



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO SERIDÓ – CERES
CAMPUS DE CAICÓ**

FRANCISCO JARDELINO NASCIMENTO DE AZEVEDO

**Indispensabilidade da defesa técnica no processo administrativo
disciplinar: reflexões sobre a súmula vinculante nº 5-STF**

**CAICÓ/RN
2015**

FRANCISCO JARDELINO NASCIMENTO DE AZEVEDO

**INDISPENSABILIDADE DA DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR: Reflexões sobre a Súmula Vinculante nº 5-STF**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. M. Sc. Rogério de Araújo Lima.

**CAICÓ/RN
2015**

Catálogo da Publicação na Fonte Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN

Biblioteca Setorial do Centro de Ensino Superior do Seridó - CERES Caicó

Azevedo, Francisco Jardelino Nascimento De.

Indispensabilidade da defesa técnica no processo administrativo disciplinar: reflexões sobre a súmula vinculante nº 5-STF / Francisco Jardelino Nascimento De Azevedo. - Caicó: UFRN, 2015.

43f: il.

Monografia - Bacharelado em Direito - Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Orientador: Prof. Ms. Rogério de Araújo Lima.

1. Defesa Técnica. 2. Devido Processo Legal. 3. Processo Administrativo Disciplinar. 4. Súmula n.º 347 do STJ. 5. Súmula Vinculante n.º 5 do STF. I. Lima, Rogério de Araújo. II. Título.

RN/UF/BS-CAICÓ

CDU 347.919.8

FRANCISCO JARDELINO NASCIMENTO DE AZEVEDO

**INDISPENSABILIDADE DA DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR: Reflexões sobre a Súmula Vinculante nº 5-STF**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. M. Sc. Rogério de Araújo Lima – Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. – Examinador
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. – Examinador
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Dedico este trabalho a três pessoas:

Aos meus pais, Nazaré e Francisco, por serem responsáveis por eu estar no meio de todos nós, assim como pelo amor que sempre me deram e pela vida dedicada a minha pessoa, bem como pela educação que sempre me asseguraram. São os melhores pais que existem no mundo;

Ao meu amor, Karinne, por todo o amor e apoio que sempre me deu, pela prioridade e atenção que sempre destinou ao meu sucesso, uma inestimável prova de amor, e pelas horas que tive que subtrair do seu lado para me dedicar a este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS PAI TODO PODEROSO, pela oportunidade de me presentear com o dom da vida.

Essencialmente, aos meus pais, FRANCISCO e NAZARÉ, por se dedicarem incondicionalmente à minha formação profissional e, sobretudo, humana.

A minha família.

Ao meu amor, Karinne.

A minha amiga Arizela Cunha.

Aos meus professores do Curso de Direito desta Universidade e demais funcionários deste *campus*.

Ao meu orientador professor Rogério.

Aos meus colegas de trabalho.

Aos colegas de turma desde os primórdios da minha trajetória de estudante.

Enfim, a todos que auxiliaram na conquista deste sonho.

Todos nós somos um show!

(Francisco Jardelino Nascimento de
Azevedo)

RESUMO

Em observância à complexidade dos princípios constitucionais processuais do devido processo legal, da ampla defesa do contraditório e da segurança jurídica imperativos no Estado Democrático de Direito e à completa sistemática que compõe o processo administrativo disciplinar é indispensável à defesa técnica por advogado ou defensor dativo em todas as suas etapas. No entanto, a Súmula Vinculante nº 05/2008 do Supremo Tribunal Federal (STF) desobriga esse tipo de defesa, contrariando a Constituição Federal, art. 5º, LV e o art. 133. A Súmula nº 343/2007 do STJ aponta que a ausência da defesa técnica caracteriza nulidade relativa em qualquer fase do processo administrativo disciplinar. O objetivo desse trabalho é analisar, de acordo com um referencial bibliográfico, a importância da controvérsia entre as Súmulas nº 343/2007 do STJ e a Súmula Vinculante nº 05/2008 do STF, enquanto se manifesta a própria OAB pela manutenção da defesa técnica pelo advogado no processo administrativo disciplinar. O Estatuto da OAB, Lei nº. 8906/94 assegura, através de seu art. 3º que a defesa técnica ao administrado deve ser elaborada por profissional habilitado, como garantia da certeza de que seus direitos estão protegidos. A Lei n.º 8112/90, Regime Jurídico Único aos Servidores da União, art. 156, designa aos servidores o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de advogado. Considerando-se que o teor da Súmula Vinculante nº 05 confronta os princípios constitucionais processuais pela sua natureza de coercitividade, de imperatividade, podendo significar repressão ou compulsoriedade, faz-se necessário um estudo mais aprofundado. Como justificativa pela escolha do tema apresenta-se indignação, por se tratar de matéria objetivamente decidida no STJ e aponta-se como objetivo principal analisar a importância da controvérsia entre as súmulas. Para elaboração do trabalho optou-se por uma pesquisa do tipo qualitativo-descritiva, estruturada em forma de revisão bibliográfica e, por fim, diante da agressão que sofrem os princípios constitucionais processuais, repete-se o teor da Petição n.º 4.385/2008 dirigida ao STF pela OAB, requerendo a revisão da Súmula Vinculante nº 05/2008. Paralelamente, requer-se a urgência do retorno à regulamentação da Súmula 343/2007 do STJ e sua devida legalização, a fim de se reconhecer incontestável segurança jurídica ao cidadão administrado.

Palavras-chave: Devido Processo Legal; Processo Administrativo Disciplinar; Defesa Técnica; Súmula n.º 347 do STJ e Súmula Vinculante n.º 5 do STF.

ABSTRACT

In compliance with the complexity of fundamental procedural constitutional procedural principles of due process, legal defense of the contradictory and legal security imperatives in a democratic state and the whole system that makes up the administrative disciplinary process is essential for the technical defense by a lawyer or advocate dative in all stages. However, the Binding Precedent No. 05/2008 of the Supreme Court exempts this type of defense, contrary to the Federal Constitution, art. 5, LV and art. 133. Precedent No. 343/2007 of the Supreme Court points out that the absence of the technical defense features relative nullity at any stage of the administrative disciplinary process. The aim of this study is to analyze, according to a bibliographic reference, the importance of the dispute between Precedents No. 343/2007 of the Supreme Court and the Binding Precedent No. 05/2008 of the Supreme Federal Court (STF), while manifests itself by OAB maintenance of the defense by the attorney in administrative process. The Statute of the Bar Association, Law no. 8906/94 ensures, through his art. 3 which the defense technique the accused shall be prepared by a qualified professional, as a guarantee of certainty that their rights are protected. Law No. 8112/90, Legal System One to Union Server, art. 156, refers to the servers the right to follow the proceedings in person or through counsel. Considering that the content Binding Precedent No. 05 confronts the procedural constitutional principles by their nature of coercivity of imperative and can mean repression or compulsoriedade, further study is necessary. As justification for the choice of topic is presented indignation, because it is matter objectively determined in STJ and points up the main examine the importance of controversies between overviews. To develop this work we chose to research the qualitative-descriptive, structured in the form of literature review and finally, in the face of aggression suffered by procedural constitutional principles, repeat the content of Petition No 4385/2008 directed by the Supreme Court Bar Association, requiring the review of Binding Precedent No. 05/2008. At the same time, it requires the urgent return to regulation 343/2007 Precedent from the Supreme Court and its due legalization in order to be recognized indisputable legal certainty to the administered citizen.

Keywords: Due Process of Law; Administrative Disciplinary Process; Technical defense; Precedent No. 347 of the STJ and Binding Precedent No. 5 of the Supreme Court

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AP	Administração Pública
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
DO	Diário Oficial
EC	Emenda Constitucional
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PAD	Processo Administrativo Disciplinar
R. Esp.	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
SCN	Suprema Corte Nacional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SV	Súmula Vinculante
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E SEUS PRINCÍPIOS	12
1.1 A SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	12
1.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL “ <i>DUE PROCESS OF LAW</i> ” E A AMPLA DEFESA.....	13
1.3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E SUAS RESPECTIVAS FASES	15
1.4 SINDICÂNCIA, REVISÃO PROCESSUAL, QUESTÃO DA VERDADE REAL E AS NULIDADES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	18
CAPÍTULO II – A SÚMUA 343/2007 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A SÚMULA VINCULANTE 05/2008 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	24
2.1 DETERMINANTES DA SÚMULA Nº 343/2007 DO STJ	24
2.2 A SÚMULA VINCULANTE Nº 05/2008 DO STF	26
CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

A unidade jurisdicional e a harmonia entre os poderes autorizam às vezes, o Estado a se valer do “*jus puniendi*” ao aplicar punições ou sanções correspondentes às infrações cometidas pelos agentes públicos no exercício de suas atividades. O processo administrativo disciplinar serve para legitimar o que na prática corresponde o poder-dever como representativo do Estado Democrático de Direito pela Administração Pública. O processo se caracteriza como um meio de se ter cumprida a função jurisdicional, desenvolvido através de uma série de atos, em obediência à vontade da lei e do direito, respeitando-se o devido processo legal sob a égide constitucional.

