

1 INTRODUÇÃO

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é a ferramenta adequada e formal utilizada pela Administração Pública para apurar supostas infrações graves cometidas por seus servidores. O texto constitucional nos diz que o servidor público estável somente perderá o cargo mediante um processo administrativo. Há de salientar que as regras relativas ao PAD e os regulamentos disciplinares dependerão de normas editadas por cada ente federado, em razão da competência legislativa própria.

O PAD possui como sujeitos da relação processual a Administração Pública; que acumula as funções de parte e órgão julgador e o servidor público; que assume a função de acusado.

Todo o processo, os autos, juntamente com o relatório conclusivo será encaminhado para autoridade competente para que esta possa emitir seu julgamento. No julgamento, a autoridade pode discordar do parecer da comissão processante, emitindo sua decisão de acordo com as provas produzidas nos autos. Há margem de discricionariedade no PAD e nem todas as decisões são vinculadas.

Sendo assegurado aos acusados em geral um devido processo legal que deve garantir a ampla defesa e o contraditório. Muito deste entendimento decorre da aplicação de princípios constitucionais, que devem estar presentes durante o PAD, principalmente no que tange ao contraditório e da ampla defesa.

Existe a controvérsia se para garantir a ampla defesa e o contraditório em um PAD há a necessidade de uma defesa técnica realizada por um advogado ou se a possibilidade de ser assistido por um defensor técnico é uma faculdade do servidor.

O Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2008 editou a súmula vinculante 5 cujo teor diz que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Tal entendimento da corte suprema do país trouxe muita discussão e divergência no mundo jurídico. Os críticos apontam que somente uma defesa técnica exercida por um advogado seria a garantia da aplicação plena do princípio da ampla defesa e contraditório.

Este artigo se justifica pela relevância do tema, pois, ainda é uma questão polêmica e gera muita discussão doutrinária. O objetivo deste artigo é demonstrar que a não exigência de um defensor técnico para assistir na defesa de um servidor submetido a um PAD, estaria mitigando o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

2 PODER HIERÁQUICO

A hierarquia no serviço público pode ser entendida como o conjunto de relações de subordinação e coordenação dentro de uma pessoa jurídica. Ela pressupõe duas condições, sendo a primeira a organização administrativa e em segundo lugar a distribuição de competências.

Em virtude desta hierarquia surgem vários poderes, hierárquicos ou decorrentes da hierarquia. Um dos primeiros poderes decorrentes da hierarquia é o poder de dar ordens aos subordinados que acarreta em contrapartida em um dever de obediência, desde que a ordem não seja manifestamente ilegal.

Outro poder que decorre da hierarquia é o chamado poder de autotutela, também conhecido como controle hierárquico ou controle administrativo interno. O poder de autotutela significa que a própria Administração Pública pode anular os seus atos ilegais ou revogar os seus atos inoportunos e inconvenientes.

Outro decorrente da hierarquia é o poder de delegar competências a um subordinado. Contudo, não se pode delegar competência em três hipóteses: atos de caráter normativo, decisão de recursos administrativos e também atos de competência exclusiva de um determinado agente ou de um órgão público.

Temos, ainda, que o poder disciplinar para o servidor público significa manifestação do gênero poder hierárquico.

3 PODER DISCIPLINAR

O poder disciplinar decorre do poder hierárquico, mas um e outro não se confundem. O poder hierárquico é mais extenso e o poder disciplinar mais limitado, sendo este uma particularidade do superior hierárquico. Poder disciplinar significa o dever da Administração Pública de apurar as infrações cometidas em seu interior e se for necessário punir o seu infrator. O poder disciplinar diz respeito a uma relação de sujeição especial, ele só incide com pessoas que tenham um vínculo especial com a administração; como o servidor público. Essa punição advém do poder disciplinar do Estado, conforme descrito por Di Pietro (2013, p. 95) “Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa [...]”.

O poder disciplinar trata-se de um poder-dever e não uma simples possibilidade, sendo assim, caso a Administração Pública tenha a ciência do cometimento de uma infração por um funcionário, tem a obrigação de averiguar. Para tanto, deverá valer-se do Processo Administrativo disciplinar (PAD).

4 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD)

Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é um meio para a Administração Pública apurar faltas graves que por consequência vão acarretar a aplicação de penas graves. É uma das formas utilizadas para se apurar os ilícitos administrativos.

Há de se evidenciar que a normatização do PAD dependerá da edição de regras específicas de cada um dos entes federados, em razão da competência legislativa própria.

A Constituição Federal prevê em seu art. 41 que “o servidor público estável só perderá o cargo: [...] mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.” (BRASIL, 2014, p. 38).

Geralmente as penas são: suspensão de mais de trinta dias, pena de demissão, pena de cassação de aposentadoria e a destituição de cargo em comissão. O PAD é dividido em três etapas: sendo a primeira a instauração, com a publicação do ato que constitui a comissão; a segunda, o inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório e última fase sendo o julgamento. Essas etapas serão melhores apresentadas nos tópicos seguintes.

