



## Súmula Vinculante 5 restringiu a ampla defesa garantida pela Constituição

A Súmula Vinculante 5 restringiu a ampla defesa garantida constitucionalmente? O Supremo Tribunal Federal pode minimizar direitos e garantias individuais fundamentais para atender repercussão estatutária do Executivo? Antes de responder as seguintes indagações, vamos discorrer, em linhas gerais, algumas compreensões que antecedem o tema colocado. Nesse sentido, vejamos.

Foi consenso do Constituinte que o STF fosse o guardião último da Constituição de 1988, e, nessa qualidade, garantir e proteger os princípios fundamentais, sejam individuais, coletivos e difusos, a fim de superar as invertidas contra referidos direitos proporcionadas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário. E para bem cumprir a sua missão de guardião da Constituição de 1988, dotou-lhe de instrumentos, como ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, recurso extraordinário com efeitos transcendentais, mandado de injunção, mandado de segurança, habeas data e habeas corpus, além da instituição constitucional da reclamação para garantir as suas decisões.

Posteriormente, com a Emenda 45/2004, o Constituinte derivado deu, para o STF, mais um instrumento de proteção da Constituição: a Súmula Vinculante, que tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Dito de outro molde, em razão do princípio da federação, racionalizou a interpretação da Constituição.

De já, vale ressaltar uma advertência: o STF não pode escolher uma interpretação para as normas constitucionais que atendam interesses político ou econômico do Executivo ou do Legislativo. Isso é contra a idéia de princípios, aqui entendidos como “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão da moralidade”.[\[i\]](#)

Feitas essas colocações iniciais, passaremos ao estudo da Súmula Vinculante n. 5, objeto específico do nosso estudo, visando compreender se o entendimento abstrato adotado pelo STF restringiu a ampla defesa, assegurada no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição de 1988. Em outras palavras, a interpretação vinculante violou os princípios da igualdade, da proteção deficiente do bem jurídico da ampla defesa?

Vejamos o teor da Súmula Vinculante 5 do STF:

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

Agora, vejamos o que diz o paradigma constitucional que trata da ampla defesa:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o



contraditório e ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes”. Grifei.

A referida súmula vinculante veio ao mundo jurídico brasileiro a pedido do Executivo federal, em face do Recurso Extraordinário 434.059, de relatoria do ministro Gilmar Mendes.

Lendo os votos dos ministros do STF, especialmente do relator Gilmar Mendes, já que os demais apenas disseram amém, constata-se que 3(três) são as justificações – no caso, restritivas de direitos fundamentais –, que chamam atenção.

Primeira, do voto da Ministra Carmem Lúcia:

“Se analisarmos as obras e as monografias, veremos que este é um capítulo muito especificado hoje. A doutrina tem entendido que só em dois casos o servidor poderia falar: quando alega e comprova que a questão é complexa, exige certo conhecimento que escapa ao que lhe foi imputado, vindo a manifestar-se como inapto para exercer a autodefesa; e nos casos especificados, em que essa facultatividade não seria bastante para não se ter mais do que um simulacro de defesa”.

Se assim é, todos os casos que envolve demissão ou cassação de aposentaria são complexos, e, portanto, necessário se faz um acompanhamento técnico. Afirmo.

Nessa trilha, a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, por exemplo, manifesta, a contrario sensu, pela afirmação esposada no parágrafo anterior, ao prescrever que não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas que envolvam as ações de improbidade administrativa e que tenham por objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicada a militares (art. 3º, § 1º, incisos I e IV). De igual teor, a recente Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, art. 2º, § 1º, incisos I e III.

Dessa forma, questiono, mais uma vez, se o servidor, que não seja técnico em direito, como saber o que é uma questão complexa? Como saber se defender se o caso dele merece a promoção de incidente para ter direito um acompanhamento de um advogado? O que é simulacro de defesa? O servidor, sem entendimentos técnicos em direito, sabe identificá-lo?

