

30/11/2016

PLENÁRIO

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 58 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O E. Conselho Federal da OAB **propõe o cancelamento** do enunciado **constante da Súmula Vinculante nº 5, apoiando-se, para tanto, na alegação** de que o conteúdo de referido enunciado **ofende e transgride, de modo frontal, o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, com todos** os meios e recursos a ela inerentes, **nestes compreendido o patrocínio técnico por Advogado.**

Reconheço, Senhora Presidente, **que o teor** de referido enunciado sumular **tem constituído, para mim, motivo de grave inquietação, tanto que, após detida reflexão** sobre a matéria ora em análise, **já não mais tenho qualquer** dúvida de que o conteúdo da Súmula Vinculante nº 5 **efetivamente vulnera** o direito ao contraditório e à plenitude de defesa.

Com efeito, tenho para mim, na linha de decisões **que proferi** nesta Suprema Corte (**RMS 28.517/DF v.g.**), **que se impõe reconhecer, ainda que se trate de procedimento administrativo, especialmente aqueles de índole punitivo-disciplinar, que ninguém pode ser privado** de sua liberdade, de seus bens **ou** de seus direitos **sem** o devido processo legal, **notadamente** naqueles casos em que se estabelece **uma relação de polaridade conflitante entre** o Estado, **de um lado, e** o indivíduo **ou** agentes públicos, **de outro.**

Cumprе ter presente, bem por isso, na linha dessa orientação, **que o Estado**, por seus agentes **ou** órgãos, **não pode, em tema de restrição** à esfera jurídica **de qualquer** pessoa, **exercer** a sua autoridade de maneira abusiva **ou** arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, **o postulado** da plenitude de defesa, **pois – cabe enfatizar – o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica **de qualquer** medida imposta pelo Poder

PSV 58 / DF

Público, **de que resultem** consequências gravosas **no plano** dos direitos e garantias individuais, **exige a fiel observância do princípio do devido processo legal** (CF, art. 5º, LV), **consoante adverte autorizado magistério doutrinário** (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, “O Direito à Defesa na Constituição de 1988”, p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, “O Direito à Defesa na Constituição”, p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 588, 17ª ed., 1992, Malheiros, v.g.).

A jurisprudência dos Tribunais, *notadamente* a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado a essencialidade** desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, **instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona** o exercício, *pelo Poder Público*, de sua atividade, **ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade** da própria medida restritiva de direitos, **revestida, ou não, de caráter punitivo** (RDA 97/110 – RDA 114/142 – RDA 118/99 – RTJ 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 253/2002 – RE 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

“RESTRICÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’.

– **O Estado**, em tema de punições disciplinares **ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode** exercer a sua autoridade **de maneira abusiva ou arbitrária,**

PSV 58 / DF

desconsiderando, no exercício de sua atividade, o **postulado** da plenitude de defesa, **pois o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica **de qualquer** medida estatal – **que importe** em punição disciplinar **ou** em **limitação de direitos** – **exige**, ainda que se cuide de procedimento **meramente** administrativo (CF, art. 5º, LV), a **fiel** observância do princípio do devido processo legal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo **ou** da medida restritiva de direitos. **Precedentes. Doutrina.**”

(RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, pois, **que assiste** ao interessado, **mesmo** em procedimentos de índole administrativa, **como direta emanção** da própria garantia constitucional do “*due process of law*” (**independentemente**, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos **que regem** a atuação dos órgãos do Estado), **a prerrogativa indisponível** do contraditório e da plenitude de defesa, **com** os meios e recursos a ela inerentes, **consoante prescreve** a Constituição da República, em seu art. 5º, **incisos LIV e LV**.

Vale referir, neste ponto, **importante** decisão **emanada do Plenário** do Supremo Tribunal Federal **que bem exprime** essa concepção em torno da garantia constitucional do “*due process of law*”:

“(…) 3. **Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção** que contempla **todos** os processos, judiciais **ou** administrativos, **e não se resume** a um simples direito de manifestação no processo. 4. **Direito constitucional comparado. Pretensão** à tutela jurídica **que envolve não só** o direito de manifestação e de informação, **mas também** o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. **Os princípios** do

PSV 58 / DF

contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...) 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).”

