

DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A SÚMULA VINCULANTE Nº. 5

Luis Fernando Alves Silva¹
André Del Negri²

RESUMO

A presente pesquisa caracteriza-se pela conceituação de paradigma, passando pelos três paradigmas na história do direito: o Estado Liberal, o Estado Social, e o Estado Democrático de Direito. Em seguida há uma exposição da evolução histórica das teorias do processo, passando pela teoria do processo como contrato, do quase-contrato, relação jurídica, situação jurídica, processo como instituição, processo como procedimento em contraditório, constitucionalista do processo e por fim a neo-institucionalista do processo, que aqui defendemos. Destacam-se também os princípios institutivos do processo, que são decorrentes do devido processo legal quais sejam: isonomia, contraditório e ampla defesa, este último abrangendo a obrigatoriedade da defesa técnica. Por último, defende-se a inconstitucionalidade da súmula vinculante nº. 05 face ao processo administrativo pós-moderno, considerando o princípio da ampla defesa na sua plenitude, abrangendo o direito constitucional ao advogado, como profissional indispensável à administração da justiça.

Palavras-chave: Processo Administrativo Pós-Moderno. Súmula vinculante nº. 05. Inconstitucionalidade.

¹ Pós-graduando em Direito Processual Democrático da Universidade de Uberaba – UNIUBE.

² Professor de Direito Constitucional na Universidade de Uberaba.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo intitulado como “Direito Processual Constitucional e Considerações críticas sobre a súmula vinculante n.º. 5” tem por objeto fazer uma reflexão sobre a processualística no Direito Administrativo Brasileiro, notadamente o “processo administrativo disciplinar” e demonstrar que estamos longe de um “Direito Processual Administrativo”, sob o atual paradigma Democrático.

Cabe ressaltar que o presente estudo não tem o cunho de traçar o procedimento previsto no estatuto dos servidores públicos federais (lei n.º. 8.112/91), já que a referida lei descreve de forma clara e cristalina todo o procedimento.

Assim, o início do estudo caracteriza-se pela conceituação de paradigma, passando pelos três paradigmas na história do direito: o Estado Liberal, o Estado Social, e o Estado Democrático de Direito.

Em seguida há uma exposição da evolução histórica das teorias do processo, passando pela teoria do processo como contrato, do quase-contrato, relação jurídica, situação jurídica, processo como instituição, processo como procedimento em contraditório, constitucionalista do processo e por fim a neoinstitucionalista do processo, que aqui defendemos.

Destacam-se também os princípios institutivos do processo, que são decorrentes do devido processo legal quais sejam: isonomia, contraditório e ampla defesa, este último abrangendo a obrigatoriedade da defesa técnica.

Na linha de raciocínio da teoria neoinstitucionalista, procede-se uma incursão no modelo sugerido para um processo administrativo pós-moderno, que só poderá ser efetivado a partir da “teoria discursiva do direito e da democracia” de Habermas, refletindo, ainda, sobre o papel da administração pública no Estado Democrático de Direito, chegando-se a conclusão que a concretização do atual paradigma caminha a passos lentos, sofrendo ainda influências do Estado Liberal e Social.

Por último, defende-se a inconstitucionalidade da súmula vinculante n.º. 05 face ao processo administrativo pós-moderno, considerando o princípio da ampla defesa na sua plenitude, abrangendo o direito constitucional ao advogado, como profissional indispensável à administração da justiça.

É asseverado neste artigo que no marco teórico em que vivenciamos não se pode admitir que a segurança jurídica tão defendida pelo STF se sobreponha aos

princípios e garantias constitucionais do processo que “são conquistas teóricas juridicamente constitucionalizadas que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no processo” (LEAL, 2008, p. 83), e considerando, ainda que “ o processo é instituição pública constitucionalizada de controle tutelar de provimento: sejam jurisdicionais, legislativos ou administrativos” (LEAL, 2008, p.83).

2 PARADIGMAS DO ESTADO DE DIREITO

2.1 O QUE É PARADIGMA?

Inicialmente cumpre dizer que para compreender o que é paradigma necessário se faz estudar Khun (1978, p.60-71) que na sua acepção paradigma é uma constelação de valores de uma sociedade em uma determinada época. Assim, “uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma e esta ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, poderemos considerar como dotados de uma solução possível” (KHUN, 1978, p. 60).

Na acepção da palavra, um paradigma pode ser entendido como “consenso científico enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo” (CANOTILHO, 1999, p.15), ou, são “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 2000, p. 43).

Porém, o foco do Processo não é a ciência social e sim o direito. Neste sentido:

As visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser realizados no contexto percebido de uma dada sociedade. Assim, um paradigma de direito delineia um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções normativamente a eles atribuídas (CATTONI, 2002, apud HABERMAS, 1997).

