

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

EDINILSON DONISETE MACHADO

EMERSON GABARDO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Edinilson Donisete Machado, Emerson Gabardo, Maria Tereza Fonseca Dias – Florianópolis:
CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-149-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública” I reuniu no XXV Encontro Nacional do CONPEDI um conjunto de artigos de alto nível. Reunidos na cidade de Brasília, pesquisadores de diferentes partes do país apresentaram temas originais e polêmicos mediante a construção de textos com alto requinte intelectual.

As discussões que se seguiram aos comunicados científicos também foram muito profícuas e propiciaram debates interessantes a respeito de questões como discricionariedade administrativa, participação popular, arbitragem, responsabilidade do Estado, parcerias público-privadas, competências federativas, desenvolvimento, serviços públicos, direitos fundamentais, licitações, contratos públicos, modelos de gestão, processo administrativo e sistemas de controle da atividade pública. De forma dialética, alunos de graduação, mestrado e doutorado, bem como professores e profissionais com diferentes formações colocaram suas posições com respeito e mediante a adoção de uma perspectiva dialógica horizontal, ou seja, manifestando posições convergentes e divergentes de forma democrática.

Como resultado deste processo estão sendo publicados neste volume os trabalhos selecionados pela comissão de avaliadores do Conpedi e que contou com a coordenação dos debates dos professores abaixo nomeados, que procuraram aprofundar as colocações feitas e apontar aprimoramentos importantes para a área do Direito Administrativo. Foi grande honra e satisfação da comissão ter compartilhado dos debates com os autores e demais participantes.

Destacou-se, neste grupo de trabalho, a interdisciplinaridade das temáticas do direito com as da gestão pública, mostrando os rumos para os quais caminha a pesquisa e as discussões da Administração Pública.

Merece parabéns o CONPEDI por realizar um evento tão sério e que já pode ser considerado o mais relevante momento de divulgação de investigações científicas brasileiras na área do Direito.

Bom proveito aos leitores.

Cordialmente,

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Centro Universitário Eurípedes de Marília

Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

Fundação Mineira de Cultura

Universidade Federal de Minas Gerais

FONTES DO DIREITO: ABORDAGEM À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL DISCIPLINAR

SOURCES OF LAW: APPROACH IN THE LIGHT OF DISCIPLINARY PROCESS RIGHT

Alexandre Dos Santos Lopes ¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar as fontes de direito que tem incidência e correlação com o direito processual disciplinar, sobretudo quando se percebe a reverberação dos influxos principiológicos e valores axiológicos advindos da constituição nessa espécie processual. Exorta-se que delinear as fontes de direito que guardam relação com essa espécie do processo administrativo, traduz-se em importante desafio, na medida que sua estruturação, notadamente na nova ordem constitucional (natureza pós-positivista), permite, partindo-se do olhar e filtro constitucional, definir mais precisamente a estatura, feição e densificação no contexto do ordenamento jurídico pátrio, possibilitando melhor emolduração da relação jurídica processual disciplinar.

Palavras-chave: Fontes do direito, Direito processual, Processo disciplinar

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the sources of law that has an correlation with the disciplinary procedural law, especially when you realize the reverberation of principles inflows and axiological values arising from the constitution that procedural species. Calls that outline the sources of law that are related to this kind of administrative process, translates into significant challenge, insofar as its structure, especially in the new constitutional order (post-positivist) allows, starting from the look and constitutional filter, define more precisely the height, feature and densification in the context of the Brazilian legal system, enabling better framing of disciplinary procedural legal relationship.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law sources, Procedural law, Disciplinary process

¹ Mestrando em Processo Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduado em Direito Processual pela UNISUL. Bacharel em Direito pela UFES. Professor da disciplina Direito Disciplinar na ANPRF

1. Introdução

Conforme enunciado pelo ilustre professor da Universidade de Florença, Mauro Capelletti, em sua conceituada e reconhecida obra *Acesso à Justiça*, “nosso direito é frequentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim” (CAPELLETTI e GARTH, 1988, p. 156). Por óbvio, a proposição, até mesmo por conta de sua densidade e argúcia, não parte de mim, mas dela me servirei, ao menos introdutoriamente, para iniciar nossa reflexão acerca das fontes do direito à luz da chamada processualística disciplinar.

O Direito Administrativo Disciplinar, ou apenas direito disciplinar, em certa medida, também sofre influxos da mesma natureza, na medida em que determinados temas, a partir de suas abordagens por parte da doutrina e jurisprudência, por vezes, não alcança o tema em toda sua potencialidade, levando-nos, com isso, necessidade de uma abordagem complementar em determinados assuntos, justamente para tornar o direito, tanto quanto possível, menos complicado.

De imediato, imperioso destacar que o Direito Administrativo Disciplinar cumpre duas funções. A primeira guarda relação com a previsão de forma geral e abstrata dos fatos considerados ilícitos administrativos e as respectivas sanções (visão material ou substancial). O segundo aspecto, por sua vez, relaciona-se com as condições e os termos do movimento destinado à averiguação pela Administração por certo agente de determinado fato e a correspondente reação, ou seja, a manifestação da visão formal ou processual (BACELAR FILHO, 1998, p. 35).¹

Surge, então, nessa perspectiva, o Direito Administrativo Disciplinar, enquanto sub-ramo do Direito Administrativo, trazendo consigo o processo disciplinar, com toda sua carga de vitalidade e importância para o regular funcionamento da administração e governança pública. É cediço, infelizmente, que o Direito Disciplinar é um tema pouco abordado nas cadeiras das faculdades do curso de Direito e que mesmo os manuais de Direito Administrativo dedicam poucas linhas ao tema.

Para melhor compreensão de como o Direito Disciplinar hodiernamente encontra-se inserido no sistema jurídico brasileiro é preciso, necessariamente, redirecionar os olhos para a Constituição Federal. Note-se, assim, não por acaso, no dizer de Pinto Ferreira (apud DA SILVA, 2003, p. 45), que a Constituição “é reputado como pedra angular, em que se assenta o

¹ Sobre o tema Romeu Felipe Bacelar Filho leciona “a ideia é tomada por empréstimo da conquista doutrinária operada no campo do processo civil e penal a respeito das relações entre Direito Material e Direito Processual. A “mútua complementaridade funcional” tem como ponto de partida a autonomia dos dois ramos. A adequada compreensão da autonomia passa pela ideia da afirmação de “província distintas”. Porém, antes de serem distintas são províncias ou “modos diversos de perspectivas o mesmo objectivo” (1998, p. 35).

edifício do moderno direito político”.²

Percebe-se, portanto, sem maiores dificuldades, que a norma disciplinar ordinária, assim como qualquer outra do sistema jurídico pátrio, não pode estar em desacordo com o texto constitucional. Pelo contrário, é preciso compreendê-la como manifestação primeira da norma fundamental, fundamento de validade de todas as normas do sistema (BOBBIO, 1996, p. 62). Nota-se, assim, que não há, no atual regime administrativo, como coadunar um Direito Administrativo autoritário, marcado por inobservância aos direitos e garantias do cidadão-administrado, incluindo, por óbvio, o servidor público no exercício de suas funções.