(RTJ 191/922, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – grifei)

Vê-se, portanto, que o respeito efetivo à garantia constitucional do “*due process of law*”, ainda que se trate de procedimento administrativo disciplinar, condiciona, de modo estrito, o exercício dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, sob pena de descaracterizar-se, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção do Estado democrático de Direito, a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado, especialmente quando tais deliberações possam implicar restrição a direitos:

“– A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o ‘*due process of law*’, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina.

– Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do ‘*due process of law*’ (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV).”

(MS 26.358-AgR/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

PSV 58 / DF

Esse entendimento – que valoriza a perspectiva constitucional que deve orientar o exame do tema em causa – tem o beneplácito do autorizado magistério doutrinário expendido pela eminente Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER (“O Processo em Evolução”, p. 82/85, itens ns. 1.3, 1.4, 2.1 e 2.2, 1996, Forense Universitária), como pode assinalar em decisão por mim proferida, como Relator, no MS 26.200-MC/DF:

“O coroamento do caminho evolutivo da interpretação da cláusula do ‘devido processo legal’ ocorreu, no Brasil, com a Constituição de 1988, pelo art. 5º, inc. LV, que reza:

‘Art. 5º, LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.’

Assim, as garantias do contraditório e da ampla defesa desdobram-se hoje em três planos: a) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, para o processo penal e para o não-penal; b) no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo sempre que haja litigantes. (...)

É esta a grande inovação da Constituição de 1988.

Com efeito, as garantias do contraditório e da ampla defesa, para o processo não-penal e para os acusados em geral, em processos administrativos, já eram extraídas, pela doutrina e pela jurisprudência, dos textos constitucionais anteriores, tendo a explicitação da Lei Maior em vigor natureza didática, afeiçoada à boa técnica, sem apresentar conteúdo inovador. Mas agora a Constituição também resguarda as referidas garantias aos litigantes, em processo administrativo.

E isso não é casual nem aleatório, mas obedece à profunda transformação que a Constituição operou no tocante à função da administração pública.

PSV 58 / DF

Acolhendo as tendências contemporâneas do direito administrativo, **tanto em sua finalidade** de limitação ao poder e garantia dos direitos individuais perante o poder, **como na assimilação** da nova realidade do relacionamento Estado-sociedade e de abertura para o cenário sociopolítico-econômico em que se situa, **a Constituição pátria de 1988 trata de parte considerável da atividade administrativa**, no pressuposto de que o **caráter democrático** do Estado **deve** influir na configuração da administração, **pois** os princípios da democracia **não podem** se limitar a reger as funções legislativa e jurisdicional, **mas devem** também informar a função administrativa.

Nessa linha, dá-se grande ênfase, no direito administrativo contemporâneo, **à nova concepção da processualidade** no âmbito da função administrativa, **seja** para transpor para a atuação administrativa os princípios do 'devido processo legal', **seja** para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da administração.

Na concepção mais recente sobre a processualidade administrativa, **firma-se o princípio** de que a extensão das formas processuais ao exercício da função administrativa está de acordo com a mais alta concepção da administração: o agir a serviço da comunidade. O procedimento administrativo **configura**, assim, meio de atendimento a requisitos da validade do ato administrativo. **Propicia** o conhecimento do que ocorre **antes** que o ato faça repercutir seus efeitos sobre os indivíduos, **e permite** verificar como se realiza a tomada de decisões.

Assim, o caráter processual da formação do ato administrativo **contrapõe-se** a operações internas e secretas, à concepção dos '**arcana imperii**' dominantes nos governos absolutos e lembrados por Bobbio ao discorrer sobre a publicidade e o poder invisível, considerando essencial à democracia um grau elevado de visibilidade do poder.

.....
Assim, a Constituição **não mais limita** o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) **em que haja** acusados, **mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda** que neles **não haja** acusados, **mas simplesmente litigantes**.