O dispositivo constitucional, art. 5º, inciso LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos seus administrados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa. Por outro lado, com o advento da Lei n.º 8.906/1994, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), art. 3º, a defesa é uma peça técnica e necessária, portanto deve ser elaborada por profissional habilitado.

Conforme a Súmula nº 343/2007 do Superior Tribunal de (STJ), o advogado tem presença obrigatória do advogado em todas as fases do processo disciplinar.

Por se tratar de um assunto bastante complexo, composto de partes menores extremamente detalhadas, a própria OAB inicialmente defende que o processo administrativo, em vez de se tornar instrumento de Administração contra o funcionário, acabar por se transformar em complexa operação, cuja realização integral oferece o máximo de garantias aos servidores visto que, levados a termo, afastam a dose de arbitrariedade que, de outro modo, poderia orientar a atuação dos encarregados da direção processual, como percebe Silva (2011). E mais que isto, deve servir para garantir ao administrador todos os direitos a ele legalmente reservados.

A metodologia utilizada partiu da seleção de textos da doutrina, jurisprudência, livros, revistas especializadas, a legislação pertinente e a produção acadêmica disposta em bancos de dados virtuais, auxiliado na composição deste trabalho.

Sendo assim, estabeleceu-se como objetivo principal analisar a importância da controvérsia entre as súmulas 343/2007 do STJ e a Súmula 05/2008 do Supremo Tribunal Federal (STF), enquanto se manifesta a própria OAB pela manutenção da defesa pelo advogado no processo administrativo disciplinar.

Partiu-se do ponto principal em consonância com a Carta Política de 1988, a qual inspira princípios da dignidade humana e da cidadania em todo o seu teor, entre eles o do devido processo legal, o da ampla defesa e do contraditório. Considerando as facilidades didáticas e técnicas necessárias para uma melhor compreensão do assunto, preferiu-se dividi-lo em quatro partes.

A primeira consta desta parte introdutória, quando se faz uma contextualização da temática e, além disso, expõe-se a metodologia utilizada, bem como o objetivo principal do trabalho.

A segunda parte diz respeito ao primeiro capítulo, que versa sobre os aspectos gerais do Processo Administrativo Disciplinar (PAD), tecendo-se breves considerações sobre sua evolução histórica. A seguir, será tratado o devido processo legal como um dos princípios constitucionais processuais, bem como a ampla defesa enfatizada por todos os interessados em defender a presença do advogado em todas as fases daquele instituto.

Ainda no capítulo um, trata-se sobre a fase da sindicância, da revisão processual e da questão da verdade real no PAD, como momentos processuais que despertam bastante atenção, pois nem sempre ao servidor despreparado tecnicamente, no caso de ser chamado ao processo, poderá ser capaz de dominá-lo de forma a não corresponder às exigências e os fins da Administração Pública.

Na terceira parte consta o segundo capítulo, que aborda sobre os itens relacionados à Súmula nº 343/2007 do STJ, sobre a exigência da presença do advogado em todas as fases do PAD como garantia constitucional, bem como da Súmula Vinculante nº 05/2008 do STF que determina a dispensabilidade da defesa técnica para a o referido processo. Além disso, esclarece-se que a defesa técnica corresponde à habilitação científica em Direito, ou seja, a condição de advogado, devidamente registrado na OAB, habilitado especificamente para tal fim. Serão abordados, ainda, os julgados dos Tribunais, ora em defesa, ora contrário ao conteúdo das súmulas.

Na quarta e última parte estão as considerações finais, quando se propõe a alteração legislativa e a revisão da Súmula Vinculante nº 05/2008 do STF e a vigência ao retorno da Súmula 343/2007 do STJ, tornando-se esta mais aproximada à representação fiel de um Estado Democrático de Direito com justiça plena para os cidadãos.

CAPÍTULO I – O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E SEUS PRINCÍPIOS

1.1 A SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O processo administrativo no ordenamento jurídico pátrio advém do Brasil Império, século XVI, quando o país se movimentou no sentido de habitar uma colônia denominada pelos portugueses, constituindo seus juízes com jurisdição municipal ou do próprio reinado, chamados juízes de fora e em 1609 foram criados os tribunais de apelação.

Registros históricos dão conta de que em 1934, o art. 169 da Constituição afirmava sobre a estabilidade dos funcionários nomeados em concurso público e só perdia o cargo por sentença judiciária ou através de processo administrativo após a ampla defesa. Em 1937, art. 156 tratou-se da defesa e da estabilidade dos funcionários públicos. Na Constituição de 1946, art. 189 foi repetida a garantia da sentença judiciária para casos de exoneração e estender-se à ampla defesa do administrado. Na Carta de 1967 falou-se em estabilidade do funcionário público, bem como sua ampla defesa. Na Constituição de 1988, o art. 41, §1, assegura que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa e mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

O princípio da publicidade corresponde ao dever do Estado de divulgar todos os atos da administração, de torna-los públicos, garantindo-lhes como matéria de interesse público. É como o direito à informação preconizada pela Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIV, alínea b, significando que o indivíduo tem direito de ser informado de todos os movimentos ou trâmites do processo, podendo, inclusive, obter certidões, somente restritos quando a situação for sigilosa oficialmente, garantida através do art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, bem como do conteúdo do art. 37 da referida carta.

Conforme Meirelles (2003), a publicação não se constitui elemento formativo do ato administrativo, mas requisito de eficácia e moralidade. Somente em casos de interesse superior da Administração, de acordo com a Lei nº 8159 de 08 de janeiro de 1991 e pelo Decreto 2134 de 24 de janeiro de 1997. A publicação dos atos administrativos é obrigatório desde o Decreto 572 de 12 de julho de 1890 e posteriormente imposto pelo Decreto 84.555 de 12 de março de 1980.

A publicação que produz efeitos jurídicos é a divulgada em órgão oficial da Administração como o Diário Oficial das entidades públicas. Além disso, o interessado ou parte do acursado no processo deverá ser intimado oficialmente para ter ciência de cada decisão ou efetivação de diligência. Sem a publicação é impossível fluírem os prazos para a impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência para mandado de segurança ou de prescrição.

Os princípios orientadores da atividade administrativa decorrem da Constituição Federal de 1988, acrescentando-se alguns em decorrência de outros na realidade, tratam-se de diretrizes auxiliares da compreensão, interpretação do funcionamento do ordenamento jurídico pátrio, imprescindíveis à normatização do Direito Administrativo.

Este tem como objeto o estudo de todas as relações jurídicas da Administração e seus administrados e suas atividades com relação ao Estado e das demais entidades e órgãos, sobrepunando-se o interesse público ao individual ou privado. Resume no modo de Administração Pública se tornem transparente para a sociedade.

1.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL “*DUE PROCESS OF LAW*” E A AMPLA DEFESA

Em consonância ao princípio da legalidade, encontra-se o devido processo legal, oriundo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. XI, nº 1, e atualmente a Constituição Federal de 1988, art. 5, LXI apresenta como incontestável o princípio do devido processo legal de relevância absoluta: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Como explicam Alexandrino e Paulo (2012) corresponde à oportunidade que tem o interessado em manifestar a respeito de todos os elementos trazidos ao

processo que possam influenciar na decisão, apresentando contestação, procedendo a redarguição de testemunhas, impugnando atos, etc. Ampla defesa é gênero que abrange o contraditório”.

Reforçando, Meirelles (2003) esclarece que o cumprimento do disposto na Constituição Federal art. 5º LV assegura aos litigantes em processo (...) administrativo o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, conhecido como o fenômeno da processualidade administrativa, tanto em processos punitivos quanto não punitivos, mesmo que neles não haja administrado, mas apenas litigantes, equivalendo a controvérsia.

Sem a devida defesa, sem registros do contraditório o processo está relativamente nulo, bem como os demais atos dele subsequentes acarretando nulidade de todo processo durante o exame dos efeitos da relação jurídica entre Estado e seus administrados. Tem o servidor público processado o direito de recorrer a órgãos superiores, considerando de grande hierarquia, bem como pode se valer de um pedido de revisão processual e pedido de reconsideração e se valer de todos os meios de prova admitidos em direito.

Para Moraes (2004) o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa são tratados num único sentido. Explica se configurar o devido processo legal como princípio de dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto ao âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com Estado persecutor e plenitude de defesa. Segundo o autor, este princípio tem com a ampla defesa e o contraditório assegurado aos litigantes quer em processo judicial ou administrativo e aos administrados em geral.

Acrescenta que embora no campo administrativo não exista necessidade de tipificação escrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares sem a necessária amplitude de defesa.