Destaque-se, nesse sentido, que o tratamento constitucional dispensado à Administração Pública é de extrema importância³, notadamente por ser “a mais problemática das funções do Estado e a mais rebelde de se submeter à ordem jurídica”, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (apud BACELAR FILHO, 1998, p. 26).

Percebe-se que se concretiza um movimento da Constituição em direção à Administração ou ao Direito Administrativo e da Administração e do Direito Administrativo para a Constituição (BACELAR FILHO, 1998, p. 27). Contudo, infere-se que este movimento de *constitucionalização* não é um privilégio apenas do Direito Administrativo, tendo sido experimentado também em outros ramos do Direito.

Decerto o Direito Disciplinar, assim como outros ramos, experimentou um significativo avanço com o advento da Constituição Federal de 1988. Não há dúvidas de que a CRFB/88 traça um novo referencial no sistema jurídico brasileiro, trazendo fortes influxos e densidade normativa e principiológica em diversos ramos do direito, dentre os quais o direito disciplinar.

A abordagem que se pretende ao longo deste breve ensaio acadêmico é a análise, em linhas gerais, das fontes do direito, concentrando atenção na relação dessas fontes com o Direito Processual Disciplinar, face suas peculiaridades enquanto ramo não autônomo do direito, vinculado por uma questão de lógica estrutural do ordenamento jurídico ao Direito Disciplinar – aqui compreendido, a um só tempo, em sua natureza processual e substancial –, o qual, por sua vez, encontra-se vinculado ao Direito Administrativo.

² Em complemento ao entendimento citado, José Afonso da Silva leciona: “significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”. (2003, p. 45)

³ No mesmo sentido Odete Medaur leciona: “Ao dispor expressamente sobre a Administração Pública em tais preceitos, a Constituição Brasileira de 1988 fixa as diretrizes fundamentais que dever nortear sua atuação; portanto, daí se extrai a conformação institucional e funcional da Administração Pública brasileira e os princípios informadores do próprio direito administrativo”. (1993, p.71-72)

Destarte, é preciso entender como e em que condições essas normas de aplicação no âmbito do processo disciplinar ingressam em nosso sistema jurídico, de forma a possibilitar melhor compreensão de sua estrutura, estatura e densidade normativa no contexto do ordenamento jurídico. Eis, então, ainda que em linhas gerais, o nosso desafio, o qual trataremos, ainda que sem a audácia de esgotá-lo, nas linhas sequenciais, de forma, aos menos, sistematizada.

2. Processo e Procedimento

Identificado a existência do processo no âmbito administrativo, faz-se necessário identificar a distinção entre processo e procedimento. De modo geral, tem-se que processo é conjunto de atos coordenados para obtenção de uma decisão sobre uma controvérsia (âmbito judicial ou administrativo); procedimento seria o rito processual, ou seja, o modo de realização do processo (MEIRELLES, 1993, p. 584; DI PIETRO, 2006, p. 601).

Na seara administrativa, vê-se, conforme sustenta Odete Medaur, que os muitos administrativistas têm receio em utilizar o termo processo, justamente para não confundir com o processo judicial (1988, p. 181). Preferem, então, muitas vezes, a utilização do termo procedimento, ainda que empregado sem o rigor técnico necessário. Ocorre, porém, que no aspecto substancial o procedimento distingue-se do processo. A sucessão encadeada de atos através de um rito próprio (procedimento), não pode ser confundida com a manifestação desses atos adicionado a cooperação de sujeitos, sob a ótica do contraditório (processo).

Nesse sentido, o procedimento é um sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício de poder (DINAMARCO, 1996, p. 131). Por sua vez, conforme bem ensina o mesmo autor, o procedimento manifesta-se como processo quando adicionada a cooperação de sujeitos, sob a ótica do contraditório (1996, p. 67).

Desta forma, infere-se que de procedimentos administrativos podem resultar processos administrativos, desde que caracterizado situação demandante de participação dos interessados em contraditório. Salienta-se que é nesse sentido que devemos compreender o conceito de processo e procedimento administrativos à luz do texto constitucional⁴.

Quando se pensa em processo (e procedimento), seja ele de natureza judicial ou administrativo, há, necessariamente, que se fazer referência à obra de Oskar Von Bülow, *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias* (1868). Percebe-se, desde então, de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do

⁴ Art. 5º, inciso 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 (CRFB/88).”

procedimento, interligando os sujeitos processuais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 277). Em outras palavras, é nesse momento da história que o processo começa a se desenvolver como ciência, com a percepção de sua autonomia e, consequentemente, sua separação da relação jurídica de direito material (ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 178).⁵

Importante registrar que a história do processo moderno (a partir do século XIX), pós-consolidação da apropriação estatal do processo pelo príncipe (Estado), resume-se no confronto e nas relações entre romanismo e germanismo, como ficou assentado em célebre preleção de Chiovenda, proferida em famosa palestra ministrada em 5 de dezembro de 1901, na Universidade de Parma. Para chegar a esse momento, é preciso relembrar que para Aristóteles havia distinção entre a 'apodítica', ou ciência demonstrativa e verdadeira, da dialética, aqui entendida como argumentação discursiva e provável (ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 67)⁶.

Foi por volta do século XVI, muito por conta do abuso da tradição dialética (abuso da argumentação), tornando o uso da retórica em simples ornamento, que ocorre a superação da “lógica do provável”, por uma lógica jurídica baseado no raciocínio apodítico. É nesse momento que o direito deixa de pensar orientado sobre o problema e passa para um modelo de pensamento baseado no saber científico, ou seja, de uma disciplina que estudava verdades prováveis, o direito tende, nessa perspectiva, a uma ciência das verdades absolutas.