4.1 Instauração do PAD

A fase de instauração tem como característica o princípio do impulso oficial. A instauração do PAD é um ato praticado pela autoridade administrativa, podendo ter como base uma denúncia feita perante a Administração Pública, com indícios suficientes de autoria e materialidade, ou por um fato notório amplamente divulgado. Neste caso, sem haver nenhuma denúncia pode instaurar o PAD.

A Administração Pública através de uma portaria indica três servidores estáveis para formar a comissão processante.

É importante lembrar o princípio do juiz natural, previsto na Constituição Federal de 1988 no art. 5º inciso XXXVII que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (BRASIL, 2014, p. 12). Ademais também previsto no inciso LIII do mesmo artigo que “ninguém poderá ser processado

ou julgado senão por autoridade competente”. (BRASIL, 2014, p. 13). Ou seja, para evitar qualquer direcionamento, para não perder em eficiência no PAD, as pessoas que compõem a comissão processante, elas deveram ser indicadas inicialmente. Será dado ciência ao acusado do que pesa em seu desfavor, para que desde logo, possa o acusado manifestar seu direito de defesa.

4.2 Inquérito Administrativo

As etapas do inquérito administrativo são iniciadas pela instrução. Todas as provas admitidas em direito poderão ser produzidas nesta fase: prova documental, prova testemunhal, caso haja denunciante ele deve ser ouvido, oitiva das testemunhas e também prova pericial.

Desde o início do processo o acusado deve acompanhar o que está ocorrendo no PAD. O princípio constitucional da ampla defesa e contraditório, previsto na Constituição Federal no art. 5º inciso LV diz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 2014, p. 13). Este deve ser muito bem protegido pelos membros da comissão processante para que o PAD não seja anulado. É possível encontrar medida cautelar no PAD, que seria, por exemplo, o afastamento preventivo do acusado, caso este possa influenciar nos rumos da investigação.

Encerrada a fase de instrução, os membros da comissão processante irão se reunir para tomar para tomar uma decisão. Após análise acurada de tudo que foi produzido, decidirão se ficou tipificada a infração. Caso os membros da comissão processante entenderem que não houve nenhuma transgressão disciplinar, irão desde logo elaborar um relatório conclusivo opinando pelo arquivamento do processo.

Se for do entendimento que houve uma transgressão disciplinar, deverá ser oportunizado ao acusado a realização de sua defesa. Se ocorrer de o acusado não apresentar sua defesa, deverá a autoridade instauradora do processo nomear outro servidor, de mesmo nível hierárquico ou escolaridade do acusado, para funcionar como defensor dativo e apresentar defesa em seu nome.

Uma vez apresentada a defesa, novamente os membros da comissão processante irão se reunir, agora analisando a denúncia, se por ventura houve a denúncia, irão analisar o conjunto probatório, a defesa apresentada e irão elaborar o relatório conclusivo. O relatório conclusivo é um parecer, é um entendimento dos membros da comissão processante a respeito de todo o

ocorrido. Deverá opinar pela absolvição ou a condenação do acusado. Se for pela condenação, deverá desde logo sugerir a penalidade a ser aplicada. Após esta fase, haverá o julgamento do PAD.

4.3 Julgamento do PAD

Depois de encerrada a fase de inquérito administrativo, também acaba se encerrando os trabalhos desenvolvidos pela comissão processante. Todo o processo, os autos, juntamente com o relatório conclusivo será encaminhado para autoridade competente para que esta possa emitir seu julgamento. O julgamento fica vinculado às provas produzidas nos autos e não ao relatório conclusivo da comissão processante. A autoridade competente tem a liberdade para decidir diferentemente do relatório conclusivo, para isto, deverá fundamentar de acordo com as provas produzidas.

4.4 Vinculação e Discricionariedade no Poder Disciplinar

O entendimento doutrinário diz que até para transmitir uma segurança ao acusado em um PAD existe alguns atos que são vinculados. Quando a própria autoridade administrativa recebe uma denúncia regular, ela tem o dever de apurar, de instaurar um PAD para verificar a conduta de tal servidor.

Apesar de ser encontrada em maior predominância a ideia de vinculação em um PAD, existe em alguns momentos discricionariedade. O administrador público acaba tendo durante o procedimento do PAD alguma liberdade para decidir qual é o melhor caminho a seguir de acordo com os interesses públicos. A autoridade administrativa terá a discricionariedade sobre qual sanção a ser aplicada perante o caso concreto, levando em consideração circunstâncias atenuantes, agravantes, prejuízo causado ao bom andamento do serviço público e também os antecedentes funcionais. Pode verificar a necessidade ou não de aplicar algumas medidas cautelares, como a transferência de setor de servidor investigado.