Em se apontando discretas diferenças entre esses princípios, afirma-se que a ampla defesa dá direito ao réu todos os elementos que o auxiliam a demonstrar a verdade e o contraditório é a maneira de exteriorizar sua defesa, “impondo a condução dialética do processo (*par conditio*) o de dar-lhe a versão que melhor apesente de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”, conforme Moraes (2004, p. 125), utilizando as explicações de Nelson Nery Júnior,

que por sua vez entende que o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do município do Estado de Direito tem ligação com o da igualdade das partes e o direito de ação.

Em atenção ao processo administrativo disciplinar o STJ decidiu não ser ofensiva à Constituição a falta de defesa técnica por advogado naquele feito. Ocorre que o administrado na visão de Carvalho Filho (2012) pode atuar por si mesmo, elaborando a sua defesa, ao tempo em que acompanha o processo ou acompanhado por advogado munido de respectiva procuração.

Dessa forma a representação irá se constituir uma faculdade outorgada ao administrado, mas em obediência ao princípio do contraditório, é exigida a presença do defensor dativo em casos excepcionais de o administrado se encontrar em lugar incerto e não sabido ou na condição de revel.

Com Carvalho Filho (2012) encontra-se que o devido processo legal é realmente um postulado dirigido diretamente ao Estado, indicando que lhe cabe o dever de observar rigorosamente as regras legais que ele mesmo criou e o aproxima ao princípio da legalidade, categoricamente abrangente.

1.3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E SUAS RESPECTIVAS FASES

Processo administrativo para Cretella (2001) corresponde ao conjunto de atos, procedimentos e formalidades que antecedendo e preparando a edição do ato administrativo, serve de fundamento jurídico a esse mesmo ato referente ao funcionário; ou é a sequência de atos da Administração Pública destinados a apurar, apreciar e julgar as faltas funcionais graves. Indagando-se a importância do processo administrativo para a Administração.

É verdade, o processo administrativo resguarda de crítica o regime e aplicação de punições nele fundamentados, criando para os funcionários públicos um clima de confiança, pois sabem que estão a salvo de qualquer arbitrariedade, já que podem defender-se do modo mais amplo possível, prestigiando dessa forma o Administrativo.

Alexandrino e Paulo (2012) adotam a mesma linha de raciocínio quando oferecem a compreensão sobre o processo administrativo nada mais além de que

uma sucessão de atos ordenados de forma lógica com a finalidade de possibilitar à Administração Pública a prática de um ato administrativo final.

Como ressalva, explicam que algumas vezes, exaurindo a via administrativa, acarretando-se a preclusão¹ da matéria na esfera administrativa ou impossibilitando a sua reapreciação pela própria administração pública. Porém, não um ato ou decisão mutável, o controle judicial no ordenamento jurídico racional e inafastável, conforme está descrito na Carta Maior, art. 5, inciso XXXV.

As fases do processo administrativo são aquelas destinadas a compor uma decisão vinculante sobre atos, fatos, situações e direitos controvertidos perante o órgão competente, correspondendo à instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento. Com a instauração está se organizando um topo de apresentação escrita dos fatos e a relativa indicação do direito que ensejam o processo. Quando se origina na Administração ocorre em forma de portaria, auto de infração, representação ou despacho inicial da autoridade competente. Ao ser provocado pelo administrador ou pelo servidor é formalizado por requerimento ou petição.

É imprescindível à instauração a descrição dos fatos e também a apresentação do objeto da controvérsia extremamente clara, auxiliando a defesa, destacando-se o tempo e o espaço de cada fato. Do contrário, pode ser considerado nulo. No caso de faltarem elementos essenciais ao pedido, à administração cabe orientar o interessado a supri-los, assim, o fazendo em documento motivado.

A simples recusa imotivada, conforme Alexandrino e Paulo (2012) que estendendo suas explicações, a recusa injustificada de recebimento configura afronte ao direito de petição, de acordo com o art. 5º, XXXIX, “a” da Constituição Federal. Os legitimados no processo podem ser peticionar de forma plural, em único requerimento de conteúdo e fundamentos idênticos.

A Lei 9.784/1999, art. 9º define: são legitimados no processo I: pessoas que o iniciam como titulares a interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II: qualquer um que possua direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão do processo; III: as organizações ou associações

¹ Preclusão: O princípio da preclusão está diretamente ligado ao princípio da eventualidade, no qual o réu deverá alegar na contestação toda matéria de defesa com a qual impugna o pedido do autor sob pena de ser impedido de fazê-lo posteriormente, é o que destaca o art. 300 do Código de Processo Civil, *in verbis*: Compete ao réu alegar, na contestação, toda matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir. CASTRO, Brunna Rafaely Lotife. O princípio da preclusão e suas formas de apresentação no processo do trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013.

representativo, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV: as pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Meirelles (2003, p. 655) garante ser o processo administrativo em conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; enquanto que procedimento é o modo de realização do processo, podendo o processo se realizar através de vários procedimentos.

No processo estão contidos um conjunto de atos para uma controvérsia e a característica do procedimento de um processo é um modo específico de ordenamento dos seus atos. É a litigância que distingue o processo do procedimento.

Outro autor, Carvalho Filho (2012) assevera se considerar processo uma atividade para a frente, ou seja, como depender de uma sequência harmoniosa e complementa: “é a relação jurídica integrada por algumas pessoas que nela exercem várias atividades direcionadas para determinado fim” e relacionado a um conjunto de atos ordenados correspondentes aos seus integrantes e atendendo aos objetivos, lembrando ser o processo o instrumento de jurisdição.

Processo administrativo é termo, portanto, aceito na Constituição Federal/88, conforme descritos nos art. LXXII, “b”, art. 37 XXI, art. 41, § 1º, II daquele Documento. Na fase da instrução ocorrerá a elucidação dos fatos, junto à produção de provas da acusação no processo punitivo. Instrução mal elaborada resulta na alteração da apuração da verdade, podendo resultar em nulidade.

Após a fase da instrução, a administração dispõe de um prazo de até 30 dias para emitir a decisão, tal ato podendo ser prorrogável motivadamente por igual período, conforme estabelecido em Lei. Esta deverá ser explícita, obrigatória, caso o órgão responsável e se instrução não for competente para proferir a decisão, abordará um relatório com um resumo do processo e proposta objetivamente justificada da decisão, encaminhado à autoridade competente para decidir.

Quanto à fase da defesa é preciso cuidar da obediência aos princípios do “*due process of law*” (devido processo legal) que não admite postergação, pois se trata de garantia constitucional contida no Documento Maior, art. 5º, LV.

Sobre o relatório é conveniente lembrar que este representa uma síntese de tudo que foi apurado durante o processo. É peça opinativa, além de

informativa, contudo sem efeito vinculante para a administração ou para os interessados no processo. Pode a autoridade julgadora divergir das conclusões e sugestões do relatório, sem ofensa ao interesse público ou ao direito das partes, como enfatiza Meirelles (2003), desde que fundamente sua decisão em elementos existentes no processo ou na sua ineficiência de provas para uma decisão punitiva ou mesmo defensiva ou indeferitória da pretensão postulada.

Chama-se fase do julgamento aquele momento referente ao da decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo, que geralmente se baseiam nas conclusões do relatório, podendo desprezá-los ou contrariá-los interpretando diferente das leis aplicáveis a cada caso e ainda o julgador chegando a conclusões fácticas, como explica Meirelles (2003), diferentes daqueles encontrados pela comissão processante ou de quem realiza o processo de forma individual.

Tem o processo administrativo rituais um tanto informais, atendendo às normas pertinentes do órgão processante e assegurando a defesa do administrado com tramitação oficial e pública. Esclarece o autor que é dever constitucional: toda a tramitação é oficial e pública, fornecendo certidões, pareceres ou qualquer documento para defesa de direitos ou esclarecimentos de situação de interesse pessoal, conforme a Carta Magna, art. 5º, XXXIV, b.

1.4 SINDICÂNCIA, REVISÃO PROCESSUAL, QUESTÃO DA VERDADE REAL E AS NULIDADES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

a) Sindicância

Além das fases comuns à ritualística processual, encontram-se outras como tecnicamente inerentes ao processo administrativo disciplinar, desde que a autoridade conheça sobre as necessidades da instauração de tal procedimento.

A instauração do processo administrativo disciplinar pode ser iniciada pela própria Administração, ou de ofício decorrente do princípio da oficialidade, conforme Alexandrino e Paulo (2012) ou mediante provocação do interessado, a pedido. A primeira se faz por ofício em termo totalmente preenchido: identificada, apuração dos fatos, etc. É inconcebível a recusa imotivada. Já o conteúdo da Lei n.º 9.784/99,

o conjunto de dispositivos obrigatórios para o desenvolvimento do processo administrativo que poderá se iniciar com uma sindicância.