É justamente nesse ambiente que surge a chamada “era das codificações”, onde a lei se apresentava de forma acabada, como verdadeira fonte primária e absoluta do direito. Buscam-se, assim, a um só tempo, a exclusividade das normas e a plenitude das lógicas de seu conteúdo. Não havia espaço para interpretação, já que a lógica sistematizada, decorrente

⁵ O autor sustenta que “o grande mérito do estudioso [Bülow] está na separação de duas ordens de relações: uma material, que se discute no âmbito do processo e que forma seu objeto; outra, processual, que se forma entre autor, réu e juiz (isto é, o Estado) e tem como objeto a prestação jurisdicional, sujeita a pressupostos especiais (os pressupostos processuais)”. (2014, p. 178).

⁶ Hermes Zaneti Júnior prossegue em seu raciocínio aprofundando o tema: “Anterior àquele momento é a passagem do *iudicium* ao *processus*: o primeiro extra-estatal, precedente ao domínio do príncipe; o segundo, estatal e publicista. Conforme Búlgaro (De Iudiciis), a noção e conceito de processo (*iudicium*) era: “*iudicium accipitur actus ad minus trium personarum, scilicet actoris intenditis, rei intentionem evitantis, Iudicis in medio cognoscentis*”. Ou seja, os sujeitos do processo judicial, que praticam atos no processo, são, em um “esquema subjetivo mínimo” de processo: autor-proponente, réu-oponente e juiz, entre ambos, conhecendo da argumentação jurídica. O termo *processus* só passa a ser utilizado a partir do séc. XIII, pelos canonistas, e vai refletir na estrutura do juízo apenas mais adiante, a partir dos sécs. XVII e XVIII, com a sua adoção principalmente pelos processualistas alemães (porque até então a utilização era apenas pragmática, como gíria forense, não adotada nem mesmo pela doutrina italiana, que era dominante naquele cenário europeu). Concomitante a esta adoção ocorre a passagem da pré-história da ciência processual à sua história, visto que o Direito Processual passa gradualmente a ser estudado como disciplina autônoma. Vale ressaltar: “a passagem do *iudicium* ao *processus* não se resolve somente em um problema terminológico. Trata-se muito mais de uma janela [olho mágico] através da qual é possível ver [antever] uma mutação radical no modo mesmo de conceber o fenômeno processual”. Uma mutação lógica: da lógica do provável, argumentativa e dialética, passa-se à lógica do “real”, demonstrativa e apodítica. Zaneti Júnior, Hermes. A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição.” (2014, p. 67-68)

do raciocínio apodítico, não possibilitava margem ao intérprete, que ficava restrito ao direito definido aprioristicamente, baseado em verdades absolutas. Acredita-se, nessa perspectiva, que a norma seria perfeita e que conteria todas as hipóteses de incidência.

Esse cenário somente cede espaço na segunda metade do século passado (séc. XX), no pós-guerra, quando o modelo baseado em uma lógica apodítica, ou seja, de verdades absolutas e postas de forma apriorística, se mostra insatisfatória para tutelar direito e a dar efetividade a essencialidade dos direitos fundamentais. É nesse contexto, no desenvolvimento do pós-positivismo, o qual é marcado fortemente pela hegemonia axiológica dos princípios, que exsurge um novo contexto jurídico marcado pela ascensão dos valores, reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais.

2.1 Direito Processual Disciplinar

De imediato, é preciso esclarecer que a compreensão de processo não se encontra restrita ao exercício da função jurisdicional (BACELAR FILHO, 1998, p. 50)⁷. No âmbito do direito administrativo, por exemplo, a expressão “processo administrativo” possui *status* de garantia constitucional, tal qual previsto no o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Acena-se, assim, valiosa a lição do processualista capixaba Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p. 79):

[...] o processo em sentido lato é um caminho, um instrumento racional, lógico, legítimo e democrático de permitir a atuação e exercício da função do Estado. Como as funções estatais são exercidas por intermédio de *poderes*, é certo que a atuação concreta dessas funções deve ser sempre feita mediante um processo, aqui visto como instrumento democrático de participação social e legítimo para atuação do Estado.

Na verdade, é preciso entender o processo como instrumento constitucional de atuação de todos os poderes estatais, resultando na formação de um núcleo constitucional comum de processualidade. O mencionado núcleo de natureza constitucional possibilita a aproximação entre o processo administrativo e o processo judicial, sem que, contudo, se perca a peculiaridade caracterizadora de cada processo⁸.

Nesse sentido, precisa a lição de Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 65):

Dentre os processos administrativos, que igualmente constituem canal para exercício do poder estatal, há os que mais se aproximam do jurisdicional, em suas formas e garantias (notadamente o processo disciplinar). Resta sempre, todavia, o valor conceitual e metodológico decorrente da diferença entre função jurisdicional e as outras estatais.

⁷ Ainda segundo Romeu Felipe Bacelar Filho, os processos “são jurisdicionais ou não, conforme se trate do exercício do conjunto de atividades denominadas jurisdição ou de outra manifestação do poder estatal”. (1998, p. 50).

⁸ Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Odete Medaur aludem à possibilidade de existência de uma teoria geral do processo. (DI PIETRO, 2006, p.598; MEDAUR, 1988, p. 181).

No tocante ao processo administrativo, veem-se algumas diferenças fundamentais em relação, por exemplo, ao processo judicial. No processo administrativo, diferente do processo judicial com relação trilateral (autor, réu e juiz), tem-se uma relação bilateral, entre administrado e Administração. Destarte, note-se que a Administração quando decide um processo administrativo (incluído o processo disciplinar) não age como terceiro estranho à controvérsia, tal como o Estado-Juiz no processo judicial. Pelo contrário, ao decidir a Administração atua como parte no próprio interesse e nos limites legais (DI PIETRO, 2006, p. 598).

A origem desse modelo linear (relação dual), no qual a Administração Pública atua a um só tempo, ainda que em momentos e por agentes distintos, seja enquanto comissão processante, seja como autoridade instauradora e/ou julgadora, remonta ao sistema disciplinar adotado em nosso modelo de sistema jurídico-administrativo. De regra, podem-se citar três tipos de sistemas disciplinares: i) hierárquico, ii) semi-jurisditionado e iii) jurisditionado (CARVALHO, 2001, p. 295).

O sistema hierárquico se assemelha ao modelo de ‘verdade sabida’, na medida em que a própria autoridade administrativa, de forma exclusiva, toma conhecimento da irregularidade, define a falta funcional, procede à apuração e aplica a reprimenda disciplinar.