Nesta esteira, o presente capítulo visa estudar os paradigmas do Estado Liberal, Social e do Estado Democrático de Direito, sendo necessário entender que a partir da Constituição de 1988, a República Federativa do Brasil (art. 1º, da CF) passou a ser regida por um novo paradigma, qual seja: o Estado Democrático de Direito, e o

“processo administrativo pós-moderno”, notadamente o “disciplinar” só poderá ter validade se considerarmos o atual paradigma da Magna Carta.

2.2 O PARADIGMA DO ESTADO DE DIREITO LIBERAL

Cumpra inicialmente dizer que Locke e Montesquieu foram responsáveis por difundir as idéias do Estado Liberal.

O Estado Liberal representou a liberdade do homem perante o Estado, imperando a separação de poderes, a livre iniciativa, livre concorrência, propriedade privada, com uma divisão nítida do público/privado, com estrita observância ao princípio da legalidade, inspirando os direitos e garantias fundamentais.

Como se há de verificar, o paradigma liberal consagra o Estado, por meio do direito posto, “garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo” (CATTONI, 2002, p.55).

Assim, o importante aqui é a liberdade de todos, garantida de forma isonômica, sob a observância da estrita legalidade, garantindo os direitos individuais e fundamentais. Os atos jurisdicionais devem ser pautados pela Lei.

Neste sentido:

Saliente-se a propósito, que no Estado de Direito Liberal, as leis elaboradas pelos parlamentos visavam a proteger e garantir a esfera privada dos indivíduos contra as interferências governamentais e particulares. Neste mundo liberal, regido pelo mercado, havia segundo Adam Smith (1723 – 1790) uma “mão invisível” que garantia a sustentação da economia. O Estado era limitado à legalidade e essas leis, na primeira fase desse modelo de Estado, eram discutidas e aprovadas pelos representantes da “melhor sociedade”, já que o voto era censitário (DEL NEGRI, 2009, p. 68).

Assim, como há de se observar no Estado Liberal há um afastamento do Estado nas questões privadas. Aqui o indivíduo será livre, preso apenas a um formalismo que atinge a todos, inclusive ao Estado.

Cumpra ressaltar que:

Tendo como cerne de sua atuação a propriedade privada, o estado (instrumental) liberal, por via do estabelecimento da tripartição de poderes (...), visava garantir que a esfera privada dos indivíduos fosse protegida das interveniências súbitas e inesperadas dos governantes e também de outros indivíduos. Estes todos estariam adstritos à prática de atos autorizados em

leis previamente aprovadas pelos parlamentos (CORDEIRO LEAL, 2002, p.26)

Ocorre que o liberalismo criou um capitalismo monopolista, em que os ideais do paradigma desse estado de direito foi aproveitado somente pela burguesia, o que se tornou insustentável, surgindo assim o Estado Social de Direito.

2.3 O PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL

As idéias defendidas no Estado Liberal como o exercício das liberdades e igualdades formais, bem como, a propriedade privada, segundo Marx (2000, p.55) culminou por fundamentar idéias e práticas sociais no período que ficou caracterizado na história como de maior exploração do homem pelo homem.

Assim foi preciso reformular o papel do Estado na vida do homem, evitando problemas advindo do Estado Liberal. Desta feita, o estado de Direito Social ampliou a atuação estatal, sendo que aqui a autonomia pública prevalece sobre a privada.

Desta forma:

Esse novo paradigma efetivou-se por meio de um Estado intervencionista, mais atuante e preocupado em estimular o crescimento e o desenvolvimento das inúmeras atividades ligadas às áreas da saúde, educação, cultura, família e previdência social. Chega-se assim, à conclusão de que, no Brasil, esse paradigma socializante teve início com a Constituição de 1934. Nesse marco teórico, o estado abandonou sua posição de espectador, passando a interferir nos serviços públicos com uma linha de crescimento constantes nos empregos e nos impostos arrecadados, ocasionando, conseqüentemente, um maior “bem-estar” à sociedade (as aspas servem aqui para lembrar que, talvez, o Estado Social seja a radicalização do Estado Liberal, ao criar meios compensatórios para ter controle de massas. Às vezes, criam-se emprego e renda tão-somente para calar o cidadão) (DEL NEGRI, 2009, p.85).

Observa-se claramente que o Estado aqui assume a função de proteção dos indivíduos que já não são mais capazes de caminhar com a liberdade absoluta, sendo que tal intervenção criou na visão de Catoni (2002, p.64) os cidadãos-clientes do Estado.

2.4 O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição de 1988 trouxe uma nova proposta, qual seja: o Estado Democrático de Direito, que numa visão simplória caracteriza-se por reunir aspectos do

Estado Liberal e Social, buscando “reconstruir o potencial democrata radical já presente, na própria autocompreensão da modernidade” (CATTONI, 2002, p.64).

Assim, a legitimidade do direito passa “por um processo democrático através do qual os cidadãos alcancem um entendimento acerca das normas de seu viver em conjunto” (CATTONI, 2002, p.66).