Constatando-se falta funcional; autoria e o elemento subjetivo com que se conduziu o responsável configura-se a sindicância de natureza jurídica inquisitória, tem caráter preparatório, é diferente do processo disciplina que se configura como principal por ser este último definitivo, contraditório e se for o caso, aplicará sanções. Pode o administrador também dispensar a sindicância, antes do processo principal. Tem a sindicância alcance de inquérito administrativo ou interrogatório.

Sindicância é o meio sumário de que se utiliza a Administração Pública, no Brasil, para sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo entre o funcionário público responsável (CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 494).

Outro autor que se refere à fase da sindicância, Meirelles (1998) assim explica sobre a sindicância administrativa:

Sindicância: sindicância administrativa é o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator. Pode ser iniciada com ou sem sindicado, bastando que haja indicação da falta a apurar. Não tem procedimento formal, nem exigência de comissão sindicante, podendo realizar-se por um ou mais funcionários designados pela autoridade competente. Dispensa defesa do sindicado e publicidade no seu procedimento, por se tratar de simples expediente de verificação de irregularidade, e não de base para punição equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal. É o verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo disciplinar. (MEIRELLES, 1998, p. 570).

Passada a fase da sindicância na qual identificam todas as irregularidades funcionais, considerada pelo STJ RMS nº 10472 – ES 5ª turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgou em 17.08.2000, jurisprudência STJ n.º 66, ago. 2000, “mero expediente investigatório, vem a fase da instauração, geralmente formalizado através de Portaria”.

Nesse momento, agregam-se todos os elementos probatórios que fundamentam a infração cometida pelo servidor, garantindo-se conteúdo da Lei nº 9784/1999 e é nesse determinado instante que o servidor necessitará de sua defesa em todos os sentidos, a fim de que seja discutido o conteúdo do qual está sendo acusada. No caso, o advogado comparecerá devidamente documentado, portanto,

procuração ou o servidor fará sua própria defesa, aspecto discutível neste trabalho, ao se confrontarem súmulas nº 05/2008 do STF e a súmula nº 343/2007 do STJ.

Voltando à apuração dos fatos, as provas apontadas as testemunhas arroladas se dispõem a encontrar a verdade material. Razões escritas, novas provas, a discussão ou debate sobre a falta da qual é acusado o servidor. A seguir será alcançada a fase do relatório, elaborada pela Comissão que opinará de forma detalhada, servindo para auxiliar na decisão da autoridade que se aplicará a sanção ou concluirá de maneira contrária.

A fase de decisão, considerada a última por Carvalho Filho (2012) que será devidamente composto de competência, forma, finalidade, objeto e motivo que o ato administrativo possui como requisitos. Caso o servidor queira impugnar a validade desse ato, por alguma razão de legalidade, deverá identificar alguns aspectos do ato dentro de próprio relatório.

Carvalho Filho (2012) explica sobre as diferenças básicas entre o processo judicial, nele sempre havendo conflito de interesse, enquanto que no processo administrativo se desempenha a atividade administrativa, geralmente não ocorrendo conflito. No processo judicial a relação é trilateral: Juiz (Estado), autor e réu. Enquanto que no processo administrativo a relação é bilateral: Estado e do outro particular.

Aproveitando-se das lições de Calmon de Passos, Carvalho Filho (2012) apresenta que procedimento é o processo em sua dinâmica, é o modo pelo qual os diversos atos de relacionam na série constitutiva de um processo compreendendo que todo processo demanda um procedimento. O processo administrativo dará sequência ordenada de atos e de atividades, formalizando a relação entre Estado e particular e atende ao princípio da segurança jurídica.

b) Revisão Processual

A qualquer tempo a revisão do processo administrativo pode acontecer, observando-se a prescrição. No caso do servidor falecido, desaparecido ou incapacitado, a mera alegação de injustiça não se constitui fundamento para a revisão. A revisão é de competência do Chefe do Poder Executivo e determina novo processamento, bem como a decisão final. Procedente a revisão, fica sem efeito a penalidade e os direitos são restituídos.

Consiste a revisão recursal, no entender de Carvalho Filho (2012) um instrumento de controle administrativo, significando a possibilidade de eventuais interessados se insurgirem formalmente contra certos atos da Administração, lesivos ou não a direito próprio, mas sempre alvitando a reforma de determinada conduta.

Quanto aos recursos administrativos, Alexandrino e Paulo (2012) explicam se tratar de uma petição apresentada pelo administrador que já recebeu uma decisão em processo administrativo em que é parte, porém, dela discorda almejando uma reapreciação ou de outra autoridade ou de outro órgão, objetivando nova decisão. Se não for necessária um rito específico a autoridade que analisará o recurso é a primeira hierarquicamente superior à que proferiu a decisão recorrida (recurso hierárquico). Se o recurso for específico, endereçado a outro órgão especializado são considerados recursos hierárquicos impróprios.

Quando os recursos são apresentados pela própria administração, são denominados recursos de ofício, dependendo preponderantemente de decisão legal. Com a Súmula Vinculante 21 foi esclarecido: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

Possuem os recursos administrativos efeito devolutivo (a matéria recorrida é submetida à nova apreciação pela instancia competente para decidir o recurso). Para que um recurso administrativo tenha efeito suspensivo (suste a eficácia do ato que esteja sendo questionado ou impeça a produção de feitos da decisão recorrida) é necessária previsão legal.

São os recursos administrativos: “meios formais de controle administrativo através dos quais o interessado postula junto a órgãos da Administração, a revisão de determinado ato administrativo” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 940). Tem significado de garantia para a Administração e o administrado, fundamentado no sistema de hierarquia orgânica; o exercício do direito de petição, garantia do contraditório e a ampla defesa.

Quanto à natureza jurídica dos recursos administrativos diz Carvalho Filho (2012) se tratar de “um meio formal de impugnação de atos e comportamentos administrativos”, devendo ser feito através de petição escrita, protocolada, após devidamente assinada, portanto, tem caráter de formalização.

Tratando-se de uma representação o recorrente denunciando irregularidades, ilegalidades e condutas abusivas oriundas de agentes de Administração postula a

apuração e a regularização dessas situações, significando, após a tomada de posição da Administração seu poder dever de agir. Tal posição se refere à instauração de processo administrativo e apuração da situação informada.

Com a reclamação o interessado postula a revisão do ato que lhe prejudica direito ou interesse, enquanto que a reconsideração será dirigida a mesma autoridade que praticou o ato contra o qual se insurge o recorrente. O pedido de revisão é o recurso através do qual o interessado postula a reapreciação de determinada decisão já profunda em processo administrativo, geralmente ensejando a instauração de novo processo.

c) Uma questão de verdade

Quanto à apuração de determinadas faltas do funcionário público a legislação pertinente ao assunto determinado a busca da verdade pelo administrador. A simples denúncia ou conhecimento do ato infracional pela autoridade não autoriza a uma decisão, assim o sendo, configurando-se arbitrariedade, resultando nulidade qualquer decisão.

A verdade material como bem explica Carvalho Filho (2012) é um princípio que autoriza o administrador a perseguir a verdade real, aquela que definitivamente resulta dos fatos constituintes do ato, com o princípio da verdade material o próprio administrador está autorizado a buscar provas até chegar a uma conclusão. Como lembra o autor, tecnicamente no processo administrativo não há partes, mas interessados, enquanto para a Administração o fim almejado corresponderá à matéria de interesse público.

Para Alexandrino e Paulo (2012) verdade material e verdade real são expressões sinônimas e reforçam ser a liberdade na prova que representa a principal diferença em relação aos processos judiciais que buscam a verdade formal ou a verdade dos autos ou "*quad non est in acti non est in mondo*" (o que não está nos autos não está no mundo). É qualquer prova lícita que interessa ao processo administrativo e qualquer particular ou terceiro pode apresentá-la em qualquer fase.

Com o princípio da verdade material existe a possibilidade do "*reformatio in pejus*" (reforma em prejuízo) inadmissível nos processos judiciais. "Decorre... do princípio da verdade material a possibilidade de, nos processos administrativos, ser

decido um recurso provocado pelo particular, reformando a decisão inicial desfavoravelmente a ele” (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 822).

Deixa a verdade sabida de valer a partir da previsão legal do art. 5º LV da CF. Tal dispositivo garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo e administrados em geral o contraditório e ampla defesa e recursos a ele inerentes. Conclui-se que a aplicação da verdade sabida ou aplicação de sanção direta ao servidor sem averiguação de um processo administrativo disciplinar é inconstitucional.