Não existe discricionariedade para autoridade administrativa instaurar o PAD, mas no momento de decidir qual penalidade a ser aplicada analisando o caso concreto, a autoridade administrativa terá discricionariedade.

No mais, é assegurado aos acusados em geral um devido processo legal que deve garantir a ampla defesa e o contraditório. Qualquer penalidade para ser aplicada depende de prévio

processo e neste processo devem estar presentes as garantias constitucionais; sendo que várias delas existem em decorrência da aplicação de princípios.

5 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

O princípio é a base, ele está acima das demais normas, de todas as normas ordinárias, a lei em si é que deve obediência ao princípio e não o inverso. Princípios segundo a notória definição de Mello (2004, p. 451):

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes e espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica de lhe dá sentido harmônico.

É natural poder invocar como fundamento imediato de um pleito, tendo como base um princípio. Até chegar a esta construção, muitos anos e muito estudo foram necessários, havia uma ideia equivocada que princípio era apenas fonte complementar, fonte supletiva de direito, ideia esta, abandonada e que não vigora atualmente.

Este entendimento decorreu da leitura da antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro que trazia a ideia que a lei era a fonte primária e fundamental do direito e quando não houvesse lei, o juiz deveria se servir da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. O que deixava os princípios em segundo plano, o que valia dizer que só aplicaria os princípios quando não houvesse lei regulamentando a matéria. Para o servidor público, é de enorme importância que no desenvolver de um PAD haja obediência ao devido processo legal e respeito ao contraditório e ampla defesa.

5.1 Devido Processo Legal

O justo julgamento dos homens teve como um marco inicial para o Constitucionalismo, a Carta Magna Inglesa de 1215. Origina-se daí o chamado devido processo legal. Este constitui um dos pilares de todo processo democrático, de todo o sistema republicano.

O devido processo legal serve como um vetor a orientar as posturas que devem ser adotadas pelas autoridades. Está previsto na Constituição Federal no art. 5º inciso LV diz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 2014, p. 13). São as garantias mínimas que existem para que cada cidadão possa atuar perfeitamente perante

um processo. No processo administrativo deve haver uma observação restrita aos ordenamentos legais, mas este processo não será devido se não for observado a ampla defesa e o contraditório, tudo com vistas a chegar a um resultado justo, que atenda ao interesse público, sem, contudo, esquecer ou descuidar do direito individual.

O devido processo legal é como se fosse um conjunto, dentro do qual estão inseridos vários outros princípios, que observados, fazem ter um processo justo.

Há de destacar o princípio da ampla defesa e do contraditório. Para explicação de ampla defesa, o doutrinador Gasparini (2002, p. 1106) externa:

Consiste em se reconhecer ao acusado o direito de saber que está e por que está sendo processado; de ter vista do processo administrativo disciplinar para apresentação de sua defesa preliminar; de indicar e produzir as provas que entender necessárias à sua defesa; [...].

Já para o contraditório Gasparini (2002, p. 811) diz “que para cada passo do processo as partes devam ter a oportunidade de apresentar suas razões e suas provas, implicando, pois, a igualdade entre as partes.” Tanto a ampla defesa, quanto o contraditório, devem ser observados, para que no final, possa ser dito que o processo é justo e sendo justa, a decisão advinda deste ato é legítima. A decisão proferida deve estar fundamentada em situações jurídicas aceitáveis e razoáveis.

A parte durante um processo deve ser capaz de influenciar a decisão final do julgador, através de um debate de ideias, com argumentos e contra-argumentos, juntamente com os demais meios de provas admitidas no direito. Tal embate só ocorrerá efetivamente se houver uma paridade de armas e para tanto é imperioso a presença de um defensor com capacidade e conhecimento técnico para desenvolver este trabalho.

Para Alves (2001) assegura que defesas de fachada, produzidas somente para atender determinações da lei, não tem validade. O autor afirma ser preciso que defensor seja nomeado para levar adiante uma defesa técnica e segura. Defesa técnica se entende pela presença daquele que se preparou para este fim, o advogado.

6 NECESSIDADE DA PRESENÇA OBRIGATÓRIA DO ADVOGADO

A importância do defensor com capacidade técnica em nosso ordenamento jurídico é notória. O próprio texto constitucional prevê em seu art. 133 que “o advogado é indispensável à

administração da justiça, sendo inviolável por seus atos, e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. (BRASIL, p. 65).

Na doutrina não há uma posição unânime sobre a necessidade ou não de defesa técnica no PAD. Atualmente, tende a ser a corrente majoritária a que entende ser uma faculdade do servidor ser assistido por um advogado em um processo administrativo. Muito deste pensamento decorre da presença em nosso ordenamento jurídico da súmula vinculante 5 editada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2008. Tal súmula diz que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Esta súmula será explicada adiante.

Entre alguns doutrinadores que fazem a corrente majoritária serão citados: Hely Lopes Meireles, Celso Antônio Bandejas de Melo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho.