Portanto, oportuno se torna dizer que:

A teoria da democracia só acolhe o republicanismo quando todos os integrantes da comunidade jurídica possam, de per si ou em litisconsórcio, instaurar procedimentos (com regência pelo devido processo) em todos os níveis de jurisdição, sem quaisquer ônus, ao controle como atividade reconstrutiva legitimante dos direitos positivados no ordenamento jurídico de paradigma democrático (PEREIRA LEAL, 2002, p.54)

Nesta ótica, o direito só será legítimo se decorrer de procedimentos institucionalizados que permitam ao destinatário da norma se reconhecer seu próprio autor. Neste sentido:

A teoria do discurso sustenta que o êxito da política deliberativa depende não da ação coletiva dos cidadãos, mas da institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes. Uma soberania popular procedimentalizada e um sistema político ligado às redes periféricas da esfera público-política andam de mãos dadas com a imagem de uma sociedade descentrada (CORDEIRO LEAL, 2002, p.64).

Aqui, surge uma nova proposta que é o marco teórico do atual Direito Processual Brasileiro pós 1988. Assim, o “processo administrativo” deverá ser estudado tendo como ponto de partida o atual paradigma em que o processo é uma garantia (direito fundamental), sendo instituto constitucionalizado, que se pauta pelos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, isonomia e devido processo legal.

Assim, o “processo administrativo pós-moderno” deve ser revisto sob a ótica do novo marco teórico brasileiro. É de bom alvitre ressaltar que neste artigo estudaremos o “processo administrativo disciplinar” no âmbito da administração pública, notadamente a compatibilidade da súmula vinculante nº. 05, que faculta a defesa técnica exercida por advogado no referido “processo administrativo”, face aos princípios institutivos do processo, como: ampla defesa, contraditório e isonomia, e demonstrar que este procedimento se mostra insuficiente para garantir ao servidor público um “processo” compatível com o Estado Democrático de Direito, já que mesmo com algumas garantias constitucionais, observa-se, por meio da súmula vinculante nº.

05, que o procedimento administrativo disciplinar se entrega ao decisionismo do julgador, ainda mais se considerarmos a falta de isonomia processual e ampla defesa, já que faculta à administração pública prosseguir com o procedimento disciplinar sem a presença de um profissional habilitado para defender o servidor.

Ocorre que antes de debater o tema central, necessário se faz discorrer sobre as diversas teorias do processo surgidas na história do direito e apontar qual será a teoria aqui adotada para que a Administração Pública possa garantir ao servidor um “processo administrativo disciplinar” compatível com o atual paradigma, qual seja: Estado Democrático de Direito.

3 AS TEORIAS DO PROCESSO NA HISTÓRIA DO DIREITO

3.1 TEORIA DO PROCESSO COMO CONTRATO

Conforme estudiosos a origem desta teoria se deu por meio de Pothier, que buscou suas raízes em Ulpiano e Rosseau.

O processo nesta teoria, inspirado em Ulpiniano, resulta “em juízo se contrai obrigações, da mesma forma que nas estipulações” (ALVIM, 2003, p.150).

Conforme se verifica, aqui se tem o espelho de uma atuação tímida do Estado frente ao exercício da jurisdição e uma forma bastante privatista do processo, concebido então sob a roupagem de um contrato.

Desta feita, nesta fase surge a "*litiscontestatio*" ou "*litis contestatio*", mediante a qual as partes vinham a juízo onde se lhes era concedida uma fórmula (segundo período de evolução), primeiro ao autor depois ao réu, e segundo a qual se comprometiam a aceitar a solução que fosse dada ao conflito por um terceiro, "*arbite*" ou "*iudex*" que não era o pretor estatal.

Nesta esteira:

Na fase remota do direito processual romano, O Estado não havia alcançado ainda um estágio de evolução, capaz de permitir-lhe impor a sua vontade sobre a das partes litigante. Procurava-se, por isto, uma justificação, pela qual a sentença pudesse ser coercitivamente imposta aos contendores. Isto era possível em virtude da *litiscontestatio*, em virtude da qual as partes convencionavam aceitar a decisão que viesse a ser proferida pelo *index* ou *arbiter* (ALVIM, 2003, p.150).

Assim, segundo Pereira Leal (2008, p.77), o juiz segundo esta teoria é o árbitro judicial e facultativo e não órgão jurisdicional monopolizador da jurisdição. Nesta ótica:

Tal facultatividade do exercício da jurisdição e esta ausência do monopólio do Estado nos soam estranho. Assunto que reservaremos para o momento oportuno. Diante do exposto, não nos resta dúvida que o processo para Pothier é um contrato realizado entre os litigantes que se firmava somente “com o comparecimento espontâneo das partes em juízo para a solução do conflito (PEREIRA LEAL, 2008, p.77).

