pelo próprio acusado para suprir o elemento forma do suporte fático.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. *A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 27-64, jan./mar.2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova Interpretação Constitucional*, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor , 2002.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3 ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2004.

DEZEN JÚNIOR, Gabriel. *Constituição Federal Interpretada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed., São Paulo: Jurídico Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARAIVA, Márcia Maria Tamburini Porto. O Processo Administrativo como Instrumento de Mutação do Direito Administrativo. O processo Igual e Justo. In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. (orgs). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 HARGER, Marcelo, *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus, *O Conceito de Direito*, 3 ed. Lisboa: Funda o Calouste Gulbenkian, 1994.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 1.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 2.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 4.

MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil Interpretada*. 7 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PORTA, Marcos. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. São Paulo: QuartierLatin, 2003.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

ROZZA, Claudio. *Processo Administrativo Disciplinar e Ampla Defesa*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2012

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.