No sistema semi-jurisditionado um colegiado independente e imparcial, após análise do conjunto de provas, formaliza a peça acusatória, com vistas a posterior julgamento pela autoridade superior, o qual tendo se mantido equidistante da instrução, terá a oportunidade de exercer seu poder disciplinar, julgando e, se for o caso, aplicando a penalidade.

Já o sistema jurisditionado, vigente em alguns países europeus que adotam o contencioso administrativo, é marcado pelo respeito e independência do direito administrativo material e processual disciplinar, normalmente funcionando como espécie de “justiça administrativa disciplinar”, através de câmaras ou estruturas similares, nos quais, de regra, há a figura do juiz, podendo estar associado, por exemplo, a integrantes que sejam servidores públicos, completando a composição.

A análise dos três modelos permite-nos concluir que o sistema jurídico brasileiro adota o modelo semi-jurisditionado. Mas nem sempre foi assim, na medida em que, na verdade, até a década de oitenta, adotava-se, como regra, o sistema de ‘verdade sabida’. Foi o advento da Constituição Federal de 1988, que forçou a releitura de diversos institutos jurídicos com vistas a potencializar os influxos do ideal do Estado Democrático de Direito, superando-se o modelo anterior que revelava descompasso com os valores e princípios

advindos com o novo marco constitucional⁹.

3. Fontes do Direito Processual Disciplinar: aspectos preliminares

A teoria das fontes, em sua origem moderna, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um ‘dado’, mas sim uma ‘construção’. Admite-se, assim, que as normas entram no sistema a partir de diferentes canais, os quais, com relativa independência, estabelecem suas prescrições (FERRAZ JR, 2001, p. 219). Em nosso sentir, e não poderia ser de outra forma, no direito disciplinar esse fenômeno não se manifesta de forma diferente.

Nesse sentido, conclui-se que o processo administrativo é gênero, do qual o processo disciplinar é espécie. Dessume-se, assim, que todo o processo disciplinar é processo administrativo, sendo inexato o reverso. O processo disciplinar é regido por normas e princípios que formam o universo do Direito Processual Disciplinar.

No tocante as fontes, conforme reconhecida classificação de José Armando da Costa, que nos serve de referência, extrai-se a existência dos seguintes afluentes: Constituição, lei ordinária, regulamentos, atos normativos internos, formulação do DASP, pareceres da AGU, jurisprudência, princípios gerais de direito e praxe administrativa (COSTA, 2005, p. 39). Acrescentamos, por vislumbrar sua importância no cenário das decisões de natureza administrativas, aspectos introdutórios acerca da chamada teoria dos precedentes (*stare decisis*).

3.1 Constituição Federal

Exorta-se, primeiramente, a necessidade de despertar nossa atenção no sentido de elevar a Constituição à fonte primária do Direito Processual Disciplinar. No dizer de Pinto Ferreira, a Constituição “é reputado como pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político” (apud DA SILVA, 2003, p. 45).

Em complemento à lição, acentua José Afonso da Silva (2003, p. 45):

[...] significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Percebe-se, portanto, sem maiores dificuldades, que a norma disciplinar ordinária,

⁹ Como evidência dessa (nova) visão constitucional, verdadeiro realinhamento de paradigma, a Lei nº 8.112/90, nos artigos 143 a 182, trouxe novo Regime Disciplinar aos servidores públicos civis da União, rompendo com o modelo anterior (Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952).

assim como qualquer outra do sistema jurídico pátrio, não pode estar em desacordo com o texto constitucional. Pelo contrário, é preciso compreendê-la como manifestação primeira da ‘norma fundamental’, fundamento de validade de todas as normas do sistema (BOBBIO, 1996, p. 62).

Esboçado as breves considerações, ainda que de forma superficial, passemos aos institutos constitucionais que mais relação guardam com a processualística disciplinar.

3.1.1 Devido Processo Legal: Contraditório e Ampla Defesa

No que concerne à garantia constitucional do contraditório e a ampla defesa, deixava-se margem a que juristas pretórios entendessem que tais garantias somente deveriam albergar acusados na seara do processo penal. Hodiernamente, felizmente, essa visão míope referente às garantias do contraditório e ampla defesa encontra-se totalmente superada nas trincheiras do direito pátrio.

Com efeito, no artigo 5º, incisos LV e LI da CRFB/88, o legislador constituinte não deixa dúvidas que os institutos da ampla defesa e do contraditório, no contexto do Devido Processo Legal, têm o condão de agasalhar todos os acusados, de processo judicial e administrativo, sem a menor restrição e por mais leve que seja a punição cominada.

No tocante a ampla defesa, Brewer Carías (apud MEDAUR, 1993, p. 114), salienta que:

O princípio da ampla defesa é marca registrada nas Constituições ocidentais, embora receba em cada uma delas menor ou maior abrangência. A sua origem, segundo muitos autores, seria divina porque até Deus, em toda a sua onipotência, deu a Adão a oportunidade de ser ouvido e defender-se antes de ser expulso do paraíso.

Uma visão, ainda que superficial, não obstante a amplitude e magnitude do tema, permite-nos apontar como desdobramentos da ampla defesa na seara processual disciplinar os seguintes pontos: direito das partes serem ouvidas, de apresentarem razões de convencimento, de produzir provas, de repelir provas ilícitas produzidas pela Administração, a exigência de acusação expressa e minuciosa para possibilitar a defesa, ciência prévia do desenvolvimento das fases, direito de indicar testemunhas, requerer e ver efetivadas as provas, produzir alegações etc.

Concernente ao contraditório apontam Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 57), no seguinte sentido:

Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis). [...] E, virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem.

Com efeito, identifica-se o contraditório como a necessária informação dos atos do processo às partes, possibilitando a reação aos atos desenvolvidos. Em outras palavras, poder-se-ia definir que a efetivação do contraditório importa real participação das partes no processo. Ainda, segundo magistério de Odete Medaur “significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios, ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem” (1988, p. 187).

Vê-se, portanto, ainda que de forma resumida, a envergadura e magnitude do direito à ampla defesa, sem o qual, aliado a garantia constitucional do contraditório, corolários que são do Devido Processo Legal, não há que se falar em regular processo administrativo disciplinar.

3.1.2 Da Proteção Judiciária (Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional)

O atual regime constitucional, através do artigo 5º, inciso XXXV, declara, sem exceção, que a lei “não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Aqui reside a cidadela do princípio da proteção judiciária, hodiernamente também conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

A proteção judiciária constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Em sede disciplinar, reveste-se da ideia de controle externo de legalidade dos atos praticados em sede do processo disciplinar.