Para Meirelles (2003, p. 662) diz que: “é admissível a defesa pelo próprio acusado ou por advogado regularmente constituído para o processo”.

Neste pensamento, Mello (2009, p. 323) diz que “na fase de inquérito, a comissão tomará todas as providências necessárias à produção de provas, facultando-se ao servidor o direito de acompanhar o processo, pessoalmente ou mediante procurador constituído”.

Também para Di Pietro (2010, p. 639) afirma que: “na fase em que autodetermina “defesa”, o servidor deve apresentar razões escritas, pessoalmente ou por advogado da sua escolha”.

Ademais afirma ainda Filho (2010, p. 1080) que: “por não haver o formalismo dos processos judiciais, o servidor pode comparecer sozinho ou representado por advogado munido do instrumento de procuração”.

Há também vozes divergentes deste entendimento e que entendem essencial a defesa técnica no processo administrativo. Podemos citar: Odete Medauar e Diógenes Gasparini.

Ao discorrer sobre ampla defesa, Gasparini (2009, p. 1026) afirma ser imperativa a presença de advogado no processo disciplinar, conforme observado:

De ter advogado quando for economicamente insuficiente; de conhecer com antecedência a realização de diligência e atos instrutórios para acompanhá-los; de perguntar e reperguntar; de oferecer a defesa final; de recorrer, para que prove sua inocência ou diminua o impacto e os efeitos da acusação.

Para Medauar (2008, p. 169) nos esclarece que caso haja a possibilidade do processo administrativo resultar em uma sanção a defesa técnica é necessária:

No processo disciplinar, exige-se a defesa técnica. Por isso, o indiciado deve constituir advogado para assisti-lo no processo; se não o fizer, a Administração é obrigada a indicar advogado dativo sob pena de anulação do processo.

Integram a garantia do contraditório, em especial: o advogado e o indiciado têm o direito de acompanhar o processo; têm direito a vista e cópia dos autos; o advogado deve ser cientificado de todos os atos da instrução, com certa antecedência (em geral, mínimo de 48 horas). Integram a ampla defesa, nessa fase, em especial: o indiciado, arrolar e reinquirir testemunhas, solicitar e produzir provas e contraprovas, formular quesitos na prova pericial.

O advogado não é somente uma pessoa com habilidade técnica e com profissão regulamentada. É também uma figura central para implementação das garantias constitucionais e efetivação do Estado Democrático de Direito, tanto almejado e ainda pouco implementado em nosso país. Para tanto, um defensor técnico torna-se essencial.

Esclarece ainda Medauar (1993, p. 118):

A defesa técnica, por sua vez, é aquela realizada pelo representante legal do interessado, o advogado. Entende-se que a defesa técnica é o meio mais idôneo para o exercício da ampla defesa, tendo em vista que o representante legal do interessado, o advogado é um profissional habilitado para a defesa de direitos e interesses, uma vez que detém habilidades capazes de ressaltar ou expor com maior eficiência os fatos ou argumentos favoráveis ao seu constituinte ou também impedir que esse sofra algum dano processual ou constrangimento.

O contraditório se materializa em uma efetiva defesa, não apenas a possibilidade de defesa. O servidor público geralmente não possui a capacidade e entendimento das questões jurídicas para se defender a contento. Quando a presença do advogado no processo administrativo é considerada uma faculdade e não uma imposição, há um enfraquecimento dos princípios constitucionais e uma diminuição da importância do processo administrativo.

O Supremo Tribunal Federal (STF) publicou no ano de 2008 a súmula vinculante nº 5 cuja redação possui o seguinte teor “Súmula Vinculante nº 5 A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Para melhor compreensão deste instituto súmula vinculante, passaremos a uma explanação sobre este tema.

7 SÚMULA VINCULANTE

Para clarear o presente artigo, é interessante, antes de nos dedicarmos especificamente à súmula vinculante nº 5, conhecer a introdução deste tipo de súmula no direito brasileiro e suas

características, cuidando, dessa forma, de alguns aspectos.

7.1 Súmula e o Efeito Vinculante

Súmula, primeira palavra que compõe o nome do objeto em estudo, em resumo, pode ser caracterizada como:

Palavra originária do latim SUMMULA, que significa sumário, restrito, resumo. É uma síntese de todos os casos, parecidos, decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma proposição direta e clara. A súmula não possui caráter cogente, servindo apenas de orientação para futuras decisões (GLOSSÁRIO, 2015).

Acrescenta-se, como especifica Ferreira (2011), que “sua finalidade precípua é ser um farol de tal compreensão jurisprudencial, proporcionando, ainda, estabilidade ao ordenamento”.

Destaca-se, uma diferenciação fundamental, já que uma súmula não se confunde, nem se resume a um enunciado. Em uma súmula, acrescenta Ferreira (2011), há “o resumo de toda a jurisprudência pacífica de um tribunal; já o enunciado é apenas um verbete que expressa determinado posicionamento constante da Súmula”.