PSV 58 / DF

Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. **Basta que os partícipes do processo administrativo se antepõem face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes – e os há – sem acusação alguma, em qualquer lide.**” (grifei)

Não foi por outra razão que a colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal – **ao examinar** a questão da aplicabilidade e da extensão, aos processos de natureza administrativa, da garantia do “*due process of law*” – **proferiu** decisão que, **consubstanciada** em acórdão assim ementado, **reflete** a orientação que ora exponho neste voto:

“Ato administrativo – Repercussões – Presunção de legitimidade – Situação constituída – Interesses contrapostos – anulação – Contraditório. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. (...).”

(RTJ 156/1042, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

O exame da garantia constitucional do “*due process of law*” **permite nela identificar**, em seu conteúdo material, **alguns elementos essenciais à sua própria configuração**, **dentre os quais avultam**, por sua inquestionável importância, **as seguintes prerrogativas**: (a) **direito** ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) **direito** à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) **direito** a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) **direito** ao contraditório e à plenitude de defesa (*direito à autodefesa e à defesa técnica*), **sempre assegurado** o patrocínio por Advogado; (e) **direito** de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (f) **direito** à igualdade entre as partes;

PSV 58 / DF

(g) **direito** de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) **direito** ao benefício da gratuidade; (i) **direito** à observância do princípio do juiz natural; (j) **direito** ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); e (l) **direito à prova, valendo referir, a respeito dos postulados que regem o processo administrativo em geral, a precisa lição** de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (“Manual de Direito Administrativo”, p. 889, item n. 7.5, 12ª ed., 2005, Lumen Juris):

*“(...) **O princípio do contraditório está expresso no art. 5º LV, da CF, que tem o seguinte teor:***

.....
*O mandamento constitucional **abrange** processos judiciais e administrativos. **É necessário, todavia, que haja litígio, ou seja, interesses conflituosos** suscetíveis de apreciação e decisão. **Portanto, a incidência da norma recai efetivamente sobre os processos administrativos litigiosos.***

Costuma-se fazer referência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, como está mencionado na Constituição. Contudo, o contraditório é natural corolário da ampla defesa. Esta, sim, é que constitui o princípio fundamental e inarredável. Na verdade, dentro da ampla defesa já se inclui, em seu sentido, o direito ao contraditório, que é o direito de contestação, de redarguição a acusações, de impugnação de atos e atividades. **Mas outros aspectos cabem na ampla defesa** e também são inderrogáveis, como é caso da produção de prova, do acompanhamento dos atos processuais, da vista do processo, da interposição de recursos e, afinal, **de toda a intervenção que a parte entender necessária para provar suas alegações. (...).**
(grifei)

Tenho presente, ainda, no exame do pleito ora sob apreciação desta Corte, **o alto significado** de que se reveste a **intervenção profissional do Advogado.**

O Supremo Tribunal Federal, como se sabe, tem proclamado, em reiteradas decisões (**HC 98.237/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.),

PSV 58 / DF

que o Advogado – ao cumprir o dever de prestar **assistência** àquele que o constituiu, **dispensando-lhe** orientação jurídica perante **qualquer** órgão do Estado – **converte** a sua atividade profissional, **quando exercida** com independência **e** sem indevidas restrições, *em prática inestimável de liberdade.*

Qualquer que seja a instância de poder perante a qual atue, **incumbe ao Advogado** *neutralizar* os abusos, *fazer cessar* o arbítrio, *exigir respeito* ao ordenamento jurídico *e velar* pela integridade das garantias – *legais e constitucionais* – **outorgadas** àquele que lhe confiou a **proteção** de sua liberdade e de seus direitos.

O exercício do poder-dever de questionar, de fiscalizar, de criticar e de buscar a correção de abusos cometidos por órgãos públicos e por agentes e autoridades do Estado, **inclusive** magistrados, **reflete** prerrogativa indisponível do Advogado, **que não pode, por isso mesmo, ser injustamente cerceado** na prática legítima de atos **que visem a neutralizar** situações configuradoras de arbítrio estatal **ou** de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua.

O respeito às prerrogativas profissionais do Advogado, *desse modo, constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o Advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial* na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais.

Sendo assim, Senhora Presidente, *e tendo em vista as razões expostas, peço vênia para, acolhendo* o pedido formulado pelo E. Conselho Federal da OAB, **cancelar a Súmula Vinculante nº 5.**

É o meu voto.