Em síntese, traz à baila a possibilidade de suscitar a tutela jurisdicional do Estado, sem que haja a necessidade de, primeiramente, esgotar as vias internas administrativas. O melhor exemplo ocorre nas hipóteses de utilização de recursos de atos disciplinares punitivos, visto que para que se recorra de uma punição disciplinar, não é preciso exaurir as vias administrativas, sendo possível, de pronto, recorrer à tutela jurisdicional¹⁰.

3.1.3 Penalidade de Demissão

É cediço que nos mais variados regimes disciplinares a penalidade de demissão, em regra, é a punição disciplinar mais gravosa. É aquela cominada, invariavelmente, aos casos de infração disciplinar de maior gravidade. No serviço público, por ser a penalidade de maior temor, não é incomum encontrar servidores, conforme revela a praxe administrativa, que se referem à penalidade de demissão como a “pena capital”.

De fato, sem maiores dificuldades, é fácil compreender porque a demissão é penalidade mais temida pelos servidores. Seu reflexo mais notório, e por vezes o mais cruel, é

¹⁰ Para melhor compreensão do tema: RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, DJ 01/07/05 e RMS 24.901, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 11/02/05, ambos do STF.

a ruptura imediata da relação profissional entre o servidor e a Administração Pública. Representa, naquele momento, o fim do vínculo funcional do servidor em relação ao serviço público, sem prejuízo, a depender do ilícito praticado, de eventuais desdobramentos no âmbito cível e penal.

Nesse passo, achou por bem o legislador constitucional impor limites ao legislador ordinário e à própria Administração, objetivando estabelecer melhores garantias para o servidor público. Assim, nossa Carta Política estabelece que “o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitado em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurado ampla defesa” (art. 41, § 1º, CRFB). Trata-se, de norma cogente, de observância obrigatória no âmbito da Administração Pública.

Em relação aos servidores no chamado período de estágio probatório, como bem se observa, a Súmula 21 do STF¹¹ vedou a demissão sumária desses servidores, obrigando a Administração a dar-lhes conhecimento das alegações contra sua permanência no cargo e a dar-lhes oportunidade de defesa (MEDAUR, 1988, p. 187). Em nosso entendimento, ao menos no que toca ao contraditório e a ampla defesa, não há distinção entre o servidor efetivo e aqueles que ainda se encontrem em estágio probatório¹².

4. Demais Fontes Integradoras

Juntamente com a Constituição, fonte primária e de observância obrigatória em todo o sistema jurídico pátrio, é possível identificar outras fontes de incidência no Direito Processual Disciplinar.

4.1 Leis

A primeira fonte identificável é a lei enquanto “expressão da vontade geral”, conforme Carré de Malberg (apud CARRAZZA, 2002, p. 214). Lei em seu sentido formal, editado pelo Poder Legislativo, e ao Decreto-Lei baixado pelo Presidente da República, nos casos permitidos pelas Constituições anteriores e recepcionadas pela Carta Política vigente.

Conforme ensinamento de Roque Antônio Carrazza (2002, p. 215), Jellinek destaca que “no Estado de Direito o Legislativo detém a exclusividade de editar normas jurídicas que fazem nascer, para todas as pessoas, deveres e obrigações, que lhes restringem ou

¹¹ Súmula 21 do STF: Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

¹² Há precedentes do STF nesse sentido: RE 222.532, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 08/08/2000, Primeira Turma, DJ de 01/09/00. No mesmo sentido: AI 623.854-AgR, rel. min. Carmen Lúcia, julgamento em 2/08/09, Primeira Turma, DJE de 23/10/09. Vide: RE 378.041, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 21/09/04, Primeira Turma, DJ de 11/02/05.

condicionam a liberdade”. Devemos, com vistas determinar o sentido de lei, adotar o entendimento (significado), tal qual delineado pelo jusfilósofo alemão.

Nesse contexto, a lei deve ser entendida como ato normativo primário por excelência, uma vez que, obedecido apenas os ditames constitucionais, inova a ordem jurídica pré-estabelecida. Note-se que no tocante ao escalonamento das normas, a lei ocupa lugar de destaque, cedendo a primazia apenas a Constituição¹³, servindo de importante fonte para o processo administrativo disciplinar.

4.2 Regulamentos

O poder regulamentar é faculdade constitucionalmente outorgada aos chefes de Poder Executivo nas três esferas de governo. O Regulamento, por exemplo, em âmbito federal, é editado por decreto do Presidente da República. Ressalta-se, na espécie, que decreto, consectário lógico do poder regulamentar, tem natureza limitada; não podendo, pois, criar normatividade de inove a ordem jurídica, tal qual ocorre com atos do poder legislativo. Reforça-se, assim, que ultrapassando esse limite importa em abuso de poder ou usurpação de competência.

Como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello “o regulamento, além de inferior, subordinado, é ato dependente de lei” (2005, p. 318). Na linha do entendimento do administrativista paulista, infere-se que a finalidade do dever regulamentar é a de produzir normas requeridas para a execução de leis que demandem atuação administrativa ulterior, a bem de uma aplicação uniforme da lei.

Percebe-se que a zona do poder regulamentar cinge-se à fiel execução das leis, quer porque estas expressamente o exigem, quer por suas próprias iniciativas, quando o julgue indispensável ou conveniente. Esse é o poder regulamentar vinculado, nos termos do art. 84, IV, da Constituição Federal, que precisa ser compreendido e observado nas estreitas linhas estabelecidas no comando constitucional. Reforça-se, ainda assim, que o poder regulamentar, conquanto com a lei não se compare, detém forte incidência na dogmática processual disciplinar, revelando-se em sua dimensão como fonte a ser observado nessa espécie processual.

4.3 Atos Normativos Internos

¹³ Acerca do tema, esclareça-se que não se ignora a discussão concernente à posição hierárquica (*status normativo*) que envolve os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, notadamente com o advento do §3º, artigo 5º, da CRFB/88 (inserido pela EC nº 45): “os tratados que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, passarão a equivaler às emendas constitucionais”.

Tratamos na espécie dos atos normativos de eficácia no âmbito do interior da própria repartição pública. Normalmente tomam a forma instruções (de serviço ou normativas), ordens de serviço, portarias, avisos e circulares. De modo geral, esses atos possuem característica comum de estabelecer normas no interior das repartições públicas, em face de necessidade de disciplinar ocorrências de natureza interna.

Note-se que as normas podem variar de acordo com a abrangência do raio normativo e disciplinador. Por exemplo, uma norma expedida por um Ministro de Estado tem maior abrangência em relação à norma expedida por um chefe de departamento desse mesmo Ministério.