Conclui-se que na primeira fase de evolução histórica do processo a *litiscontestatio* tinha por finalidade impor a decisão às partes.

3.2 TEORIA DO PROCESSO COMO QUASE-CONTRATO

Pode-se afirmar que a teoria do quase contrato surgiu da análise de que o processo não se enquadrava nas formas comuns de surgimento de obrigações.

Assim, verifica-se que não era um contrato porque sua criação não se dava por exclusiva ação da vontade das partes, que eram conduzidas a esta saída por força da lei. Assim sendo, “a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexos entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide” (LEAL, 2008, p.78).

O processo “não era um contrato, que pressupõe vontade livre, sendo algo semelhante a um contrato, algo como se fosse um contrato, embora contrato não fosse” (ALVIM, 2003, p.152).

Nota-se claramente a influência privatista desta teoria, que no atual paradigma pós 1988, jamais pode ser tolerada.

3.3 TEORIA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

Em 1968 Oscar Von Bülow em sua obra “Teoria das exceções e os pressupostos processuais” reconhece o atraso do direito processual em relação ao direito material e desenvolve a teoria da relação jurídica, passando a estudar sobre a relação jurídica processual ocorrente entre as partes e o juiz.

O exercício da ação, que para a teoria neoinstitucionalista chama-se direito-de-ação, dando vida ao processo, colocaria o Estado-juiz em uma situação de sujeito de

direitos e obrigações frente às partes, dentre as quais a principal seria a da prestação jurisdicional final.

Desta maneira, as partes igualmente teriam direitos e obrigações frente ao Estado-Juiz, mas não só esta categoria, como também as faculdades processuais. A partir da constatação da relação processual como uma realidade separada da relação de direito material encartada no processo, é possível construir uma teoria acerca dos pressupostos da relação processual, subjetivos e objetivos, hoje perfeitamente assentada na doutrina e no direito positivo.

É de bom alvitre ressaltar que apesar de ser o detentor da jurisdição, o “Estado-juiz não age de ofício; aguarda sempre a provocação de quem se julga com direito a uma prestação por parte de outrem” (ALVIM, 2003, p.163).

Ainda, é imperioso asseverar que esta teoria “predomina, até hoje, na confecção dos códigos e leis processuais, foi aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman” (LEAL, 2008, p. 78)

Assim, o autor, quando possui um direito de ação, poderá exercê-lo ou não, quando este “se dirige ao juiz, exercendo o direito de ação, nasce aí uma relação jurídica entre autor e o juiz” (ALVIM, 2003, p.164). Este vínculo, porém, para considerarmos relação jurídica processual deve completar-se, pois falta a presença do réu, que deverá ser demandado.

É através desta teoria formulado por Bülow que surge a instrumentalidade do processo ao definir processo como instrumento da jurisdição.

3.4 TEORIA DO PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

Esta teoria foi desenvolvida por James Goldschmidt que criticou a teoria do processo como relação jurídica.

Na visão do processualista alemão o processo representa uma situação jurídica de sujeição a um futuro comando sentencial em que materializam as expectativas dos contendores em relação a um resultado, que pode ser favorável ou desfavorável.

A norma jurídica, enquanto estática, tem ínsito um provável direito subjetivo e quando esta mesma norma é posta em atuação pelo processo, dito direito se converte em uma expectativa, funcionando a norma como critério para o julgador.

Goldschmidt “não admitia que o processo fosse uma relação jurídica, porque não concebia a existência de relação (nexo) entre as partes e o juiz e nem entre as próprias partes” (ALVIM, 2003, p. 158).

Assim, “o juiz atua por dever funcional, de caráter administrativo, e as partes simplesmente estão sujeitas à autoridade do órgão jurisdicional” (ALVIM, 2003, p.158).

Conforme há de se observar a teoria trata de regras e da imperatividade da norma jurídica sobre o juiz e os particulares, dando margem a um tecnicismo exagerado.

3.5 TEORIA DO PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO

Esta teoria tem como idealizador Jaime Guasp. Guasp “adotou o conceito de instituição, criado e consolidado no âmbito das ciências sociais” (ALVIM, p.153, 2003).

Desta maneira, as escolhas de determinados valores e comportamentos, quando alcançam um grau de abrangência significativo, sejam escolhas democráticas ou não, e neste último caso são impostas por uma estrutura de poder apta a impô-las, atingem a institucionalização, passando a valerem de per si, ou seja, adquirem dentro de um determinado espaço de tempo, uma inquestionabilidade.