CAPÍTULO II – A SÚMULA Nº 343/2007 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A SÚMULA VINCULANTE Nº 05/2008 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 DETERMINANTES DA SÚMULA Nº 343/2007 DO STJ

Logo após a sua oficialização, a Súmula 343/2007 do STJ despertou alguns interessados em analisá-la, até mesmo quem entendeu que a medida pegou de surpresa a Administração Pública. Mota Neto foi um deles, assim se expressando, através do seguinte texto:

A pequena divergência havida no STJ quanto à obrigatoriedade da presença de advogado constituído ou defensor dativo no processo administrativo disciplinar, em relativo espaço de tempo, foi excluída pela Corte responsável pela interpretação da lei federal. Nos mesmos termos que professa a Teoria Geral do Direito Administrativo Sancionador, o STJ proclamou que “o processo administrativo disciplinar não é estranho ao poder jurisdicional do Estado, próprio que é da competência de seus órgãos o controle da sua legalidade e constitucionalidade e, por consequência, o julgamento da regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo” (MS 6913/DF, DJ, 18/02/2002).

Esclarece o autor sobre os minuciosos ritos a serem seguidos, atentando para pormenores, repita-se, do processo administrativo disciplinar:

De igual modo, ainda nos idos de 2002, defendia-se que na fase instrutória do inquérito administrativo, “o servidor figura como acusado e, nessa situação, terá o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir contraprovas, reinquirir testemunhas, devendo, logo após, ser interrogado”, conforme interpretação dos artigos 156 a 159 da Lei nº 8.112/90 (MS 7074/DF, DJ. 07/01/2002), tratando-se, porém, de faculdade do acusado (MS 8102 07/01/2002), tratando-se, porém, de faculdade do acusado (MS 8102/DF, j. 25/09/2002, DJ 24/02/2003) (MOTA JÚNIOR, s/d, p. 8 e 9).

Sobre a trajetória seguida pela Súmula nº 343 do STJ Mota Júnior diz o seguinte:

Em 2003, o STJ começou a dar ares de que “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” (MS 7078/DF, DJ 09/12/2003). A partir de então a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento no que tange à imprescindibilidade da existência de defesa técnica na fase de instrução do processo administrativo disciplinar, seja civil ou mesmo militar (idem).

Para finalizar sua exposição, Mota Júnior afirma:

Utilizado como um dos parâmetros, do julgado do Mandado de Segurança nº 10.837/DF, que teve como Relator o Ministro Paulo Galotti, e Relatora para o Acórdão, a Ministra Laurita Vaz (DJ de 13.11.2006), levou a aprovação do enunciado nº 343, no dia 12 de setembro de 2007 (DJ 21/09/2007), que prescreve: é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar (idem, p. 9).

De acordo com esse autor, é imprescindível a presença do advogado, como se detém do item 3 do enunciado da Súmula em comento:

O enunciado baseia-se nos art. 153, 163 e 164 da Lei nº 8.112/90. Percebe-se que a orientação do Tribunal Superior é clara em afirmar que a lei não exige a constituição de advogado, contudo, entende ser obrigatória a presença de advogado para constituição válida do processo. A orientação jurisprudencial ao ir de encontro com a lei, estipulando norma contrária ao dispositivo legal, representa e expressa verdadeira fonte de Direito (idem, p. 9).

O que se dirá, então, sobre a nulidade do PAD, diante da ausência da defesa técnica? Santos (2009) lembra as nulidades, exatamente as que confrontam o princípio constitucional do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, enfatizando que a não observância de diversos aspectos pode ser alvo de apreciação do judiciário e, nesse caso, haverá uma decisão judicial contrária As pretensões administrativas. Além disso, ao seguir a forma, o PAD não é suficiente para elucidar a verdade real.

A abertura de processo administrativo disciplinar seguindo claramente a forma não é bastante para elucidar a verdade real. É nulo o processo disciplinar que contenha ato configurador de desvio de fatos, ou seja, que amplie a penalidade sobre fatos não existentes na denúncia, ou ainda, que configure pena extremamente superior em relação ao ato praticado pelo agente.

Na interpretação desse autor, o aspecto nulidades no PAD são assuntos delicados e ilustra sua observação com a Lei nº 8. 112/90:

Algumas nulidades podem ser presumidas e exemplo desta é a citação do servidor acusado por meio de edital uma vez que, em peças contidas no processo aludem seu endereço. A errada citação do acusado não influi na substância dos fatos, porém, não foi lhe dado a oportunidade de defesa, tendo este processo vício insanável. Na ocorrência de vício insanável, a autoridade administrativa deve ordenar nova apuração, observado neste caso, a prescrição. A lei 8.112/90, artigo 169 salienta: *“verificada a existência de vício insanável, a autoridade julgadora declarará a nulidade total ou parcial do processo e ordenará a constituição de outra comissão, para instauração de novo processo”* (SANTOS, 2009, p. 44).

Continuando sobre nulidades e suas nuances, declina Santos (2009):

As nulidades reconhecidas são provas do devido processo legal e várias são as nulidades provocadas por cerceamento de defesa. O que afronta o direito de defesa do acusado causa invalidade no processo. A nulidade absoluta pode ser por vícios de competência, vícios relacionados à composição da comissão, vícios relativos à citação do indiciado, vícios relacionados ao direito direto de defesa, vícios relacionados às diligências no que tange ao direito de defesa e por fim os vícios relacionados ao julgamento do processo. (idem)

2.2 A SÚMULA VINCULANTE Nº 05/2008 DO STF

A reforma no judiciário há mais de uma década serviu para alterar significativamente a realidade, renovando sua função, daí surgindo o instituto da Súmula Vinculante que corresponde colocar sob um só ponto ou uma única interpretação proferida pela Suprema Corte como solução encontrada pelo Legislativo para o novo cenário jurídico nacional. A Súmula da Jurisprudência Dominante com efeito vinculante está regulamentada através da Lei nº, 11417 de 19 de dezembro de 2006 com o intuito de atender aos anseios sociais.

O papel da Súmula Vinculante na realidade social brasileira a partir do que se convencionou entender ora como orientação, ora como enunciado sintético tem ideia de união liame ou legislação com outro com o objetivo de validar no âmbito da sistemática sumular, valendo-se do ordenamento jurídico brasileiro, esta corresponderia um resumo de decisões reiteradamente proferidas pelos tribunais superiores sobre uma mesma matéria, ou seja, quando as questões são decididas de forma mais célere.

Mediante os precedentes anteriormente julgados, cujo objetivo é garantir a segurança jurídica, evitando-se as repetições de processos de idênticas. Uma Súmula é aprovada a partir da realização de três seções pela Corte Especial, compondo-se as suas turmas da chamada Corte Superior. Servem as súmulas como referência para outros tribunais e juízes.

Sobre a possibilidade de a Súmula Vinculante poder ser extinta ou perder sua eficácia dizem Oliveira; Ferreira (2010) serem os mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade propor revisão, edição ou cancelamento da súmula. Revogada ou modificada a lei que fundou a edição do enunciado de Súmula Vinculante, o STF de ofício ou por provocação procederá a sua revisão ou cancelamento, segundo previsão no art. 5 da Lei n.º 11471/2006.

A interpretação e a eficácia de normas determinadas sobre a qual se conjugue em controvérsias entre órgãos judiciários ou entre a administração pública em todas as esferas que possa definitivamente acarretar insegurança jurídica, bem como no aumento do número de processos.

Oliveira e Ferreira (2010) explicam serem as Súmulas Vinculantes enunciados interpretativos sobre uma questão jurídica levantada em torno do texto da lei, para fixar o decorrer e a extensão de ser conteúdo. Não se referem à matéria de fato quando os fatos da demanda serão sempre matéria de prova, mas pela matéria de direito. As Súmulas Vinculantes beneficiarão principalmente os tribunais, onde predomina exame da matéria de direito sobre a matéria de fato, evitando-se repetição.

É matéria constitucional, exposto no art. 103-A da CF regulamentado através da Lei n.º 11.417/2006, aprovada de ofício ou provocação, com efeito, em relação ao Poder Judiciário e à Administração Pública direta ou indireta. A implantação da Súmula Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro surgiu a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004.

A Súmula Vinculante no ordenamento jurídico pátrio possui características próprias: a conectividade e a imperatividade. Nos moldes da primeira significa reprimir ou conter ou dando a ideia de compulsoriedade. Enquanto isso, a imperatividade corresponde à ideia de orientação determinada a cada caso concreto. Sua inobservância implica em reclamação ao Tribunal Superior. Quanto à competência para a aprovação da Súmula Vinculante somente o STF pata determiná-lo, realizando-

o através de orientação normativa o que vinculará a todos os órgãos da administração pública além dos demais órgãos de representação do judiciário.

Há de ser solicitado que a controvérsia deve abranger órgão do judiciário e da administração pública. Caso o conflito abranja apenas órgão da administração pública a Súmula Vinculante não tem autorizada sua edição.