Conquanto tenham alcance reduzido, quando comparado as demais fontes, constituem indiscutivelmente importante instrumento informador da processualística disciplinar, mormente pela facilidade em atingir a efetiva publicidade em relação aos servidores, possibilitando o real conhecimento das normas internas, decorrente do moderado formalismo que o constitui e o caracteriza.

4.4 Pareceres da Advocacia Geral da União (AGU) e órgãos correspondentes

A Lei Complementar nº. 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia Geral da União), em seu art. 40, § 1º, estabelece que os pareceres do Advogado-Geral da União, devidamente aprovados pelo Presidente da República e publicados, vinculam à administração federal, ficando seus órgãos obrigados a lhe dar fiel cumprimento¹⁴.

A Advocacia Geral da União (AGU), através de suas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, constitui um dos órgãos, no âmbito da Administração Federal, que mais tem produzido, através de seus pareceres e notas técnicas, excelente manancial informador da boa processualística disciplinar.

Note-se, ainda, que esse modelo de funcionamento, que prevê pareceres dotados de efeito normativo, tem sido adotado em diversos casos no âmbito dos Estados (e até mesmo municípios), na organização interna dos respectivos órgãos de Procuradorias¹⁵ e órgãos técnicos, de natureza similar.

¹⁴ Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. § 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência. (Lei Complementar nº. 73/93)

¹⁵ Tome-se, por exemplo, a previsão contida na Lei Complementar nº 88, Estado do Espírito Santo: Art. 8º [...] § 1º - O Parecer, emitido por Procurador do Estado e aprovado pelo Procurador Geral, servirá de orientação jurídica para a decisão no caso concreto apreciado. [...] § 3º - O Pronunciamento do Conselho da Procuradoria adotado por seus membros, quando aprovado pelo Governador do Estado, terá efeito normativo para os órgãos da Administração Pública Estadual do Poder Executivo e será publicado no Diário Oficial do Estado. (Lei Complementar nº 88, Estado do Espírito Santo)

4.5 Formulações do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP)

As chamadas formulações ‘daspianas’ são oriundas do extinto Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), outrora responsável pela orientação, coordenação, controle, estudo e supervisão de todo o funcionalismo do governo federal.

Suas formulações, em que pese à extinção do órgão, para alguns autores¹⁶ (com o que não concordamos), continuariam a ter, consoante o art. 116, III, do Decreto-Lei nº 200/67¹⁷, caráter obrigatório no seio das repartições federais. Na realidade, as propaladas formulações do DASP tratavam de vários assuntos envolvendo o funcionalismo federal, com destaque para a normatividade disciplinar.

Assim, desde que não se choquem com novas diretrizes do funcionalismo, para aqueles que entendem por sua observância obrigatória, as formulações do DASP constituíram fonte do Direito Processual Disciplinar, em âmbito federal. Em nosso sentir, a bem da verdade, ainda que se entendam que possam ser observadas, as formulações do DASP, perderam espaço no âmbito da Administração Federal, sendo praticamente ignoradas, sobretudo diante ao arcabouço normativo e doutrinário de alta qualidade que tem sido produzido por órgãos federais, notadamente AGU e Controladoria Geral da União (CGU), devidamente alinhados com a Constituição Federal de 1988.

Sua inserção no rol de fontes deve ser analisada com as ressalvas necessárias, vez que as formulações (ainda) existem e são válidas, desde que alinhadas com a nova ordem constitucional e administrativa, servindo, atualmente, de fonte de consulta a parametrizar, sobretudo ao direito material disciplinar, mas, ainda assim, com algum potencial de impacto na processualista disciplinar. Trata-se de fonte, com as devidas ressalvas, que, não obstante os avanços dos últimos tempos na ciência do direito, ainda não devem ser ignoradas por completo.

4.6 Princípios

Os princípios gerais de direito “são os abstratos e gerais preceitos que constituem a

¹⁶ Cite, como exemplo, José Armando da Costa: “Vale reafirmar que o extinto DASP, como entidade central do sistema de pessoal civil da União, era o responsável pela orientação, coordenação, controle, estudo e supervisão de todo o funcionalismo da Administração Federal. Daí por que as formulações elaboradas por esse Departamento continuam a ter, consoante art. 116, inciso III, do Decreto-Lei nº 200/67, caráter obrigatório no seio de todas as repartições federais, desde que não colidam com as orientações oriundas de novos entendimentos consagrados pela atual Secretaria de Administração (SEAD)” (2004, p. 74).

¹⁷ Art. 116. Ao Departamento Administrativo do Pessoal Civil (DASP) incumbe: [...] III - Zelar pela observância dessas leis e regulamentos, orientando, coordenando e fiscalizando sua execução, e expedir normas gerais obrigatórias para todos os órgãos. (Decreto-Lei nº 200/67)

essência do Direito, os quais fornecem a seiva para a edificação de todo o arcabouço legislativo (COSTA, 2005, p. 80)”. Hodiernamente, não há como olvidar que a visão de princípios gerais de direito, consoante o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, cedeu espaço a uma verdadeira revolução principiológica, decorrente do forte influxo da nova ordem constitucional.

Nesse sentido, contemporaneamente, Paulo Bonavides sustenta que “os princípios são a alma e o fundamento de outras normas (2001, p. 231)”, sendo que “uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo (2001, p. 231)”. Destarte, é possível perceber a importância dos princípios, na medida em que se revelam a base, verdadeira viga mestra no qual está assentada a complexa estrutura de nosso ordenamento jurídico. Frise-se, assim, que são os princípios que dão fundamento às demais normas do sistema legal.

Ademais, nessa visão pós-positivista, os princípios são considerados mandamentos nucleares do sistema normativo, seu verdadeiro alicerce, traduzindo-se em disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão (DE MELLO, 2005, p. 882).

Nota-se que por não necessitarem de formulação expressa (positivada) para que tenham existência, muitos princípios não são encontrados à primeira vista no direito positivo. As prescrições positivadas, quando muito, apenas os mencionam, como, por exemplo, previsão contida no artigo 37 da Constituição Federal, que enumera os Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.¹⁸⁻¹⁹.

É preciso posicionar com exatidão o direito processual disciplinar, de forma a melhor delinear a compreensão dos aspectos relativos à incidência dos princípios na órbita do direito disciplinar, cujo a incidência, cada vez mais, nesse ambiente processual, se revela vigorosa, atual e necessária, sobretudo a partir dos vetores principiológicos e valores axiológicos.