Já o termo vinculante, pode ser assim caracterizado:

é aquele pelo qual a decisão tomada pelo tribunal em determinado processo passa a valer para os demais que discutam questão idêntica. [...], ou seja, deve ser aplicada a todos os casos sobre o mesmo tema. As Súmulas Vinculantes aprovadas pela Corte também conferem à decisão o efeito vinculante, devendo a Administração Pública atuar conforme o enunciado da súmula, bem como os juízes e desembargadores do país (GLOSSÁRIO, 2015).

Em síntese, poder-se-ia dizer que o efeito vinculante significa, nesse contexto, “que nenhum juízo ou tribunal inferior, bem como nenhum órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta poderá contrariar o conteúdo da súmula” (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 748).

Com exceção das súmulas vinculantes, as demais, em regra, não possuem efeito vinculante e podem ser editadas pelos tribunais superiores.

Esta inovação no direito brasileiro teve como objetivo contornar um quadro que se agravava no judiciário, o qual passa a se expor para melhor compreensão das finalidades deste instrumento.

7.2 Surgimento da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro

Tal instrumento, a súmula vinculante, surgiu como “solução” para um problema enfrentado pelo sistema judiciário brasileiro, visto que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito de casos específicos não possuíam força vinculante (não influenciavam) em relação aos demais órgãos do poder judiciário ou com relação à Administração Pública, além do caso especificamente analisado.

Em virtude disso, esses órgãos, caso entendessem de maneira diversa, poderiam continuar aplicando o entendimento próprio para o caso concreto, desconsiderando legitimamente o entendimento do STF, por que não estavam a ele vinculados com relação as suas decisões.

Nas situações em que o STF decidia de uma forma e outro órgão do poder judiciário ou a Administração Pública decidia de outra, o interessado, para ter aplicado o entendimento do Supremo, deveria, pela via recursal própria, levar o caso ao conhecimento do citado Tribunal, para que este decidisse novamente sobre matéria, agora especificamente para o caso apresentado, embora já se conhecesse o posicionamento do Tribunal acerca deste tema.

Dessa forma, incontáveis casos com o mesmo objeto que chegavam ao Supremo, mesmo havendo entendimento já inúmeras vezes manifestado sobre o assunto, ensejavam a multiplicação de processos com conteúdo idênticos, com conseqüente congestionamento do poder judiciário e enorme morosidade na prestação jurisdicional.

Com o intuito de combater essa situação, surge, em 2004, a Emenda Constitucional nº 45, também conhecida como reforma do judiciário, por ter introduzido várias modificações neste âmbito, criando a figura da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, inserindo o artigo 103-A na Constituição da República.

A partir desta inovação jurídica no direito brasileiro, quatro tipos de súmulas se apresentam atualmente, as quais, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, podem ser divididas, ainda, em persuasivas ou vinculantes, como destaca Lenza (2011, p. 730):

- a) súmula persuasiva: súmula sem vinculação, indicando simplesmente o entendimento pacificado do tribunal sobre a matéria;
- b) súmula impeditiva de recursos: estabelece mais um requisito de admissibilidade do recurso de apelação, qual seja, a sentença de primeira instância não estar em conformidade com súmula do STJ ou do STF;
- c) súmula de repercussão geral: uma vez firmada tese de que o fundamento jurídico não apresenta repercussão geral, nenhum recurso extraordinário será conhecido, devendo ser considerado automaticamente não admitido;
- d) súmula vinculante: instrumento exclusivo do STF, o enunciado uma vez editado produz efeitos vinculativos para os demais órgãos do Poder Judiciário

e para a Administração Pública.

As súmulas vinculantes, para serem formuladas, devem visar ao objetivo para o qual foram criadas.

O objetivo da edição de uma súmula vinculante, conforme se extrai do parágrafo primeiro do artigo 103-A da Constituição Federal é o de superar controvérsia atual sobre validade, interpretação e eficácia de normas determinadas capaz de gerar insegurança jurídica grave e relevante multiplicação de processos, abrangendo, “questões atuais sobre interpretação de normas constitucionais ou destas em face de normas infraconstitucionais” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1006).

Dessa forma a súmula vinculante visa contribuir com a busca de razoável duração dos processos e os meios que garantam a sua celeridade à prestação jurisdicional, além de “estabelecer segurança jurídica, prestigiando o Princípio da Isonomia, já que a lei deve ter aplicação e interpretação uniforme” (LENZA, 2011, p. 724).

Para a edição de uma súmula vinculante, alguns requisitos fundamentais devem ser abarcados, de modo que este instrumento esteja adequado tanto à forma quanto à função para o qual foi criado. Neste contexto, abordam-se agora estes aspectos, visto serem fundamentais para a correta compreensão deste tipo de súmula.