Ocorre que o processo como instituição aqui adotada não é o mesmo da teoria neoinstitucionalista do processo. Nesta linha:

Releva dizer que, ao se cuidar de uma teoria neoinstitucionalista do processo em nossos dias, a que nos filiaríamos, não se levantam seus contornos teóricos e seus conteúdos lógicos pela acepção guaspiana de processo como instituição de índole sociológica, mas pela anterior e explícita construção constitucional de seus princípios claramente assegurados e agrupados como institutos separáveis de sua conceituação legal e vinculante da estruturação dos procedimentos na infraconstitucionalidade normativa (LEAL, 2007, p.82)

3.6 TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Foi o processualista italiano, Elio Fazalari, que desenvolveu esta teoria cujo objetivo foi estudar o “instituto do processo em conceitos que distinguem do procedimento que é a sua estrutura técnico-jurídica” (LEAL, 2008, p.83). Assim, convém ressaltar que:

O processo não se define pela mera seqüência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento direto ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma seqüência de atos exteriorizadores do processo, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual (LEAL, 2008, p. 83).

O procedimento para Fazzalari, não significa “conceito particular de uma disciplina, mas um conceito geral do Direito, e dever ser colhido, extraído, de um complexo de normas” (GONÇALVES, 1992, p. 109).

O procedimento, “corresponde a uma estrutura técnica construída pelas partes” (LEAL, p.83, 2008), e, ainda, caracterizado como sendo “atividade preparatória do provimento final” (PLÍNIO GONÇALVES, 1992 p.112). Seguindo esse raciocínio entende:

Fazzalari ao distinguir processo e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de processo, não fê-lo originariamente pela reflexão de direito-garantia. Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico constitucional das democracias o contraditório é instituto do direito constitucional (LEAL, 2008, p.83)

É sobretudo importante assinalar que esta teoria muito contribuiu para uma trajetória de novos rumos no estudo do Direito Processual, principalmente no desenvolvimento da teoria neoinstitucionalista, sendo importante ressaltar que na época os estudiosos não contavam ainda com a constitucionalização do contraditório como direito-garantia.

3.7 TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

O pesquisador mineiro, José Alfredo de Oliveira Baracho, ao lado do mexicano Hector Fix-Zamudio, conforme explica Leal (2008, p. 165) foram os precursores da teoria constitucionalista do processo.

Balizado pelos critérios do contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento regido pelas normas legais se eleva ao patamar de direito-garantia fundamental, indo além da especificação de instituto processual, para alcançar a categoria de processo como instituição constitucionalizada.

Nesta esteira:

“(…) o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição”. (LEAL, 2008, p. 84-85)

Como se vê, nesta teoria os princípios constitucionais acima elencados assumem uma alta importância para o processo, sendo o próprio sistema constitucional uma garantia do processo, inclusive da efetivação dos direitos constitucionais ali tratados.

3.8 TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

Inicialmente cumpre dizer, conforme explica Leal (2008, p.102) “A teoria neoinstitucionalista do processo nenhuma relação tem com as demais teorias”.

O ponto de partida para o entendimento desta teoria está no entendimento em que vivenciamos uma pós-modernidade, e o processo deve necessariamente se adequar a este fato. Nesta linha, a pós-modernidade “é um pós-mundo posto pelo homem sem pressupostos históricos condicionadores”. (LEAL, 2008, p. 51).

Assim, nesta pós-modernidade o processo como instituição se mede “pelo grau da autonomia jurídica constitucionalizada a exemplo do que desponta no discurso do nosso texto constitucional” (LEAL, 2008, p.21). Desta feita, no pós-modernismo “não pode haver também hierarquia de instituições jurídicas ou a prevalência de uma sobre as outras no bojo constitucional.” (LEAL, 2008, p.51).

Nesta esteira para Leal (2008, p.51-55) o processo na teoria neoinstitucionalista é instituição constitucionalizada que viabiliza o exercício efetivo dos direitos fundamentais e a legitimidade democrática dos provimentos estatais por meio dos princípios institutivos – contraditório, isonomia, ampla defesa, entre outros. Tais princípios visam garantir a construção participada do provimento, de modo que o procedimento seja legitimamente democrático. Não se restringe o processo ao âmbito judicial, abrangendo o âmbito administrativo e legislativo, assim como a vida cotidiana,

uma vez que visa a resguardar a legitimidade das decisões, de modo que os destinatários participem do processo decisório que lhes abrangerá.

4. PRINCÍPIOS INSTITUTIVOS DO PROCESSO

O processo, conforme a teoria neoinstitucionalista, que aqui defendemos, é uma criação constitucional, sendo “uma instituição jurídica com caracteriologia própria definidos nos princípios que lhe são integrantes, quais sejam: o contraditório, a ampla defesa e a isonomia” (LEAL, 2008, p.96).

Assim, explica Leal (2008, p.96) que os princípios têm nítida característica de “autênticos institutos”, ou seja, não há processo pós-moderno como direito-garantia constitucionalizado para exercício de direitos fundamentais sem uma base institutiva que são os princípios do contraditório, da isonomia e ampla defesa, e este último só terá efetividade com a participação dos advogados das partes, na estruturação de procedimentos sejam judiciais ou administrativos, com ampla atuação das partes na construção do provimento final.