Não por acaso, poderíamos, assim, alinhar que os princípios são considerados fontes normativas primárias de nosso ordenamento jurídico, constituindo mandamento nuclear do sistema, exercendo função de alicerce sobre o qual se apoiam as demais normas, possibilitando a inteligência e compreensão do conjunto.

4.7 Analogia e aplicação Subsidiária de Normas

Em geral, fala-se em analogia quando uma norma estabelecida com (e para)

¹⁸ A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (Art. 37, CRFB/88).

¹⁹ Há disposição semelhante no art. 2º da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito federal.

determinado *facti species* é aplicável à conduta para a qual não há norma, havendo uma semelhança entre ambos os supostos fáticos (FERRAZ JR., 2001, p. 296). Assim, nas hipóteses de omissão, o direito processual disciplinar poderá utilizar-se da analogia para recepcionar procedimentos consagrados em outros diplomas legais (até mesmo em relação a normas oriundas de níveis diferentes de governo).

Assim, assevera-se que por força da analogia, em medida excepcionalíssima, é possível, por exemplo, a utilização de norma processual disciplinar do governo federal no âmbito dos Estados, reciprocamente, desde que haja omissão e a norma utilizada não colida com os princípios regentes naquela esfera administrativa.

Vê-se, ainda, que o direito processual disciplinar encontra grande dificuldade quanto à capacidade de abrangência de suas regras. São muitas as questões que o legislador disciplinar se prostrou silente, imprimindo ao operador do direito disciplinar a necessidade de buscar em outros ramos processuais as respostas necessárias.

Há regimes disciplinares que preveem expressamente a utilização subsidiária de regras, por exemplo, do processo penal. É o caso do regime disciplinar do Ministério Público da União, que prevê de forma expressa, consoante artigo 261 da L.C. nº. 75/93, a utilização subsidiariamente de regras do Código de Processo Penal ao seu processo disciplinar²⁰.

No entanto, o exemplo contido do regime disciplinar do MPU não é regra entre os diplomas disciplinares. No silêncio da lei, a complementação do regime disciplinar por outra norma a de ser feita com muita cautela e critério, de modo a garantir a especificidade e efetividade do processo disciplinar, sem, contudo, ofender as garantias constitucionais asseguradas às partes.

Por fim, acrescenta-se, ainda, que a Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regulando o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, enquanto gênero, tem aplicação subsidiária ao processo disciplinar (espécie), desde que suas disposições não colidam com as normas específicas vigentes na Lei nº. 8.112/90²¹.

4.8 Jurisprudência e Teoria dos Precedentes (*stare decisis*): implicações na praxe administrativa

Por último, mas não menos importante, abordaremos a jurisprudência, enquanto fonte de direito. Para tanto, precisamos partir de algumas premissas de forma ao melhor desenvolvimento do tema. O primeiro, e talvez o mais importante, seja reconhecer que

²⁰ Art. 261. Aplicam-se, subsidiariamente, ao processo disciplinar, as normas do Código de Processo Penal. (Lei Complementar nº. 75/93)

²¹ Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei. (Lei nº. 9.784/99)

estamos diante de uma mudança de paradigma, no qual estamos caminhando a passos largos para superação de ideia de jurisprudência como fonte secundária do direito, deslocando o entendimento para o ideal de precedentes normativos formalmente vinculantes, como fonte primária de direito.

Outrora, em nosso sistema jurídico, a jurisprudência, notadamente dos tribunais, já havia alçado importante contribuição enquanto fonte normativa. O aparecimento de novos fenômenos, como é o caso da uniformização da jurisprudência, das súmulas dos tribunais superiores e das súmulas vinculantes, conferiu a jurisprudência uma força especial de orientação normativa e interpretativa.

Nessa perspectiva, a jurisprudência dos tribunais encontrava na via recursal - e mesmo nos casos de competência originária – forte vetor de uniformidade de julgamentos. Nesse sentido, enquanto fonte de direito, não poderia a processualística disciplinar ficar alheio a instrumento jurídico de tal envergadura.

Ainda nessa visão, que nos parece em grande parte superada, valho-me, apenas para contextualizar, dos ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para o qual “a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, fonte interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte de direito” (2001, p. 243). Outrora, já discordávamos desse entendimento; quiçá, então, atualmente, quando sabemos que se encontra em curso uma mudança de paradigma, que consiste em superar o caráter meramente persuasivo da jurisprudência para assumir nova envergadura, alinhado a teoria dos precedentes normativos.

Esse reconhecimento é, sem dúvida, consequência da necessidade de qualquer processualista, inclusive os chamados “padistas”, aqueles que atuam em processo administrativo disciplinar, compreender cada vez mais o modelo constitucional do processo. É preciso compreender qualquer processo (judicial ou administrativo) a partir dos valores e parâmetros constitucionais.

Mais do que nunca, a doutrina do *stare decisis*, ou seja, mantenha-se o decidido, se faz presente em nosso ordenamento jurídico, através do reconhecimento racional dos precedentes exarados no âmbito dos tribunais. Note-se que os principais objetivos da teoria dos precedentes normativos talvez sejam o incremento da racionalidade, igualdade, previsibilidade e efetividade do direito (ZANETI JÚNIOR, 2015, p. 1314).

Nesse sentido, a jurisprudência compreendida como conjunto reiterado de decisões revela, muitas vezes, a possibilidade de prejuízo da racionalidade da decisão em benefício, normalmente, de uma decisão individualizada para o caso concreto. Note-se que a decisão assim não é necessariamente universalizável e passa a atender casos isoladamente. Talvez, nessa linha, poderíamos até entender a jurisprudência como fonte secundária do direito, tal

qual sustentado, alhures, por Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Por sua vez, a teoria dos precedentes procura limitar a discricionariedade dos julgadores, vez que restariam vinculados às decisões que por categoria suficientemente amplas consigam abarcar os casos análogos. Essa concepção, que revela superação a ideia da ‘doutrina da jurisprudência’, de tradição *civil law*, somente é possível através de uma interpretação operativa que dê coerência e integridade ao sistema jurídico.

Destaca-se que o sistema de precedentes enfatiza além da segurança jurídica, a isonomia perante o Direito, evitando tratamento diferenciado entre os jurisdicionados. Assim, vê-se que não basta igualdade perante a lei, mas igualdade na própria interpretação da lei. O precedente constitui decisão acerca de matéria de direito, ou, nos termos do *common law*, de um *point of law* e não de matéria de fato. A maioria das decisões judiciais diz respeito às decisões de fatos.