7.3 Requisitos

A edição de uma súmula vinculante exige, especialmente, “a observância de quatro requisitos cumulativos”, conforme destaca Alexandrino e Paulo (2009, p. 746):

- matéria constitucional;
- existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre essa matéria constitucional;
- existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública;
- a controvérsia acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

O primeiro aspecto que merece destaque é a exigência de que a matéria objeto da súmula seja de cunho constitucional, nunca matéria infraconstitucional. Contudo, nada impede que seja de matéria infraconstitucional em face da Constituição (LENZA, 2011, p. 724).

O segundo aspecto, qual seja, a preexistência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria objeto da súmula, tem por finalidade evitar a aprovação precipitada de

súmula vinculante, sobre tema que ainda não esteja devidamente consolidado. Ou seja, é fundamental que a súmula vinculante tenha sido objeto de vastos debates e discussões, obtendo-se, assim, maturação da questão, e, por consequência, refletindo a jurisprudência do tribunal maior, sedimentada em reiterados julgados no mesmo sentido, o que é dizer, com a mesma interpretação.

Outro ponto que merece destaque também é a exigência de que a matéria versada na súmula seja objeto de controvérsia constitucional atual entre órgãos judiciários ou entre eles e a Administração Pública.

Por fim, a matéria somente poderá ser tratada em súmula vinculante se esta controvérsia estiver acarretando grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Já o requisito relativo à possibilidade de relevante multiplicação de processos visa, segundo Moraes (2009, p. 791), “à preservação do Princípio da Igualdade, ou seja, a necessidade de uma mesma interpretação jurídica para uma questão idêntica que se repete em diversos processos”.

Outro requisito, que também se extrai do caput do artigo 103-A da Constituição Federal exige que a aprovação da súmula seja por maioria de 2/3 dos votos do Supremo Tribunal Federal (oito votos), ressaltando ainda que este tribunal é o competente exclusivo para criação, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes.

Para que a súmula vinculante produza seus efeitos, além de “consecutório de seu caráter vinculante e de sua ‘força de lei’ para o Poder Judiciário e para a Administração, requer-se que as súmulas vinculantes sejam publicadas no Diário Oficial da União” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1006).

Como regra geral, a eficácia da súmula vinculante será imediata a partir de sua publicação na imprensa oficial, entretanto, poderá o STF restringir os seus efeitos ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento tendo em vista, conforme destaca Lenza (2011, p. 732) “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

7.4 Possibilidade de Revisão e Cancelamento

A possibilidade de revisão e cancelamento de súmula vinculante, conforme cita Mendes e

Branco (2011, p. 1007), “é de extrema relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do Direito estar em constante transformação”. Em virtude disso, torna-se imprescindível a possibilidade de modificação nas súmulas vinculantes para que possa de maneira adequada atender aos anseios da sociedade, ou, como destaca Lenza (2011, p. 732), realizar a “adequação da súmula a evolução social”. Em suma, tais possibilidades permitem o atendimento de demandas da sociedade.

Em que pese ser somente o STF o órgão competente para edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante é importante destacar que a corte pode editá-las, revê-las ou cancelá-las de ofício e também por provocação. De ofício ocorre quando um ministro componente da corte propõe este ato ao pleno do tribunal.

O STF poderá ser provocado por alguns órgãos que estão na Constituição Federal e também órgãos que tenham autorização legal. Nos termos do art. 103 da Constituição Federal traz o rol dos legitimados para o controle concentrado de constitucionalidade que também são legitimados para propor a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante.

Contudo, da mesma forma que a criação de uma súmula vinculante somente acontece após discussão cuidadosa acerca do tema, sua modificação também deve observar o mesmo procedimento, pois deve atender aos mesmos requisitos da criação da súmula.

Tais possibilidades são fundamentais também em função da abrangência dos efeitos das súmulas, visto que repercutem no direito como um todo. Faz-se necessário assim, aprofundar um pouco mais neste campo.

7.5 Abrangência do Efeito Vinculante

Por coerência com o próprio nome do instrumento, fica claro que a súmula vinculante terá força vinculativa com relação aos órgãos judiciais e à Administração Pública em sua totalidade, permitindo que qualquer interessado faça valer a orientação estabelecida, por meio do instrumento cabível, qual seja, a apresentação de uma reclamação ao Supremo Tribunal Federal por descumprimento de decisão judicial, sem prejuízo de recursos ou outros meios cabíveis.

Este efeito vinculante abrange os demais órgãos do poder judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Entretanto, conforme Lenza (2011, p. 732), não atingem o Poder Legislativo nem o próprio

STF, sob pena de se inviabilizar a possibilidade de revisão ou cancelamento, conforme o caso. O poder legislativo no seu mister principal, na sua função típica primordial de legislar não está vinculado pelo enunciado de súmula, de sorte então que existe a plena possibilidade de o poder legislativo editar lei que tenha teor que afronte o enunciado de súmula vinculante.