No art. 103 §2º da Carta Magna está escrito que a Súmula Vinculante tem como legitimados para propor Ação direta de constitucionalidade, através da lei infraconstitucional. O Defensor Público geral da União, os Tribunais Superiores de Justiça do Estado, ou do Distrito Federal ou Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Até mesmo os municípios tem legitimidade para propor edição, revisão ou cancelamento da súmula, porém de forma incidental em obediência ao art. 3º, §1º da Lei n.º 11417/06 sem que haja suspensão do processo.

A Súmula Vinculante tem obrigatoriedade compulsória tanto nos órgãos do judiciário como nos órgãos da administração pública direta ou indireta, de acordo com o caso concreto. Não cabe ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade contra Súmula Vinculante, pois não se trata de ato normativo do legislativo nem de lei.

A respeito da Emenda Constitucional n.º 45 está contido no seu art. 8º que “as atuais Súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de integrantes e publicação na necessidade de haver conversão da súmula não vinculante em vinculante, suficiente se fazendo através de Lei regulamentadora, após a confirmação de dois terços dos integrantes e publicação na imprensa oficial”.

Alguns são a favor outros são contra a Súmula Vinculante. Os operadores do direito defendem que desburocratização, a morosidade e a lentidão da justiça que podem ser vencidos através da aplicação de uma Súmula Vinculante. Como remédio auxiliar a amenizar alguns vieses, significando celeridade e economia processual. Sobre a segurança jurídica como ponto positivo para a Súmula Vinculante defendem a ideia de um instrumento de certeza, afastando a possibilidade de surpresas na resposta judicial, permitindo aos cidadãos segurança na justiça a certeza de que o Estado é realmente responsável pelo cidadão.

Contra o instituto da Súmula Vinculante entendem que a sua aplicação se caracteriza um retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, nomes como Abreu

Dalari, Konder Comparado, Evandro Lins e Silva o entendem como retrocesso. Carlos Alberto Amaral defende que a vinculação das decisões é oriundo da “*common law*” não se adaptando “standardização” em ordenamento jurídico que atende ao “*civil law*”.

Para São Pedro (2012) o ideal seria formulação de um novo judiciário composto de estrutura física e corpo normativo adequados que possibilita os operadores do direito a trabalharem com eficiência com vistas a uma prestação do Estado otimizada.

No entende do Margraf (2014), Súmula Vinculante é apenas uma das criações brasileira com o intuito de formar uma cultura jurídica própria. No entanto, além de ofender diretamente a própria Constituição Federal, acarretará na extirpação de interpretação dos textos legais.

Um dos estudiosos da temática, professor Reis (2009), penetra a discussão na intenção de reforçar entre seus argumentos, o livre convencimento do juiz, explicando:

A independência do juiz existe igualmente em relação aos Tribunais Superiores, uma vez que o magistrado subordina-se à lei, exclusivamente na forma preconizada no inciso II do art. 5º da Constituição, e portanto, em princípio, está livre para formar o seu convencimento sobre o tema a decidir, seguindo os limites de sua consciência, de um lado e o seu conhecimento das normas do Direito de outro. Seguirá a jurisprudência das cortes se e na medida em que estender pertinente a existência do precedente para orientar o seu raciocínio (REIS, 2009, p. 26).

O autor é veementemente claro ao associar a independência judicial ao Estado Democrático de Direito, presente na Carta Magna, complementando com o art. 131 do Código de Processo Civil – CPC, quando atenta que juiz não está obrigado a decidir a lide, de acordo com o pleiteado pelas partes, mas pelo seu convencimento, ao se utilizar de provas, fatos ou jurisprudência e legislação, sem ofensa aos art. 128, 165, 458 II e III e o art. 535 do referido Código.

Nesse sentido aponta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “o julgador não está obrigado a responder todas as considerações das partes, bastando que decida a questão por inteiro e motivadamente”, de acordo com o REsp. nº 415.706/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 12.08.02.

Sempre se posicionando contra a súmula de efeito vinculante por se tratar de um enunciado que pela norma constitucional terá efeito vinculante em relação aos

demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta ou indireta nas esferas federal, estadual e municipal, Reis (2009) reforça que essa forma de decidir restringe os limites do livre convencimento do juiz no exame das causas que eles são submetidas, porém apenas com relação aos temas já definidos pelos enunciados vinculantes da súmula.

Sobre o dever de o juiz agir de acordo com a lei e decidir com base nesta, no sistema jurídico brasileiro, o autor descreve:

O juiz tem como regra [...] , segundo a opinião que predomina, a possibilidade de optar pela interpretação da lei que se lhe apresenta mais acertada. Nos casos em que vier a incidir a súmula vinculante, desde logo o juiz terá de se curvar àquela interpretação que terá sido sumulada. Observa-se, todavia que não estará deixando de decidir de acordo com a lei (REIS, 2009, p. 37).

Em relação à jurisprudência como fonte do direito, diz Reis (2009) servir ainda como parâmetro de orientação para os tribunais com vistas à aplicação uniforme do direito aos casos concretos. Explica que a uniformização da jurisprudência tem como objetivo o de estabelecer previamente a orientação jurídica do Tribunal sobre um determinado assunto, em *a posteriori*, quando surgem divergências na aplicação da mesma norma nacional por juízes ou tribunais diversos.

Complementa que no Brasil, a jurisprudência é considerada fonte formal do Direito pelo fato de que os julgados constantes, reiterados e uniformes do Poder Judiciário são uma orientação a ser seguida pelos juízes e tribunais inferiores em relação aos órgãos judicantes superiores. Adiante, diz que a jurisprudência não tem força de norma cogente, reserva-se apenas à lei, podendo as decisões se modificar com o tempo.

Ao analisar a Súmula Vinculante de que trata esse trabalho, Reis (2009) especificamente aquela advinda da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, considera que o efeito chamado vinculante substitui a antiga característica de ser um instrumento de mera orientação dos magistrados e tribunais inferior vez que impõe a obrigação de seguir a orientação pré-fixada pelo STF para tal tema, acrescentando:

Afora esta nova orientação, sobre os efeitos vinculantes dos enunciados da súmula nova não dispõem há apenas de eficácia erga omnes, porém, há apenas o efeito vinculante ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo como um todo as decisões relativas ao controle concentrado de natureza constitucional (REIS, 2009, p. 89).

Ainda se aprofundando nas explicações sobre Súmula Vinculante, o autor comenta sobre a questão relacionada ao discurso de uma determinada norma federal, ao se encontrar com a necessidade e a conveniência de fixação de uma orientação uniforme de um lado e a divulgação desse entendimento como base da jurisprudência predominante no Tribunal, servindo de roteiro para futuros julgamentos de todos os magistrados e tribunais, inclusive por aquele órgão autor da orientação.

Visto pelo aspecto do Direito Processual, a súmula é, como afirma Reis (2009) o enunciado consolidador de entendimento já pacificado de um tribunal sobre assunto determinado; como instrumento de procedimento serve de orientação aos magistrados singular ou à corte inferior. Ao se aprofundar nas suas observações, o autor se refere à súmula jurisprudencial como síntese da orientação predominante em determinado tribunal a respeito da exegese e da aplicabilidade da norma legal e exemplifica com o chamado precedente persuasivo, vigente nos Estados Unidos diferente porque não obriga à corte inferior a adotar o resultado daquele julgamento.

Quanto à obrigatoriedade de Súmula diz o professor:

A Súmula também não é obrigatória para o próprio Supremo Tribunal: os advogados, quando surgir a oportunidade em algum processo, poderão pedir-lhe que reveja a orientação lançada na súmula, mas também deles se espera que estudem mais aprofundadamente o assunto para que, em face de argumentação nova ou de novos aspectos do problema ou de apresentação mais convincente dos argumentos anteriores, possa o Tribunal render-se à necessidade ou conveniência de alterar sua orientação (REIS, 2009, p. 103).

Cuida o autor em justificar que uma vez modificada, a Súmula “contribuirá para o aperfeiçoamento do trabalho profissional dos advogados, muito dos quais anteriormente interpunham seus recursos como quem joga na loteria, na esperança de composição eventual do Tribunal que os favorecesse por ocasião de julgamento” (REIS, 2009, p. 103).

Toda a obra do autor converge para a força de súmula vinculante, conquanto se verifique a possibilidade de sua revisão, desde que necessário, de acordo com a exigência do caso a da situação pelos magistrados ou advogados, embora se trate de um processo extremamente complexo que segue etapas, até que se encontre sua verdadeira eficácia, após enfrentar os trâmites legais.