Chamamos, assim, atenção à mudança em curso no âmbito da compreensão de jurisprudência a partir da teoria dos precedentes, de forte influxo no ambiente das decisões administrativas. O operador do direito disciplinar, assim como todos os demais, precisa, mais do que nunca, acompanhar essa tendência, aprofundando estudos nessa rica seara, abordando, por exemplo, temas como *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing* e *overruling*, analisando-os e trazendo-os, tanto quanto possível, para aplicação no âmbito das decisões dos atos de incidência disciplinar.

Daí a necessidade de contextualizar a praxe administrativa enquanto fonte de direito na órbita disciplinar. Na lição de José Armando da Costa a praxe administrativa é “a cristalização da atividade reiterada e uniforme da Administração no tratamento e solução de determinados casos (2005, p. 47)”. Parece-me, na espécie, que o brilhante professor de direito disciplinar, antevê, ao assim denominar praxe administrativa, o que tendemos a considerar como consequência da chamada teoria dos precedentes (*stare decisis*) no âmbito das decisões administrativas. Nada mais seria do que incrementar, em âmbito administrativo, critérios de racionalidade, igualdade, previsibilidade e efetividade do direito.

Registre-se, porém, que há autores que não reconhecem a praxe administrativa como fonte de direito, mas sim meras práticas do cotidiano da Administração que pela reiteração e uniformidade tem o potencial de levar a soluções em casos semelhantes, desde que não contrariem as normas expressas e os valores principiológicos que norteiam a Administração Pública²².

²² Nesse sentido, Themístocles Brandão Cavalcanti: “A verdade, porém, é que a praxe administrativa como o costume tem influência secundária na formação do Direito. Vale como elemento para justificar o procedimento da autoridade da fundamentação de suas decisões. Ali os precedentes constituem razão de equidade que servem

Conquanto reconheça que o tema de precedentes ainda revelará seu real e melhor contorno em nosso sistema jurídico, ainda assim, reforço, o entendimento de que a praxe administrativa reiterada e uniforme que já tenha levado, sobretudo quando da ausência de normatização expressa, a soluções de demandas administrativas, podem, uma vez evidenciado a observância da legalidade, segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança, tendo como referencial a racionalidade e a universalização da decisão, levar a superação do caráter meramente persuasivo da decisão, produzindo em sua essência um verdadeiro precedente administrativo.

5. Considerações finais

O estudo em questão objetivou, essencialmente, tomando como referência a classificação adotada por José Armando da Costa (2005, p. 39), entender como e em que condições as normas de aplicação no âmbito do processo disciplinar ingressam em nosso sistema jurídico, buscando identificar os possíveis canais que originam as chamadas fontes de direito. Os ensinamentos do citado autor muito contribuíram (e ainda contribuem) para uma análise científica do direito disciplinar, a partir de sua manifestação dogmática. Assim, o estudo em questão, em certa medida, tenta prestar uma singela homenagem a esse autor que tanto contribui para o desenvolvimento da dogmática do direito disciplinar em nosso país.

É bem verdade que nos últimos anos temos visto boas iniciativas, com destaque para o fortalecimento dos órgãos de controle interno, ouvidorias, corregedorias e elaboração de legislações que buscam garantir maior transparência no serviço público. No entanto, todas as iniciativas mencionadas são ainda recentes e precisarão de algum tempo para se mostrarem solidificadas no árido ambiente do serviço público, permeado por décadas por maus hábitos.

Surge daí a necessidade, cada dia mais atual, de compreender, vez por todas, a importância vital do sistema disciplinar, manifestado através da atividade processual, no bom e adequado funcionamento da Administração Pública. Para tanto, parece-nos cada vez mais necessário compreender a essência dessa relação a partir dos valores constitucionais subjacentes a todo ideal de Administração Pública descrito, tácita ou implicitamente, em nossa CRFB/88.

Compreender o caráter instrumental do processo passa necessariamente pelo adequado conhecimento das fontes de direito, que com o processo disciplinar guardem relação. Nosso objetivo, ainda que de forma sucinta, sem adentrar nos pormenores do tema, foi traçar, em linhas gerais, o conjunto das fontes de direito que atuam no processo

de fundamento para justificar determinadas decisões.” (1960, p. 71)

administrativo disciplinar, dando-lhe estatura, feição e densificação no ordenamento jurídico.

Note-se que as fontes de direito, tal qual delineadas alhures, permitem não só mostrar a gênese do processo disciplinar, mas, a um só tempo, a partir de sua origem, permite-nos traçar com maior precisão, diante do contexto jurídico vigente, a exata posição desse elemento de natureza jurídica na complexa estrutura normativa vigente em nosso país, que por muitos anos relegou a segundo plano qualquer processo administrativo.

Com efeito, reforço que compreender as fontes do direito que atuam no processo administrativo disciplinar, sobretudo permite ao operador ou estudioso do tema alcançar uma visão mais completa do processo disciplinar, permitindo utilizá-lo, numa perspectiva instrumental, alinhado de forma indissociável da ideia de pretensão de correção, ou, dito doutra forma, da justiça de decisão.

A necessidade de estudo das fontes do direito à luz do processo administrativo disciplinar ganha fôlego a partir dos fortes influxos decorrentes da força da Constituição e sua visão principiológica, no contexto do pós-positivismo, os quais devem, inevitavelmente, servir de referencial, nos dias atuais, para qualquer sistema jurídico que se pretenda estar alinhado com o Estado Democrático Constitucional; o que, por si só, já comportaria a necessidade de realinhar a própria compreensão de fontes do direito, assim como a classificação dessas fontes. Mas isso é tema que comporta outra análise, sob outro viés...

REFERÊNCIAS

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

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 7ª ed. Brasília: UNB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200/67. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em: 12.11.2015.

_____. Lei nº 8.112/90. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 12.11.2015.

_____. Lei Complementar nº 73/93. **Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm. Acesso em: 12.11.2015.

_____. Lei Complementar nº 75/93. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm. Acesso em: 12.11.2015.

_____. Lei nº 9.784/99. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 12.11.2015.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz das jurisprudências dos Tribunais e da casuística da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2001.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COSTA, José Armando. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- _____, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar nº 88/96. **Moderniza e reorganiza a Procuradoria Geral do Estado e dá outras providências**. Disponível em: http://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/LC%2088_1996%20com%20todas%20alteracoes.pdf. Acesso em: 12.11.2015.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: RT, 1988.
- _____. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.