

**MANIFESTO DA SECCIONAL DA OAB/SP EM APOIO AO PROCESSO DE
CANCELAMENTO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO COLENDO
PRETÓRIO EXCELSO PROMOVIDO PELA OAB FEDERAL.**

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo

Eminente Presidente Dr. Luiz Flávio Borges D'Urso

A Ordem dos Advogados do Brasil, através do seu Conselho Federal, promoveu o processo nº 2008.29.03159-01 motivado por proposta do Ilmo Dr. Vladimir Lourenço, Conselheiro Federal da OAB/MS e Vice-Presidente do Conselho Federal, visando unir esforços para obtenção do cancelamento da Súmula Vinculante nº 5, do Colendo Supremo Tribunal Federal, cujo teor é o seguinte:

“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição”.

Para relatar os autos foi designado o ínclito Conselheiro Federal Dr. Romeu Felipe Bacelar Filho, da OAB/PR, que através de minucioso estudo sobre o apaixonante tema do Direito Administrativo Disciplinar, discorreu sobre a necessidade do acolhimento da proposta inicial.

Demonstrou o renomado jurista, que o estado de direito defendido pela Constituição Federal em vigor não privilegia mais a prevalência do interesse público sobre o interesse individual, quando estiverem em jogo garantias impostergáveis do cidadão, tais como: a presunção de inocência, as garantias de prescritibilidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos inerentes.

Inspirado nesse mesmo ideal de justiça o Colendo Superior Tribunal de Justiça, aos 12 de setembro de 2007, por sua notável 3ª Seção, pacificou a controvertida questão relativa ao alcance do direito de defesa constitucionalmente assegurado aos litigantes em processo administrativo disciplinar, decretando a imprescindibilidade da defesa técnica em todas as fases do processo administrativo disciplinar, e a indispensabilidade do advogado como parte integrante da amplitude do direito de defesa.

Assim foi concebida a Súmula nº 343/STJ:

“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Nosso histórico legislativo demonstra que essa evolução jurídica tardou mais de um século, e para a devida constatação basta um retrospecto com lastro no nosso acervo constitucional.

A constituição do Império (1824) não previu expressamente o direito de defesa de forma ampla e contraditória, todavia o preconizou de forma implícita no seu artigo 179, ao assegurar aos brasileiros a inviolabilidade dos direitos civis e políticos que tivessem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (*caput*); os princípios da legalidade (I); da utilidade da lei (II); da irretroatividade da lei (III); da liberdade de pensamento e de imprensa (IV); da liberdade religiosa (V); da liberdade de ir e vir e de transportar seus bens livremente (VI); da inviolabilidade do domicílio (VII); da presunção da inocência (VIII); da liberdade provisória (IX); da excepcionalidade da prisão flagrancial e cautelar, excetuando os servidores militares (X); da garantia de instância (XI); da independência do Poder Judiciário e garantia da coisa julgada (XII); da isonomia (XIII); da igualdade de condições para acesso aos cargos públicos (XIV); da proporcionalidade e obrigatoriedade contributiva (XV); da isenção de privilégios (XVI); da proibição de instituição de foro privilegiado em causas civis ou criminais (XVII); do regime civil e criminal vinculado a “sólidas bases de Justiça e Equidade” (XVIII); da abolição de penas cruéis (XIX); da individualidade da pena criminal (XX); da salubridade das cadeias e da separação dos presos conforme as circunstâncias e natureza dos seus crimes (XXI); da garantia da propriedade privada e de indenização em caso de desapropriação (XXII); da garantia da dívida pública; da liberdade do trabalho (XXIV); da abolição dos tribunais de exceção (XXV); da garantia da propriedade intelectual (XXVI); da inviolabilidade da correspondência (XXVII); da garantia de recompensa por serviço relevante prestado ao Estado (XXVIII); da responsabilidade civil e criminal direta dos servidores públicos (XXIX); do direito de petição (XXX); do direito à saúde pública (XXXI); do direito à instrução primária gratuita (XXXII); da obrigatoriedade do ensino das ciências, letras e artes, nos colégios e nas universidades (XXXII); da garantia dos direitos individuais, exceto nos casos de instabilidade da segurança nacional (XXXIV e XXXV). Como se nota, para a época e para o tipo de regime de governo adotado pelo Brasil a Constituição do Império mostrou-se extremamente avançada, quando preconizou direitos e garantias individuais que foram preservadas ao longo do tempo.