Este efeito extrapola o âmbito dos tribunais, trazendo reflexos e obrigações para a Administração Pública como um todo. Torna-se, então, relevante destacar a participação da Administração na implementação das súmulas e suas consequências.

7.6 Participação e Reflexos para a Administração Pública

Para a implementação das súmulas, a Administração Pública passa a ter papel fundamental no que tange a execução dos seus próprios atos, conforme se observa:

De qualquer sorte, tem-se aqui a clara convicção de que a Administração Pública contribui, decisivamente, para o incremento das demandas judiciais de caráter homogêneo. Daí situar-se na seara da Administração Pública o grande desafio na implementação da súmula vinculante em toda a sua amplitude (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1009).

Ressalta-se ainda que tal implementação deve ser rápida, de modo que cumpra sua função, qual seja, de orientação das instâncias ordinárias e da Administração Pública.

Entretanto, faz-se uma ressalva de que a adoção de súmulas vinculantes não é unanimidade na doutrina nacional, sendo que, em posicionamento contrário ao exposto, como destaca Moraes (2009, p. 794), argumenta-se que poderá haver engessamento de todo o poder judiciário e consequente paralisia da evolução do Direito, além da possibilidade de maior totalitarismo por parte do Supremo Tribunal Federal.

Refutando tais argumentos, Lenza (2011, p. 737) cita que “não há falar em engessamento do Judiciário, pois está prevista a revisão dos enunciados editados”.

Conforme evidenciado, verifica-se que, embora existam posicionamentos contrários, a súmula vinculante é uma realidade no sistema jurídico nacional.

Interessa especificamente ao trabalho proposto, a análise da súmula vinculante nº 5, aprovada em maio de 2008 pelo Supremo Tribunal Federal a qual dispôs que a falta de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar não ofende a constituição, gerando implicações para o servidor público.

8 SÚMULA VINCULANTE 5

No dia 07 de maio de 2008, o do Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a súmula vinculante nº. 5 contendo o seguinte enunciado:

Súmula 5 - A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição.

Há de se ressaltar que a redação da citada súmula STF é contrária a Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 12 de setembro de 2007 que diz:

Súmula 343- É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Como a súmula do STF possui caráter vinculante, restou sem efeito a súmula editada pelo STJ.

A súmula vinculante nº 5 teve origem do julgamento do Recurso Especial 434.059 - Distrito Federal, de 12/09/2008, cuja matéria versava sobre a anulação, pelo STJ, de punição administrativa imposta a servidor, cujos recorrentes foram a União e o Instituto Nacional do Seguro Social.

Seus precedentes foram quatro acórdãos. Sendo que o primeiro se refere a defesa em processo administrativo fiscal; matéria de natureza tributária, o que não guarda grande semelhança com a temática da súmula. O segundo precedente versava sobre o desligamento do curso de formação de um servidor policial de um Estado da federação, o que não se tratava de demissão do servidor, somente desligamento de um curso de formação.

Já o terceiro precedente para a súmula vinculante, tratou-se de procedimento de Tomada de Contas Especial, matéria de natureza administrativa, um instrumento que a Administração Pública dispõe para ressarcir de possíveis prejuízos sofridos. Teor diverso do assunto sumulado, não deveria ter sido admitido como fundamento para a edição da referida súmula vinculante.

O quarto precedente utilizado para a edição da súmula vinculante n.º 5 tratou do pedido da anulação de punição imposta a servidora do Instituto Nacional do Seguro Social. Neste caso, a servidora pleiteava a anulação de punição por não ter tido o acompanhamento de advogado durante o PAD.

Destaca-se que dos quatro precedentes à súmula vinculante n.º 5, dois deles não se referiam a procedimentos disciplinares. O texto constitucional estabelece como condicionante para a edição de súmula vinculante a existência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional.

A edição da súmula vinculante 5 pelo STF teve o condão de pacificar um entendimento que foi sumulado de forma diversa pelo STJ. Enquanto o STJ entendeu que a presença do advogado é obrigatória no PAD, o STF nos diz que não, que ser assistido por um advogado é uma faculdade do servidor e que sua ausência não caracteriza violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Caso prevalecesse o entendimento do STJ, milhares de servidores que foram demitidos em processos que a defesa técnica esteve ausente poderiam pleitear sua reintegração ao serviço público. Foi uma decisão mais política que técnica.

O Conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ainda no ano de 2008, ajuizou a uma proposta de cancelamento de súmula vinculante autuada como Petição 4385 (PET 4385) que pedia o cancelamento da súmula vinculante 5. Ocorre que o procedimento a ser seguido para o cancelamento ou revisão de súmula vinculante ainda não havia sido regulamentado pelo STF. Isto ocorreu somente após ser protocolada PET 4385 e nos termos do regimento interno do STF, ela foi transformada na Proposta de Súmula Vinculante 58 (PSV 58).