4.1 O CONTRADITÓRIO

O contraditório de uma maneira simples pode ser definido como o direito das partes de serem ouvidas em simétrica paridade no processo. Nesse sentido:

O princípio do contraditório é referente lógico jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem (LEAL, 2008, p.97)

Assim, vê-se com clareza solar que o processo como instituto jurídico constitucionalizado para exercício de direitos e garantias fundamentais (direito-garantia), que garante às partes um efetivo discurso democrático preparatório na construção do provimento final, deve ser harmônico com o princípio do contraditório que só será efetivo se houver simétrica paridade entre as partes.

4.2 ISONOMIA

Na acepção genérica do termo, o princípio da isonomia é “equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres”. (BASTOS, 2008, p.317)

Já no campo do direito processual, o princípio da isonomia merece outra leitura, qual seja:

“O princípio da isonomia é direito-garantia hoje constitucionalizado em vários países de feições democráticas. É referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (Processo), uma vez que a liberdade de contradizer no Processo equivale à igualdade temporal de dizer e contradizer para a construção, entre as partes da estrutura procedimental. A asserção de que há de se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais é tautológica, porque, na estruturação do procedimento, o dizer o contradizer, em regime de liberdade assegurada em lei, não se operam pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual. O direito ao processo não tem conteúdo de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurador de igualdade de realização construtiva do procedimento. (LEAL, 2008, p.98).

Assim, como se há de observar a igualdade entre as partes é fundamental na estruturação e construção do procedimento sob a ótica do atual paradigma do Estado Democrático de Direito que só irá se implementar se a lei assegurar igualdade de tempo para as partes dizerem e contradizerem, participando assim, autor e réu de forma efetiva construção do provimento final (sentença).

4.3 AMPLA DEFESA

No tocante ao princípio da ampla defesa, que decorre do devido processo legal, pode-se definir este princípio como: “O direito processual garantido a um espaço procedimental cognitivo à construção de fundamentos obtidos dos argumentos jurídicos advindos de liberdades isonômicas exercidas em contraditório na preparação das decisões”. (LEAL, 2008, p. 171).

Neste sentido, com a garantia da ampla defesa como princípio institutivo constitucionalizado, e, ainda sendo direito fundamental, assegura às partes apresentar todos os elementos dentro da lei que visam a construção do provimento final.

4.3.1 A INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO COMO GARANTIA DA APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS INSTITUTIVOS DO PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ocorre que a ampla defesa só será efetivada de maneira plena com a presença de um profissional legalmente habilitado, já que se trata de profissional indispensável para a administração da justiça (art. 133 da CF). Assim, pode-se dizer que:

O direito da ampla defesa, como instituto constitucional expresso no due process (art. 5º, LIV e LV, CR/88), com os balizamentos teóricos aqui expostos, só se ergue, em sua efetividade, no direito brasileiro, pela participação dos advogados das partes ou interessados na estruturação dos procedimentos jurisdicionais, sejam ordinários, sumários, especiais ou extravagantes, porque qualquer ato jurisdicional sem a vinculação do advogado é ato ilegítimo pela falta de suporte constitucional a sua validade, conforme estabelece claramente o art. 133, da CR/88 (...) (LEAL, 2008, p.196)

Para Tavares (2008, p. 400) “a garantia da ampla defesa abrange o direito a defesa técnica, a fim de garantir a paridade das armas (*par conditio*), evitando o desequilíbrio processual, a desigualdade e a injustiça processuais”.

5 PROCESSO ADMINISTRATIVO PÓS-MODERNO

5.1 PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme aqui já exposto, a Constituição de 1988 trouxe para o direito brasileiro um novo paradigma, que é o Estado Democrático de Direito, que não pode ser resumido como muitos autores querem como sendo uma breve síntese dialética do Estado liberal com o Estado social. Claro que se pode dizer que o Estado Democrático de Direito reúne algumas características liberais burguesas juntamente com o Estado paternalista Social.

Afirma-se que no Estado Democrático de Direito, a legitimidade do direito passa “por um processo democrático através do qual os cidadãos alcancem um entendimento acerca das normas de seu viver em conjunto” (CATTONI, 2002, p. 86).

Ocorre que a concretização do Estado Democrático de Direito caminha a passos lentos e ainda sofre influências de paradigmas anteriores como já dito. Nesse sentido:

(...) O paradigma do Estado Democrático de Direito está em construção e sofre influencia dos velhos modelos, principalmente do liberal, na interpretação e aplicação (ou não aplicação) da Constituição e da legislação infraconstitucional, sobretudo na legislação processual ainda presa nas malhas do privatismo, do individualismo, do formalismo e de uma pretensa autonomia que a desvincula dos parâmetros da constitucionalidade e do primado dos direitos fundamentais (...) (ANANIAS, 2000, p. 37).