Especificamente sobre a EC-45/2004 e a súmula vinculante, trata Reis (2009) de explicar como as decisões da Suprema Corte Nacional (SCN) terão eficácia

contra todos e efeito unicamente com relação aos Poderes Executivo e Judiciário, quando o julgamento da constitucionalidade for de controle difuso, em decisão terminativa, exemplificando através do art. 93 da CF:

- XIV – os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;
- XV – a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

Ao se referir ao recurso extraordinário (§ 3º, art. 102), o autor afirma sobre a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. Com a lei nº 11418 de 19 de dezembro de 2006, no Código de Processo Civil agora se inclui o art. 543-A: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo”.

Em Arruda Alvim (2004), Reis encontrou que em se tratando de repercussão geral, tornar-se-á quantitativamente minimizado o acesso ao STF, sendo com a súmula vinculante (quando e na medida em que editada) “ter-se-á ainda maior eficácia das decisões do STF, complementa:”... porquanto, a súmula será obrigatória ou vinculante para os assuntos que tenham sido sumulados, atingindo Judiciário e Administrativo, ou seja, juízes e litigantes, Administração e Administrados (REIS, 2009, p. 189).

Acrescenta que quando a súmula vincular a Administração Pública, significando que todos os agentes públicos tem o dever de agir em conformidade com o disposto naquele enunciado vinculante, querendo afirmar sobre a possibilidade do STF editar em verbete da Súmula com efeito vinculante, o Administrador público estará obrigado a cumprir e a determinar o cumprimento do contido nessa súmula em favor – ou não – de todas as pessoas que estiverem em idêntica situação, ainda que não tenham apresentado como proposta qualquer ação judicial ou efetuado qualquer pedido administrativo.

Sobre o assunto edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, conforme o § 3º, dependerá de decisão tomada por 2/3 dos membros do STF em sessão plenária, ou seja, equivalente à participação de oito ministros no processo, maior significativamente do que o número utilizado sobre as decisões de inconstitucionalidade (seis ministros). Enquanto isso entende o autor sobre a

pertinência temática, o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que deve existir uma correlação entre os objetos da entidade e o conteúdo da norma, cuja inconstitucionalidade se discute.

Explica-se tratar o vínculo de pertinência temática como condição objetiva de requisito qualificador da própria legitimidade ativa “*ad causam*” do autor somente naquelas hipóteses de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, pelas Mesas das Assembleias legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e finalmente pelos Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal, ante a necessidade de adequação entre as finalidades legais ou estatutárias da entidade postulante e o conteúdo material da norma como critério objetivo para o conhecimento de ação direta, promovida pelas entidades de classe de âmbito nacional (REIS, 2009, p. 198).

Para regular o processo de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) encontra-se a figura do *Amicus curiae*, bem como na Ação Declaratória de “Constitucionalidade” (ADC). Utilizando-se do que afirma Gustavo Santana Nogueira (2005), Reis (2009) coloca que a inclusão do *Amicus curiae* no processo administrativo a ser criado por lei ordinária, necessária à edição de uma súmula, entendendo ser esta uma forma de pluralização do debate sobre a matéria a ser ou não sumulada pelo STF. Diz, ainda, sobre o *Amicus curiae* que este:

Abriu espaço para associações privadas, órgãos e entidades governamentais participarem da relação processual no qual se discute a inconstitucionalidade de leis ou de atos governamentais que ameacem ou violem os interesses e direitos coletivos dos grupos que representam, bem como os direitos difusos (REIS, 2009, p. 204).

Os exemplos de julgados dos Tribunais aqui apontados servirão necessariamente como ilustração do conteúdo analisado.

a) Defesa técnica em processo administrativo disciplinar e ampla defesa

A Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (...) Assinale-se, por outro lado, que há muito a doutrina constitucional vem enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - como bem anota Pontes de Miranda - é uma pretensão à tutela jurídica (...). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia

consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: a) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; b) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; c) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (...). No caso dos autos, entretanto, tenho que as alegações da impetrante estão devidamente refutadas pela Advocacia-Geral da União (...). Por fim, não merece guarida a alegação da impetrante de que, pelo fato de não estar acompanhada de advogado, seria o processo administrativo nulo, em violação às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV). Isso porque esta Corte, com base em reiterados julgados, determinou que a designação de causídico em processo administrativo é mera faculdade da parte, entendimento esse que se sedimentou na Súmula Vinculante 5 (...)." (MS 22693, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 17.11.2010, DJe de 13.12.2010).

"O exercício da ampla defesa e do contraditório em Processo Administrativo Disciplinar prescinde da presença de advogado." (AI 473883 AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 27.4.2010, DJe de 21.5.2010)

No mesmo sentido: RMS 28546, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgamento em 4.12.2012, DJe de 7.3.2013; RE 592852 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 23.3.2010, DJe de 14.5.2010.

Mesmo sem pretender criticar profundamente a argumentação exposta pela Corte, através da Ministra Relatora Ellen Grace, em julgado ocorrido no ano de 2010, dispensando a presença da defesa técnica no Processo Administrativo Disciplinar, esta, apenas repetiu o conteúdo da Súmula Vinculante a qual se refere o documento. Ela se utiliza do dizer de Pontes de Miranda ser a tutela jurídica uma pretensão e cita os termos do art. 5º, LV da CF.

A Ministra refuta a afirmação de que sem a presença do advogado, o processo é nulo, como garante a CF sobre a ampla defesa e o contraditório e afirma que a compreensão em foco é mera faculdade a presença do causídico, apontando a Súmula Vinculante nº 5 do STF. Nessa mesma linha estão os Ministros Marco Aurélio e Celso de Melo, donde se concluem pela incontestável defesa da decisão da Suprema Corte pelos tais representantes, sem nem mesmo mencionar a supremacia da Constituição Federal, enquanto reforça que claramente se faz ofensa à Carta Política de 1988.

É possível, a partir das argumentações da Ministra: Então, a Súmula Vinculante é lei? Seria uma das interpretações.

Não. Logicamente que não, pois além de não ser aprovada pelos representantes do povo, ela não respeita os procedimentos legais para edição de lei, e não passa de um enunciado elaborado pelo Judiciário. No entanto é um enunciado de obediência obrigatória mais imperativa que a própria lei. Além de vinculante ela impede que juízes, advogados, promotores ou qualquer outro operador do direito critiquem ou interpretem de maneira diferente da qual foi apresentada pelo Supremo Tribunal Federal, e aqui não se discute se a nova interpretação esta correta ou incorreta, apenas indigna-se pela impossibilidade de fazê-lo (MARGRAF, 2014, s/p).

Considera, finalmente, o autor:

Diante de todo exposto resta evidente que a Súmula Vinculante confronta com todo avanço dos estudos jurídicos realizados pela doutrina internacional e brasileira. Tal instituto jurídico poderá proporcionar inúmeros questionamentos tanto de ordem hermenêutica quanto constitucional (idem)

No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 434059-3/DF, no qual foi aprovado o enunciado da súmula vinculante nº 5, houve pequena discussão dos Ministros sobre a existência de reiteradas decisões para aprovação dessa súmula.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, devo ser coerente com o que veiculei inicialmente. Vossa Excelência alude ao Verbete nº 5. Pela numeração, então, tem-se um verbete vinculante. Reafirmo, não posso desconhecer o que se contém na Constituição Federal, que submete a todos, inclusive ao Supremo, principalmente a ele como guarda da própria Constituição. A premissa para chegar o Supremo, no âmbito da competência que lhe está reservada pela Carta, à edição de um verbete vinculante, praticamente normativo, é que existam, conforme está em bom vernáculo, como está em bom português, reiterados pronunciamentos do próprio Supremo. E não há reiterados pronunciamentos sobre a matéria. Dir-se-á: a situação é excepcional. E afirmo: não vivenciamos um regime de exceção. O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Há precedentes. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, sobre esse tema específico, penso que não há. Se houver, eu cedo. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) – Há precedentes. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Há pelo menos dois. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a menos que me revelem precedentes específicos a versarem a desnecessidade de defesa técnica no processo administrativo, a menos que me revelem inclusive os números, pronunciarme-ei de forma contrária à edição de verbete vinculante. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Há o MS 24.961/DF, o RE 244.277/RS, em agravo regimental. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas especificamente quanto ao processo administrativo? O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) – Sim, quanto ao processo administrativo. Eu citei o RE – agravo regimental – nº 244.027 e citei o Mandado de Segurança nº 24.961 O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se há pronunciamentos, cessa a divergência. São específicos? Versam situação concreta relativa a processo administrativo e defesa técnica? 30 O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) – Sim, do Ministro Octávio Galloti, da Ministra Ellen e do Ministro Carlos Velloso. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Muito bem, a única ponderação que fiz foi no sentido

de se observar a autorização constitucional. E se, no caso, a exigência constitucional está atendida, concordo plenamente. Devemos marchar, devemos racionalizar os trabalhos com a edição de verbete vinculante.

O precedente do STF que gerou a Súmula Vinculante nº 05/2008 no qual consta o debate e os votos de cada Ministro segue abaixo.