Está-se a ver que, para o processo administrativo que veicula pena de demissão prescinde de defesa técnica, mas, para o mesmo fato, se o processo corre judicialmente, indispensável a defesa técnica por parte do advogado por força do artigo 133 da CF/88!

Assim, como entender razoável essa Súmula 5, se ela fere de morte o princípio maior da nossa República Democrática de Direito, que é a igualdade de todos perante a lei. Segunda, a do voto do Relator ministro Gilmar Mendes, explicando a interpretação restritiva que o STF vem dando a certos diplomas legais, de forma afastar a intervenção da advocacia a cumprir seu papel de defender a ordem jurídica:

“Ressalte-se que mesmo em determinados processos judiciais – como no habeas corpus, na revisão criminal, em causas da Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais – esta Corte assentou a possibilidade



de dispensa da presença de advogado. A propósito, destaquem-se ADI 3.168/DF, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, *DJ* 02.08.2007; ADI 1.127/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acordo Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* 26.05.2006 e ADI 1.539/UF, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 05.12.2003...”. E para dar sustentação a tais interpretações reafirma que, “nesses pronunciamentos, o Tribunal reafirmou que a disposição do art. 133 da CF<sup>[ii]</sup> não é absoluta, tendo em vista que a própria Carta Maior confere o direito de postular em juízo a outras pessoas”. Grifei.

Passando em revista novamente o dispositivo contitucional, que asseguram a ampla defesa(técnica), art. 5º, inciso LV, assim diz:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes”;

E, para garantir, tecnicamente, a ampla defesa, o Constituinte inicial dispensou, expressamente, pela primeira vez, numa Constituição, no caso a de 1988, a Advocacia o papel de defesa não só da ordem jurídica, mas sobretudo das instituições do Estado Democrático de Direito, concedendo, para o mister do advogado, a imunidade material penal indispensável na sua missão constitucional a ver no art. 133, que assim diz:

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

A defesa da ordem jurídica equivale à defesa do devido processo legal, tendo como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, consoante determina a Constituição (artigo 5º, LV).

Vê-se que o Constituinte originário, em nenhum momento, relativizou a ampla defesa, seja em atividade jurisdicional, seja em atividade administrativa, desde haja litigantes em geral. O Constituinte inicial não fez uso de expressões como, nos termos da lei, nos limites da lei, enfim, como o fez em outros dispositivos fundamentais. E por que não relativizou a ampla defesa não esfera administrativa disciplinar? Justamente porque somente a defesa técnica – no sentido de ampla defesa – é independente e efetiva.

Nesse diapasão, não é razoável esperar de um servidor, envolvido emocionalmente com o fato, a ter independência para realizar uma defesa técnica de uma falta que a Administração, com todo seu aparato logístico técnico, lhe está imputando, principalmente quando essa Administração é detentora de regime estatutário que, abstratamente, restringe a liberdade de expressão.

Vejamos, a título de exemplo, três dispositivos da Lei 4.878/65, que dispõe sobre o Regime Jurídico Peculiar aos Funcionários Policiais Cíveis da União e do Distrito Federal, que dificultam a independência de o servidor defender-se, pessoalmente:

Art. 43 – São transgressões disciplinares:

I – referir-se de modo depreciativo às autoridades e atos da administração pública, qualquer que seja o



meio empregado para esse fim;

II – divulgar, através da imprensa escrita, falada ou televisionada, fatos ocorridos na repartição, propiciar-lhes a divulgação, bem como referir-se desrespeitosa e depreciativamente às autoridades e atos da administração;

XLII – dirigir-se ou referir-se a superior hierárquico de modo desrespeitoso;

Diante de tais dispositivos ordinários de textura amplamente abertos, que estão em plena vigência, mas de duvidosa validade constitucional, pode um funcionário, pessoalmente, defender-se, com independência, como suas manifestações, opiniões e atos, dentro do processo, a salvo de inviolabilidade? Sem essas garantias, pode o servidor, na qualidade de acusado, defender-se plenamente diante dos dispositivos abertos para interpretações discricionárias a favor da administração?