Restringindo a dificuldade da implantação do Estado Democrático de Direito no âmbito da administração pública, pode-se dizer que o resquício do Estado Social ainda domina a esfera pública, materializada em algumas causas, senão vejamos:

(...) concentração do espaço público no Estado, o crescimento desmesurado da Administração Pública, a sua ineficiência, o aumento da burocracia e o agravamento das contribuições exigidas dos cidadãos para suportar despesas crescentes da máquina estatal, bem como o aumento da corrupção – que se tornou um fato corriqueiro das Administrações Públicas em todas as partes do mundo (...) (FONSECA DIAS, 2003, p.151).

Assim, os velhos resquícios da burguesia liberal e do estado paternalista social não pode se sobrepor ao princípio da soberania popular e este princípio “impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas. Deve haver, portanto, a presença do elemento popular na formação da vontade do Estado e da Administração Pública” (FONSECA DIAS, 2003, p.151).

Aqui defendemos a aplicação na Administração Pública da “teoria discursiva do direito e da democracia” de Habermas, por meio da ampliação dos canais de comunicação pública e uma visão procedimentalista na formação do direito.

Habermas (1995, p.107-121) fala de uma visão procedimentalista de democracia e política deliberativa, procedimentos comunicativos, procedimento democrático, institucionalização dos procedimentos, modelo procedimental.

Ora, a participação da população nos processos decisórios estatais torna-se imprescindível no atual paradigma que é o Estado Democrático de Direito, “por meio da pluralidade de idéias, culturas e etnias da possibilidade de convivência de formas de organização e de interesses diferentes na sociedade” (FONSECA DIAS, 2003, p.151).

5.2 PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO

Não se pode olvidar que no âmbito de um processo administrativo pós-moderno as decisões só serão válidas se o procedimento realizado em contraditório for aplicado em simétrica paridade entre as partes, garantindo a ampla defesa, inclusive com a presença de advogado, que terá ampla oportunidade de argumentação com a finalidade de preparação do provimento final administrativo.

Assim, conforme explica Habermas (1995, p. 107-121) a decisão só será legítima aos destinatários finais se existir a institucionalização do procedimento, ou seja, cria-se aqui uma visão procedimentalista na formação do direito.

Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigados em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscados dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie de gênero de procedimento (...) a diferença específica entre procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do documento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento: é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos (PLÍNIO GONÇALVES, 2003, p. 68)

Nesta esteira, o processo é “espécie de procedimento em contraditório, entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do procedimento jurisdicional” (LEAL, 2008, p.84).

Ocorre que Leal (2008, p. 84) na sua conceituação neoinstitucionalista do processo fala em provimento jurisdicional e aqui trabalhamos o processo administrativo, especialmente o “disciplinar”. Diante disto, torna-se necessário o seguinte questionamento: A teoria do processo difundida por autores como Rosemiro Pereira Leal e Aroldo Plínio Gonçalves, inspirado em Élio Fazzalari pode ser aplicada no âmbito Administrativo?

Embora o autor fale aqui especificamente em provimento jurisdicional, inclusive porque se trata de uma obra científica voltado para o Direito Processual à luz do modelo constitucional, podemos considerar que configuram também processo os procedimentos administrativos e legislativos que visam um provimento a partir do contraditório. É o que se pode extrair também dos ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal: O processo é instituição pública constitucionalizada de controle tutelar de provimento: sejam jurisdicionais, legislativos ou administrativos. (ANANIAS DE SOUZA, 2002, p.31)

Assim, conclui-se que não só pode ser usada a teoria neoinstitucionalista no âmbito do processo administrativo, como também se torna obrigatória, ainda mais se considerarmos que o Estado Brasileiro, por meios de suas instituições públicas, é uma herança de um Estado Social paternalista, burocrático e autoritário.

Nesse sentido, explica Souza (2002, p.32) que o Brasil por ser uma herança de um estado paternalista “os procedimentos (“processos”) administrativos muitas vezes se fazem de forma unilateral, pesando a famosa balança em favor do Estado que teoricamente estaria representando os interesses públicos”. (Souza, 2002, p.32)

5.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº. 05 FACE AO PROCESSO ADMINISTRATIVO PÓS-MODERNO

A competência disciplinar do Poder Público consiste no dever-poder de apurar ilícitos administrativos e aplicar penalidades às pessoas que se vinculam, de alguma forma, à Administração Pública. O exercício dessa atribuição também é encontrado numa relação profissional, mediante a instauração de um processo administrativo para examinar se infrações funcionais foram cometidas por agentes no âmbito do Poder Público. Observe-se que o poder do Estado de punir seus agentes deve ser exercido quando necessário, mas deverá sempre ser apurado por meio de um processo adequado.