A OAB fundamenta seu pedido apresentando que não houve reiteradas decisões sobre a matéria objeto da súmula e que a não exigência da defesa técnica do desenrolar de um PAD é uma grave violação do direito fundamental do servidor. Alega que um PAD pode resultar em uma demissão ou em uma punição do servidor público e, portanto, exige a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Alega também que uma verdadeira defesa só será efetiva, se o servidor público que for submetido a um PAD tenha a assistência de um advogado. Requer o cancelamento da súmula vinculante 5 e como pleito alternativo, caso seja julgado improcedente o pedido principal, seja mudada a redação da aludida súmula, passando a constar que se houver advogado constituído no PAD, sua não intimação, nulifica o processo.

O PSV 58 já recebeu parecer contrário do Procurador geral da República e também da Advocacia-Geral da União quanto ao cancelamento ou revisão da súmula vinculante 5. Ambos reiteraram que a possibilidade de ser assistido por advogado durante um PAD é uma faculdade do servidor e não entendem ser uma garantia constitucionalmente prevista.

9 CONCLUSÃO

Diante da magnitude do assunto tratado, não se teve a pretensão de esgotar todos os pontos relevantes da matéria, mas somente discorrer sobre alguns quesitos relevantes do conteúdo exposto.

Muito além do fortalecimento das questões do Estado ou das políticas de Estado, deve-se buscar a efetivação do Estado Democrático de Direito, capaz de garantir aos cidadãos e também aos servidores públicos, formas de anteparo contra os excessos da Administração Pública, no exercício da atividade administrativa.

Resguardar a democracia é acima de tudo assegurar a Constituição e os princípios dela decorrentes, impelindo a todos, inclusive ao poder público, a completa submissão e observância de seus regramentos.

A garantia ao processo como direito do acusado, principalmente no processo administrativo, no qual o Estado; através da Administração Pública; figura como parte interessada e também como autoridade julgadora tem sua relevância majorada. Se de um lado, temos o Estado interessado na elucidação de uma suposta falta administrativa cometida por seu servidor, do outro temos um acusado, sujeito possuidor de direitos e garantias constitucionalmente previstas. Havendo o aperfeiçoamento do sistema punitivo disciplinar, há também revigoração da própria Administração. Sempre na busca do melhor interesse público, deve procurar um modo de agir mais legítimo e com decisões advindas de um processo administrativo mais democrático e garantista, capaz de proporcionar e resguardar os direitos individuais.

Deve a Administração Pública sustentar uma integridade na condução do processo, garantindo o devido processo legal e como consequência a aplicação do princípio da ampla defesa e contraditório.

O princípio do devido processo legal possui imensa grandeza, merecendo destaque, a garantia individual fundamental à ampla defesa e o contraditório, com os meios e recursos a ela inerentes. A ampla defesa apresenta-se sendo uma garantia fundamental, não basta garanti-la apenas formalmente. É necessário, em uma democracia, que se criem condições para que o acusado se defenda de forma ampla, com todos os meios e recursos permitidos pelo ordenamento jurídico, o que só é possível com uma defesa técnica por advogado. O contraditório, seguindo a mais apurada técnica processual, sempre contradizendo o apresentado

pela parte contrária, somente será pleno se for exercido por um profissional tecnicamente habilitado. Assim que fosse instaurada uma portaria de processo administrativo, deveria a Administração Pública disponibilizar uma defesa técnica ao acusado.

O entendimento sumulado pela Suprema Corte Brasileira, que reconheceu que a ausência do profissional habilitado não ofende a Constituição enfraqueceu a noção de Estado Democrático, pois houve a supressão das garantias do servidor público e afastou qualquer possibilidade de interpretação diversa por qualquer órgão da Administração Pública e também instâncias inferiores do poder judiciário.

A legislação apresenta forma de revisão e edição de súmula vinculante e há de se esperar que no julgamento do PSV 58 os senhores ministros do STF entendam que a Constituição Federal de 1988 não trouxe distinção entre processo civil, penal, tampouco o administrativo. Assim as mesmas garantias existentes nos outros ramos do direito, devem estar presentes no direito administrativo, mais especificamente no Processo Administrativo Disciplinar. Interpretem que para a existência de uma defesa efetiva e um contraditório eficiente, é imperativa a presença do defensor técnico e que em nome de uma presumível celeridade processual não se pode abrir mão de garantias.

10 REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. **Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas**. Brasília: Brasília jurídica, 2005.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009.

BRASIL. ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum universitário de direito RIDEEL**. 8. ed. São Paulo: RIDEEL, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27 ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento Processual**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4048601>. Acesso em: 31 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 5**. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Súmula nº 343**. É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27343%27>>. Acesso em: 11 set. 2015.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA, Gabriela Gomes Coelho. **Que se entende por súmula?** Portal LFG, 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715150347796>. Acesso em: 02 set. 2015.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÚMULA. In: **GLOSSÁRIO Jurídico do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=S&id=382>>. Acesso em: 01 set. 2015.