Supremo Tribunal Federal
Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJe nº 172 Divulgação 11/09/2008 Publicação 12/09/2008
Ementário nº 2332-4
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
RECORRENTE(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADO(A/S) : VANESSA MIRNA B. GUEDES DO REGO
RECORRENTE(S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECORRIDO(A/S) : MÁRCIA DENISE FARIAS LINO
ADVOGADO(A/S) : MOZAR COSTA DE OLIVEIRA E OUTRO (A/S)

EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cercamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das taquigráficas, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator.

Brasília, 07 de maio de 2008.

MINISTRO GILMAR MENDES
PRESIDENTE E RELATOR
PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
RECTE. (S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADV. (A/S) : VANESSA MIRNA B. GUEDES DO REGO
RECTE. (S) : UNIÃO
ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECD. (A/S) : MÁRCIA DENISE FARIAS LINO
ADV. (A/S) : MOZAR COSTA DE OLIVEIRA E OUTRO (A/S)

Decisão: Retirado de pauta por indicação do Ministro-Relator. **2ª Turma**, 21.03.2006.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram: pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da

União, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República. Plenário, 07.05.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu
Secretário

Deixaram de existir reiteradas decisões para que se configurasse a decisão do conteúdo da Súmula em foco. De forma superficial os registros deixa clara a ausência de profunda argumentação entre os Ministros citados, quando necessária a aprovação da Súmula Vinculante nº 05, representando um verdadeiro descaso ao art. Art. 103-A da Carta Política. Da fala do Ministro Marco Aurélio. O respectivo artigo tem o seguinte teor:

Art. 103-A. 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 (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Na Petição nº 4.385/2008 dirigida ao STF, a OAB pede o cancelamento da Súmula pela ausência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria objeto da Súmula. Argumentou que, além do acórdão proferido no RE 434059, que acabou por render ensejo à edição da Súmula Vinculante nº 05, o Supremo Tribunal Federal indicou apenas outros três julgados que supostamente configurariam as reiteradas decisões acerca da matéria (AG 207197, RE 244027 e MS 24961).

Para Celso Antônio Bandeira de Melo (2013, p. 331), a Súmula Vinculante nº 05 do STF é inconstitucional, pois, segundo o referido autor, ao contrário do que a afirma, a Súmula viola a força aberta o princípio da ampla defesa com os meios e

recursos a ela inerentes consagrados no artigo 5, LV, que derogou a Súmula nº 343 do STJ, invertendo sua dicção.

Ao interpretar esse artigo, pretende-se sugerir uma reflexão à Súmula Vinculante nº 05/2008 do STF que desconsidera peremptoriamente uma das maiores riquezas dos cidadãos que é a Constituição da República Federativa do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto à Súmula Vinculante nº 05/2008 do STF chamada à discussão neste trabalho monográfico, desperta uma gama de indagações em torno do eixo ao qual pertence o direito à ampla defesa no Processo Administrativo Disciplinar.

Há de se reforçar sobre o que diz a OAB sobre o assunto. A Instituição quer a revisão da Súmula Vinculante nº 05/2008 do STF com urgência, considerando o seu teor atentatório ao direito da ampla defesa e a ausência de reiteradas decisões, conforme mencionado na petição nº 4.385/2008 dirigida ao STF. De acordo com o presidente da OAB/RS, Cláudio Lamachia que publicou em agosto de 2011: a legalidade da norma deve ser questionada, já que é uma afronta à Constituição nos princípios da ampla defesa e do contraditório do processo legal.

Entendeu-se, em consonância com a OAB sobre a impossibilidade de um leigo lidar com considerados institutos jurídicos, como os mostrados neste trabalho, referindo-se como exemplo, a prescrição. Examinando-se o contexto econômico nacional, nem todos os agentes públicos da Administração Pública dispõem de condições suficientes para contratar serviços advocatícios, em sua defesa, pode o órgão administrativo dispor-lhe de um defensor dativo porque para a Administração não interessa qualquer resultado.

A ausência do diálogo e da discussão das contradições obriga-se a se interpretar como uma lide sem argumentos, unilateral. A Súmula Vinculante nº 05/2008 do STF aparenta um retrocesso frente aos anseios da sociedade que prima pela ampla defesa.

Outrossim, conforme se depreende dos votos proferidos no Recurso extraordinário nº 434059-3-DF, percebe-se que a proposta e a aprovação do enunciado nº 5 da Súmula Vinculante do STF visou e veio a desconstituir jurisprudência dominante do STJ, resumida na Súmula 343 do STJ, para afastar a obrigatoriedade de advogado em processo administrativo disciplinar.

Prevalecendo assim o entendimento da Suprema Corte, ainda que inconstitucional, pois afronta a CF ao ser contrário a ampla defesa nos processos administrativos, entendido ampla defesa como autodefesa e a defesa técnica.

Assim, ao proclamar que é dispensável o advogado no PAD, a Súmula está limitando a defesa técnica numa hipótese de pretensão punitiva, em sede

administrativa, e aqui reside sua semelhança com o processo penal, mas recebe da Suprema corte tratamento diverso. No processo penal, é indispensável a defesa técnica (Súmula nº 523 do STF: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”), no administrativo é dispensável, sendo que, em ambas hipóteses, o administrado pode receber uma punição que pode acarretar, conforme o caso, dano irreparável ou difícil reparação.

Considera-se, ante a indispensabilidade do advogado no processo administrativo disciplinar, proposta de alteração legislativa do artigo 3º, IV da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e do artigo 164,§2, da lei nº 8.112/90, que regula o regime jurídico dos servidores públicos da União, consignando em ambos os dispositivos que a defesa técnica deverá ser feita obrigatoriamente por advogado, sendo-lhe um direito do administrado.

Por fim, propõe-se a revisão da Súmula Vinculante nº 05/2008 do STF e a legalização da Súmula nº 343/2007 do STJ, a fim de proporcionar a verdadeira segurança jurídica ao administrado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo, Malheiros, 2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Senado Federal. Brasília, DF. 2013.

_____. **Lei n.º 8112 de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União das Autarquias e das Fundações Públicas Federais Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. **Lei n.º 8906 de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 26 fev. 2015.

_____. **Lei n.º 9784 de 11 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 21 fev. 2015.

CARVALHO FILHO, J.S. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. até a Lei n.º 12587 de 3/1/2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Dicionário do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GIL, A.C. **Como elaborar projeto de pesquisa**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARGRAF, A.F. Súmula vinculante: um equilíbrio da jurisprudência brasileira. **Revista Crítica do Direito**, v. 56, n. 3, 2014. Disponível em: <<https://sites.google.com/.../criticadodireito.../revista-critica-do-direito/.../nu>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

MEIRELLES, H.L. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito administrativo brasileiro**, 23. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32621/a-natureza-juridica-da-sindicancia#ixzz3bkzvB5W><http://jus.com.br/artigos/32621/a-natureza-juridica-da-sindicancia#ixzz3bkyFdZIS>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiro, 2002.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTA JÚNIOR, J.F. **A exigência de advogado no processo administrativo disciplinar**: a nova Súmula 343 do STJ e seus reflexos. Disponível em: <https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/.../2957/.../a_exigencia_de_advogado.p...>. Acesso em: 15 abr. 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – OAB/RS-**OAB mobilizada pelo fim da Súmula Vinculante nº 05 do STF que dispensa advogado**. Disponível em: <<http://www.oabrs.org.br/noticia-8386-oab-mobilizadapelo-fim-da-sumula-vinculante-n-5-do-stf-que-dispensa-advogado>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – BRASIL – CONSELHO FEDERAL. **Proposta de cancelamento de Súmula Vinculante, Brasília DF, 1º de agosto de 2008**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4048601>>. Acesso em: 31 maio 2015.

REIS, P.M. **Processo disciplinar**. Brasília: Consulex, 1997.

ROZA, C. **Processo administrativo disciplinar e ampla defesa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SAKAI, M.K. **Processo administrativo disciplinar**: enfoque no processo, procedimento, histórico e direito comparado. Disponível em: <http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_-_procedimento_disciplinar_-_direito_comparado_0.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2015.

SANTOS, E.P.F. **A ampla defesa no processo administrativo disciplinar**. Em 31 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1368>. Acesso em: 02 mar. 2015.

SÃO PEDRO, B.L.P. **Reflexões acerca da súmula vinculante no Brasil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11962>. Acesso em: 25 fev. 2015.

SILVA, C.A. **O processo administrativo disciplinar**: antecedentes. 2011. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/artigos/processo-administrativo-disciplinar-ndash-antecedentes/200>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante n. 5**. Disponível em: <<http://ww.sif.jus.br>>. Acesso em: 28/02/2015.

_____. **Recurso Extraordinário**: re434059DF-Supremo. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/.../recurso-extraordinario-re-434059-d...>>. Acesso em: 22 abr. 2015.