Além dos princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Constituição³, presentes em toda atividade administrativa, é necessário respeitar os princípios da isonomia, ampla defesa e do contraditório, estes dois últimos expressamente previstos na Constituição da República, no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Desta forma:

O princípio da ampla defesa, aplicado ao processo administrativo disciplinar, é compreendido de forma conjugada com o princípio do contraditório, desdobrando-se i) no estabelecimento da oportunidade da defesa, que deve ser prévia a toda decisão capaz de influir no convencimento do julgador; ii) na exigência de defesa técnica; iii) no direito à instrução probatória que, de um lado impõe à Administração a obrigatoriedade de provar suas alegações, de outro, assegura ao servidor a possibilidade de produção probatória

³Princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

compatível; iv) na previsão de recursos administrativos, garantindo o duplo grau de exame no processo (BACELLAR FILHO, 2008, p. 347).

Tais requisitos são obrigatórios para a concretização do princípio do devido processo legal previsto no art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Não foi apenas mera coincidência a previsão da necessidade de um devido processo administrativo legal com ampla defesa e contraditório no Título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Em primeiro lugar, o processo deve ser compreendido como uma garantia de todo aquele que está sendo acusado de uma determinada falta. Nesse sentido, o servidor, acusado de uma infração disciplinar, terá a oportunidade de apresentar a sua defesa e comprovar suas alegações no desenvolvimento de um processo administrativo. Este será o ambiente adequado e idôneo em que o acusado poderá defender-se.

Após regular processo administrativo, portanto, deve ser sancionado o servidor que, comprovadamente, cometeu ilícitos administrativos. Sanção administrativa, consiste na “direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo” (FERREIRA, 2001, p.34).

Em virtude do princípio da legalidade e da tipicidade, compete à lei definir qual conduta configura ilícito administrativo e a sua correspondente sanção.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº. 05, em sentido oposto à súmula nº. 343 do STJ, sendo que a referida súmula da suprema corte dispõe o seguinte: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição”.

Assim, observa-se que tal súmula está eivada de inconstitucionalidade já que fere de “morte” o princípio da ampla defesa que inclui o direito a defesa técnica. Nesta ótica pode-se afirmar que no atual processo administrativo disciplinar ao se aplicar a súmula do STF, o instituto “processo”, como direito-garantia constitucionalizado da parte, neste caso do servidor público, encontra-se ilegítimo, já que não garante o princípio constitucional da ampla defesa em sua plenitude.

6 CONCLUSÃO

Nota-se claramente que a edição da súmula pelo STF tem mero cunho político de “maquear” uma suposta segurança jurídica já que garante a manutenção de várias decisões proferidas em processos administrativos em que não foram observadas a garantia da atuação direta no processo por advogado.

Nesta esteira a decisão do STF parte do pressuposto que a decisão do julgador já traz uma segurança jurídica relativa e que a falta de defesa técnica produzida por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende o contraditório, isonomia, devido processo legal e ampla defesa.

Porém, no marco teórico em que vivenciamos não se pode admitir que a segurança jurídica se sobreponha aos princípios e garantias constitucionais do processo, já que “são conquistas teóricas juridicamente constitucionalizada que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no Processo” (PEREIRA LEAL, 2008, p.83), sendo perfeitamente aplicável no âmbito do processo administrativo.

Caso contrário estaríamos admitindo o esfacelamento do modelo constitucional do processo em que decisões vazias de um processo constitucional ilegítimo possam ter legitimidade.

Assim sendo, a ampla defesa no processo administrativo disciplinar só irá se concretizar com a atuação direta no processo de quem tenha habilidade técnica para realizá-la, que é o advogado.

**A SUMMARY OF BINDING UNCONSTITUTIONALITY No. 05 FACE TO
ADMINISTRATIVE PROCESS POST-MODERN**

ABSTRACT

This research study is characterized by the concept of paradigm, from the three paradigms in the history of law: the liberal state, the welfare state and democratic state. Then there is an exhibition of the historical evolution of theories of process, going by the theory of the case as a contract, quasi-contract, legal relationship, status, process as an institution, process and procedure in contradictory constitutional process and lastly the neoinstitutional process that we advocate here. Also noteworthy are the founding principles of the process, which is a result of due process which are: equality, contradictory and full defense, the latter covering the mandatory defense technique. Finally, it is argued the unconstitutionality of binding precedent paragraph. 05 administrative proceedings against the postmodern, considering the broad principle of defense in its fullness, including the constitutional right to counsel professionally indispensable to the administration of justice.

Keywords: Business Process Postmodern. No binding precedent. 05. Unconstitutional.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 26^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.

DEL NEGRI, André. Teoria da Constituição e do Direito Constitucional. Belo Horizonte. 1ª ed. 2009.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Direito Administrativo Pós-moderno. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas. São Paulo: Malheiros, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 43 et seq, 217-232.

LEAL, André cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.26.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo, ed.Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Coleção a obra-prima de cada autor. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, v. 1.

POPPER, Karl Raimund. (1959) **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1998.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.