Entrementes, não assegurou o Legislador do Império o princípio da amplitude e contrariedade do direito de defesa de forma expressa na Constituição, muito embora no Código Penal de 1830 tenha atribuído aos delitos reprimendas extremamente severas, como a pena de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados, desterro, galés e multa, as quais poderiam ser inclusive cumuladas. Não é crível que em face do gravame imposto pela norma penal não se observasse, no processo judicial, o direito de defesa amplo ou o contraditório.

Analisando o texto do artigo 179 da Constituição indigitada, vislumbra-se a exigência legal da identificação da autoridade que decretou a

prisão do autuado; a obrigatoriedade de imediata comunicação da prisão à autoridade judiciária (24 hs) e da declaração do seu motivo; bem como da identificação das testemunhas como início do processo de formação da culpa, tudo isso erigido como pressuposto da legalidade da prisão, tal qual está insculpido no seu inciso VIII. Isso deixa evidente que em matéria penal era assegurada a ampla e contraditória defesa. Assim não fosse não haveria necessidade da cientificação do réu acerca dos motivos da sua prisão; da identificação da Autoridade que a ordenou e a qualificação das testemunhas. Obviamente, dispondo de tais dados o réu teria condição de enfrentar a acusação, argüir suspeição ou impedimento do juiz, ou do acusador, bem como contraditar as testemunhas, além de produzir contraprovas em seu favor. Conclui-se de forma clara que a ampla e contraditória defesa era obrigatória, **mas apenas no processo penal**.

O Legislador constitucionalista de 1891, talvez atento a tal omissão, exaltou ao nível de garantia constitucional o direito em tela, como se nota na leitura da redação do parágrafo 16, do artigo 72, da *Lex Mitior* em foco.

“Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas”. (grifei).

Mais uma vez, a previsão legal **restringiu-se ao processo penal**.

Na Constituição de 1934, o direito de defesa foi previsto de forma sucinta remetendo à legislação ordinária a sua disciplina, como constou do item 24, do artigo 113, cujo texto é o seguinte:

“A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”.

Três anos após, na Constituição de 1937, a restrição do direito de defesa ao processo criminal tornou-se translúcida, não se podendo deixar transcorrer *in albis* a observância de que o “contraditório” foi elevado ao *status* de princípio indeclinável, na **instrução criminal**, como pode ser aferido no item 11, do artigo 122, onde constou:

“à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa” (grifei).

A Constituição de 1946 reproduziu quase que na íntegra a norma inserta na Constituição de 1891, aproveitando a novidade insculpida na constituição anterior acerca do contraditório, **todavia também vinculou-a à instrução criminal**, nos termos do artigo 141, § 25, vejamos:

“É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória” (grifei).

A Carta Política de 1967 manteve a regra relativa ao contraditório para a instrução criminal, porém suprimiu a referência à “ampla defesa e os recursos a ela inerentes”, consoante os termos do § 16, do seu artigo 150:

“A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu” (grifei).

Dois anos após, a Emenda Constitucional n. 01/1969, devolveu-nos a menção à amplitude do direito de defesa, tornando implícito o contraditório, nos termos do artigo 153, § 15, onde constou:

“A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção” (grifei).

Tradicionalmente, nossa ordem constitucional assegurou de 1824 até o dia 04 de outubro de 1988, aos acusados na instância criminal o direito de defesa ampla e contraditória, silenciando, todavia, em relação aos acusados no processo administrativo disciplinar, muito embora doutrinadores com a excelência de Hely Lopes Meirelles, Regis de Oliveira, Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Agrícola Barbi e muitos outros, defenderem a aplicação do direito enfocado, também nos processos administrativos sancionatórios. A tese exaltada por tais juristas e muitos outros, encontrava amparo no argumento de que sendo aplicável ao direito administrativo disciplinar os mesmos princípios do processo penal, não teria sentido subtrair do acusado no processo disciplinar o direito de defesa ampla e contraditória, com todos os recursos a ela inerentes.