Terceira, a justificativa da formulação do verbete: “...temor de anulação de processo, tendo em vista a repercussão que esse julgamento pudesse ter sobre os demais casos”. Grifei.

Aqui está a violação dos princípios de justiça que dão sustentação ao Estado de Direito Democrático da República brasileira.

Nesse sentido, calha bem o alerta feito por Lenio Luiz Streck<sup>[iii]</sup> ao dicorrer sobre a efetividade da Constituição: “Nesse sentido, a pretensão efetiva é de que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição. A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se “interpõe entre o Estado e a Sociedade. A Constituição dirige; constitui. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois!” Grifei.

Vê-se, em síntese, que as três justificativas apresentadas para enunciação do verbete vinculante lastreiam-se na teoria de Alexy,<sup>[iv]</sup> a qual revela que os princípios são *mandamentos de otimização*, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Ou seja: a velha discricionariedade do positivismo – no caso, de Hans Kelsen – dada aos juizes para colmatar situações jurídicas ou fáticas que possam atender interesses político, jurídicos e econômicos etc (*tendo em vista a repercussão que esse julgamento pudesse ter sobre os demais casos*) . Em sentido inverso, é interpretar a Constituição a partir de leis infraconstitucionais. Pasmem. A legalidade ainda tem o condão de ser superior a própria Constituição quando argumentos de política estão acima dos argumentos de princípio.

Não é outra conclusão que se chega a feita pelo ministro Gilmar Mendes de que determinados processos judiciais — como no Habeas Corpus, na revisão criminal, em causas da Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais — a Corte assentou a possibilidade de dispensa da presença de advogado, revela bem o quanto o núcleo essencial-fundamental da Constituição, para ser efetivo, fica a depender da interpretação dada a lei ordinária para cumprir o escopo Constitucional na medida da interpretação do possível. É a interpretação da reserva do possível do Direito em favor do Estado, não da sociedade! Isso



dito de outro modo: A Constituição está aí, dizendo que a todos tem direito a ampla defesa, ah, mas o Estado não tem condições de suportar ônus financeiro se a ampla defesa técnica aplicada aos processos disciplinares for colocada em prática. O Estado não pode se adequar a essa realidade, mas o funcionário pode (peso menor).

É a lei do mais forte que corre para a interpretação de menor efetividade da Constituição. Em outros termos, é a conveniência financeira do Estado, ditada discricionariamente, que determina a interpretação e a aplicação da Constituição.

É bem de ver que todos os dispositivos dos processos citados acima, que dispensam advogados, são inconstitucionais, já que o Constituinte originário não relativizou a ampla defesa técnica, até porque ampla defesa técnica no período militar, experiência colhida pelo Constituinte, foi de inexistência, apesar da Constituição de 1969 garantir abstratamente, mas negado na prática, conforme estudos nesse sentido.

É inconstitucional, também, por ofender o princípio da proporcionalidade na sua face de proteção insuficiente do bem jurídico da ampla defesa.

Assim, a Súmula Vinculante blindou contra a inconstitucionalidade do art. 156 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, elaborada ainda no rescaldo do regime anterior, na parte em que “é assegurado ao servidor acompanhar o processo pessoalmente”, em atenção à conveniência financeira e jurídica (anulação de vários processos) do Executivo.

Nesse diapasão, a sociedade brasileira não pode abrir mão deste bem jurídico essencial, imprescindível para tolher arbitrariedades, caprichos, tiranias dos Poderes Públicos em nome do Estado, que é a defesa técnica patricinada pelo advogado.

Em face do exposto, o STF, alçado a poder de interprete maior e decisivo da Constituição, até que o Legislativo, como intérprete inicial representativo, não reveja análise interpretativa firmada pelo Guardião da Constituição, salvo em assuntos inerentes a este, pode, como base na teoria de Alexy, otimizar (minimizando) a garantia da ampla defesa, sem autorização do Constituinte originário?