Lançando uma pá de cal sobre essa divergência o Legislador constitucionalista de 1988, com sapiência, concebeu o direito enfocado no inciso LV do artigo 5º, da atual Constituição Federal, e o fez com a seguinte definição jurídica:

“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”. (grifei)

Não bastasse ter estendido a defesa ampla e contraditória ao processo administrativo, o Legislador ampliou a repercussão da cláusula constitucional aos acusados em geral, o que representou um avanço significativo para o nosso ordenamento jurídico, garantindo que ninguém poderá ser acusado e punido sem que tenha tido a possibilidade de defender-se ampla e contraditoriamente. Esse não foi, no entanto, o único ingrediente importante inserido

valendo ressaltar a inclusão do devido processo legal no rol das garantias constitucionais, cuja proteção declara o seguinte:

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Lapidar interpretação desse mandamento constitucional foi exarada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando agasalhou o voto do Eminente Desembargador Silveira Paulillo, que julgando o mérito de ação civil envolvendo discussão relativa à nulidade de ato administrativo disciplinar, assim se pronunciou:

“... De fato, o inciso LIV, do art. 5º da nova Constituição Federal, diz que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Bens aqui obviamente compreende as coisas corpóreas e incorpóreas e, pois, direitos. Não faria sentido entender-se que alguém não pudesse ser privado de um simples rádio portátil sem o devido processo legal, e pudesse, sem ele, ser expulso da Polícia Militar, com toda a desonra e as conseqüências econômicas de tal ato. E ao devido processo legal há de se dar o sentido que a ele dão os juristas norte-americanos: significa o justo processo legal.” (Apelação Civil nº 203.554-1/1).

Com a redação que o Legislador imprimiu no inciso LV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, o direito de defesa ampla e contraditória, corolário do devido processo legal, não poderia mais ser negado aos acusados em geral e aos litigantes em processo judicial e **administrativo**, mas só isso não bastava, eis que ainda se indagava no que consistiria a extensão da amplitude desse direito de defesa, e foi interpretando essa extensão jurídica que alguns doutos decidiram vinculá-lo a outra inovação da Carta Política de 1988, ou seja, a do seu artigo 133, onde consta o seguinte:

“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

O sentido de justiça não pode ser associado exclusivamente ao processo criminal, e ainda que o pudesse, não se poderia negá-lo na seara do direito administrativo disciplinar em razão da repercussão dos princípios do direito penal sobre o direito administrativo disciplinar.

Dentre as inovações constitucionais também se inseriu como dever do Estado a preservação da dignidade da pessoa humana e dos princípios da legalidade, proporcionalidade, moralidade, eficiência, segurança jurídica, razoabilidade e outros (Art. 1º, III, e art. 37, da CF). A desonra pela perda do cargo público é inescandível e indisfarçável, além disso, não podemos nos olvidar de que o funcionário público ao ser demitido, diversamente do que ocorre com o empregado da iniciativa privada, não recebe indenização alguma, ou pior, pode até ter ceifado o direito de concorrer a outro cargo público, o que por si só seria suficiente para justificar a necessidade da defesa técnica no processo administrativo disciplinar.

Foi dentro deste cenário que o Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, analisando a extensão da amplitude do direito de defesa, ressaltou o seguinte:

“...desde o regime constitucional pretérito já se concluíra que basta haver acusação e portanto, acusado para que o contraditório e a ampla defesa se imponham, como pressuposto de validade do conseqüente ato administrativo de caráter punitivo (...) Contudo, só isso não basta. Mais se exige para que o direito à defesa abandone o seu caráter formal e assumam ares de realidade. Deveras, não basta ao litigante tomar conhecimento dos fatos e provas contidas na acusação para ficar apto a defender-se. É necessário que, sabendo dos fatos a ele atribuídos, tome, também ciência das implicações e reflexos desses fatos no mundo jurídico. E esta orientação só pode ser dada por quem se encontre tecnicamente preparado para tanto. Bem por isso, é de notar, para atender à ampliação horizontal e vertical das dimensões do direito de defesa, a Constituição superou a antiga “assistência judiciária” para garantir aos necessitados “assistência jurídica integral gratuita”...”. (RE- 171.664-0/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence - grifei).

Naquela altura o preclaro Ministro já acenava com a imprescindibilidade do patrocínio do advogado para complementar a abrangência do mandamento constitucional. Note-se, por fim, que a Primeira Turma do Colendo Pretório Excelso acatou unanimemente o douto voto acima referido. Análogo entendimento somou-se a essa feliz interpretação quando o Íncrito Ministro Hamilton Carvalhido ressaltou:

“... o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, estabelece que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". O artigo 133, também da Carta Magna, por sua vez, preceitua que "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." E o Excelso Supremo Tribunal Federal já decidiu que ampla defesa significa dar ao réu todas as oportunidades e meios que a lei lhe propicia para defesa (RT 688/384). A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, por óbvio, é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. (MS 7078/DF).

Este v. julgado tornou-se paradigma para a prolação de outros acórdãos no mesmo sentido, firmados pelos Insígnis Ministros Laurita Vaz (MS9201/DF), Felix Fischer (MS 10565/DF), Gilson Dipp (RMS 20148/PE) e Paulo Gallotti (MS 10837/DF), os quais alicerçaram o Sumulado n. 343/STJ.

É surrealista o entendimento de que o próprio acusado tenha condições de patrocinar sua defesa, ou que outro funcionário da Administração Pública o pudesse representar na condição de defensor dativo, sem sofrer constrangimento.

Odete Medauar, com sua larga experiência pondera que:

“muito comuns se tornaram as frases, em tom de jactância, do seguinte teor: “Se acha que tem direitos, vá procurá-los no Poder Judiciário”, como se a função administrativa pudesse permanecer alheia a direitos dos indivíduos, como se fosse meritório deixar de reconhecer direitos de alguém”.¹

Não se concebe dentro desse panorama uma defesa meramente formal e sim com *“ares de realidade”*, como foi lembrado pelo E. Ministro Sepúlveda Pertence, e uma defesa real somente pode ser exercida por quem tenha conhecimento técnico e não possua qualquer vínculo de subordinação com os responsáveis pela lide disciplinar, ou seja, um advogado regularmente habilitado.

Portanto, se a Constituição Federal exige a participação do advogado nos processos judiciais também o exige no processo administrativo sancionatório, vez que a regra do artigo 5º, inciso LV, da CF, os nivelou a um só patamar, não reservando mais a defesa ampla e contraditória apenas ao processo penal.

O argumento que deu suporte à edição do Sumulado Vinculante nº 5, do C.STF, a tudo isso negaceou, fez-nos volver aos idos tempos da exceção em tema de Direito Administrativo Disciplinar, e constituiu-se em verdadeiro retrocesso.

Para profligar os efeitos salutares da Súmula nº 343/STJ, a União, nos autos do RE 434059, sustentou que a manutenção da súmula em tela provocaria sangria nos cofres públicos, eis que permitiria a reintegração de enorme quantidade de servidores que retornariam ao serviço público premiados com exorbitante indenização. O argumento foi acatado e a Súmula Vinculante nº 5 editada, ao arrepio de todo o esforço de mais de um século para modernizar as instituições brasileiras. Assim, quem se viu premiada com sua incúria e arbítrio foi a Administração Pública que não se modernizou.

O pior de tudo *permissa venia* é que a fórmula utilizada para alcançar tal resultado esbarra nos ditames do artigo 2º, da Lei federal nº 11.417/2006, como sobejamente demonstrado no processo patrocinado pelo nosso Conselho Federal.

Por todo o exposto, em defesa de uma visão moderna e contemporânea do Direito Administrativo, em prol de inúmeros servidores públicos atualmente processados à revelia da melhor aplicação do direito, e, em defesa de nossa classe que viu aviltada a letra do artigo 133 da CF, editamos este manifesto em repúdio ao Sumulado Vinculante nº 5, do C.STF, e o submetemos à elevada apreciação de V.Exa.

¹ ex vi Medauar, Odete – Direito Administrativo Moderno – RT, 4ª Ed., pag. 196

Comissão de Direito Administrativo

Dr. Paulo Lopes de Ornellas

Presidente

Dr. Felipe Boni de Castro

Vice-Presidente