Cotejando com outras garantias constitucionais, a exemplo do inciso XII, do artigo 5º, da CF/88, para responder a indagação do parágrafo anterior, vejamos o que assim diz sobre a inviolabilidade da correspondência:

“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Grifei.

Percebe-se, assim, que, a garantia das correspondências, em sentido de gênero, foi minimizada em umas de suas espécies, comunicações telefônicas, feita próprio Constituinte, não deixando ao sabor interpretativo do STF.

Isto quer dizer que, quando se cuida de direitos e garantias individuais a interpretação que se deve dar é



---

de máxima efetividade desses direitos e não ao contrário (mínima efetividade).

E para manter a coerência interpretativa constitucional, de fazer valer a força normativa das garantias individuais, o Constituinte assegurou, de forma definitiva, que nenhuma proposta de emenda à Constituição será objeto de deliberação que tendem abolir os direitos e garantias. Vide artigo 60, §4º, inciso IV, da CF/88.

Em outras palavras, o que está previsto no Título II, do Capítulo I, da Constituição de 1988, mais precisamente no artigo 5º e incisos, que trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais, jamais podem sofrer uma interpretação de “baixa constitucionalidade”, que lhes retirem a suas efetividades frente ao Estado, sejam através de leis infraconstitucionais, seja através de interpretação judicial vinculante.

Ao dar uma interpretação de menor efetividade a esses direitos individuais, o STF nega a força normativa da Carta Magna brasileira, com implicações de negatividade da dignidade da pessoa humana, como forma de também negar o Estado Democrático de Direito.

Voltando a Súmula Vinculante 5 do STF, ao retirar a defesa técnica obrigatória, que integra a ampla defesa constitucional do processo administrativo disciplinar, feriu o princípio da igualdade que norteia a República brasileira, dando ao Estado executivo federal, estadual, distrital e municipal meios para flexibilizar a estabilidade do servidor público de forma camuflada. A forma de governo República impõe igualdade entre governantes e governados, e assim, opõe a toda forma de tirania.

‘Nesse sentido, novamente, o Constituinte de 1988, conhecedor do regime ditatorial, de pensamento único, que estava sendo substituído pela democracia, de diversidades de pensamentos, clausulou no art. 133 da Constituição de 1988, a seguinte garantia para a sociedade brasileira: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Vale ressaltar que a justiça citada nesse dispositivo constitucional se estende também a justiça administrativa, já que no processo administrativo há litigantes. Não há interessados.

Mas qual a razão da advocacia ser indispensável para a sociedade brasileira democrática? Bem, sabemos que o Ministério Público, dentre outras funções, é o defensor da sociedade em pautas coletivas e difusas que dizem respeito à proteção da República, funções essas consignadas no art. 129 da CF/88.

Já Advocacia é o contrapeso da sociedade frente tirania dos Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário). Ela é instrumento de resistência da sociedade quando a ordem jurídica está a serviço do absolutismo do Estado, aqui entendido, novamente, nas suas três funções, executiva, legislativa e jurisdicional.



Concluindo, o STF, ao interpretar a dispensabilidade do advogado no processo administrativo disciplinar, restringiu a ampla defesa com as técnicas reducionista e utilitarista próprias de argumentos de política. E com uma agravante: por ser súmula vinculante, os demais membros do Judiciário estão até mesmo privados de analisar, como preliminar, uma arguição de inconstitucionalidade da própria súmula. Ora, podem fazer da lei, não da súmula vinculante. Pasmé.

E como fazer para sair desse impasse?

A Constituição possui instrumentos de resistência quando a ordem jurídica está sendo ferida. A sociedade organizada, seja por parte dos operadores do direito, seja por parte de organismos de proteção dos trabalhadores em geral, deve acionar o STF para rever a sua posição, a fim de dar uma nova interpretação que sobressai a máxima efetividade da ampla defesa técnica, garantido, assim, a sociedade, a força normativa da Constituição.

[i] Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.36.

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

[iii] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 114/115.

[iv] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, p.90

**Date Created**

05/04/2010