



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 192009/2015 – ASJCIV/SAJ/PGR

Proposta de Súmula Vinculante 58 – DF

Proponente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

DIREITO CONSTITUCIONAL. PROPOSTA DE CANCELAMENTO DE SÚMULA VINCULANTE. DEFESA TÉCNICA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESNECESSIDADE. REITERAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

- 1 – Não é possível vincular, de modo apriorístico, a defesa técnica ao conteúdo do direito à ampla defesa, dotado de estrutura principiológica.
- 2 – A indispensabilidade do advogado à administração da justiça, ainda que em acepção ampliada, não acarreta a obrigatoriedade de defesa técnica em todos os processos, seja em sede jurisdicional, seja em sede administrativa.
- 3 – Parecer pela improcedência do pedido, reiterando-se, no mais, os termos da manifestação anteriormente ofertada.

Trata-se de proposta, formulada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de cancelamento da Súmula Vinculante 5, redigida nos seguintes termos: “*a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*”, a qual ora retorna, para exame de novos argumentos apresentados pelo proponente.

Encaminhados os autos da Petição 4385 à Procuradoria-Geral da República, foi ofertado, em 23 de dezembro de 2010, parecer pela improcedência do pedido, assim ementado:

PROPOSTA DE CANCELAMENTO DE SÚMULA VINCULANTE. I) PRELIMINARES: CONSELHO FEDERAL DA OAB. LEGITIMIDADE ATIVA. REQUISITOS PARA EDIÇÃO DE ENUNCIADO VINCULANTE. DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO ENTRE CORTES SUPERIORES. REITERADOS PRECEDENTES. II) MÉRITO: SÚMULA VINCULANTE Nº 5/STF. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESENÇA FACULTATIVA DE ADVOGADO.

1. O § 1º do art. 2º da Lei nº 11.417/06 legitima a edição de enunciado vinculante quando houver controvérsia atual entre órgãos judiciários acerca da validade, da interpretação e da eficácia de determinada norma. A divergência de entendimento entre cortes superiores constitui requisito a ensejar a edição de enunciado vinculante como forma de dar segurança jurídica evitando pronunciamentos judiciais díspares, que estimulam a interposição de recursos em todas as instâncias de jurisdição.

2. A edição da Súmula Vinculante nº 5/STF foi debatida no julgamento do RE nº 434.059/DF, no qual se ressaltou o fato de o STJ ter editado súmula em sentido oposto (Súmula nº 343/STJ).

3. O Supremo Tribunal Federal, em reiterados precedentes proferidos antes da edição do Enunciado Vinculante nº 5, já havia manifestado entendimento de ser facultativa a presença do advogado no processo administrativo disciplinar.

4. A falta de advogado dativo ou constituído, por si só, como elemento isolado, não acarreta nulidade do processo administrativo disciplinar por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. *Contrario sensu*, mesmo quando representado por profissional habilitado, não se pode supor, tão somente por isso, a observância às inteiras dos referidos preceitos constitucionais.

5. Parecer pela improcedência do pedido.

O edital para ciência e manifestação de eventuais interessados foi divulgado no Diário de Justiça Eletrônico de 27 de junho de 2011, e o prazo respectivo encerrou-se em 22 de agosto de 2011.

Durante o transcurso desse prazo, a União manifestou-se pelo não conhecimento da proposta e, no mérito, pela improcedência do pedido; o proponente, por seu turno, apresentou manifestação complementar à proposta de cancelamento, tendo acrescido argumentos em amparo à sua pretensão.

Aduz o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 434.059, no qual o Supremo Tribunal Federal também aprovou a edição do enunciado impugnado, é possível visualizar, de maneira agrupada, os fundamentos da súmula vinculante nos seguintes termos:

(a) Desnecessidade de defesa técnica diante da garantia dos direitos de informação, de comunicação e de ver seus argumentos considerados; (b) Necessidade de defesa técnica apenas se a complexidade da questão tornar o acusado inapto para exercer a autodefesa; (c) Indispensabilidade do advogado apenas à administração da *justiça*, assim considerado somente o exercício da função jurisdicional (art. 133 da CF); (d) A exigência de defesa técnica significaria uma defesa transbordante; (e) A obrigatoriedade de defesa técnica importaria aso-berbamento da Defensoria Pública; (f) O exercício do contraditório é facultativo ao acusado, tal como no processo civil; (g) A necessidade de defesa técnica no processo penal justifica-se por se tratar de direito indisponível; (h) É faculta-

tiva a nomeação de procurador, que não precisa ser advogado (art. 156 da Lei nº 8.112/90).

Questiona o primeiro fundamento, alegando que o fato de a Corte Constitucional alemã considerar suficientes para o exercício da ampla defesa a garantia dos direitos de informação, de comunicação e de ver seus argumentos considerados não acarreta, como consequência, “*que tais elementos esgotem seu conteúdo jurídico*”, que abrangeria outras facetas, entre as quais o direito à defesa técnica, sem o qual não existiria respeito ao princípio constitucional.

Põe em debate o segundo ponto, argumentando, para tanto, que, em matéria de imputações realizadas em desfavor de agentes públicos, qualquer que seja o nível de complexidade, apenas o advogado tem condições de oferecer uma defesa de fato ampla em prol do acusado, uma vez que, mesmo em situações simples, há uma vasta gama de argumentos jurídicos passíveis de utilização em favor do servidor para robustecer uma defesa, os quais somente serão empregados com concurso de profissional habilitado. Nessa toada, diz ainda que, simplesmente por haver hipóteses em que a defesa técnica por advogado se afigura indispensável, o enunciado em discussão viola o art. 5º, LV, da Constituição.

Insurge-se contra o terceiro argumento, alegando que o termo *justiça*, sob pena de se limitar o alcance dos direitos fundamentais, há de ser interpretado em sentido amplo, sendo o advogado indispensável em todas as situações dependentes de uma

atuação técnica de profissionais da advocacia para assegurar os direitos do cidadão, cuja esfera jurídica pode ser afetada tanto em processos judiciais quanto em administrativos. Também quanto ao particular, frisa que a Constituição traçou distinção terminológica entre o advogado, indispensável à administração da *justiça*, e o Ministério Público e a Defensoria Pública, essenciais à função *jurisdicional*.

Contrapõe-se ao quarto fundamento, sustentando que a Constituição muniu o cidadão não de qualquer defesa, mas de uma ampla defesa, sendo o adjetivo revelador de uma opção política que também contempla a imprescindibilidade da defesa técnica. Prossegue afirmando que, diante disso, não constitui a necessidade de advogado em processo administrativo disciplinar um exagero, mas um meio para que a defesa se dê nos moldes traçados pelo constituinte. Salienta que as distinções traçadas entre o processo penal e o processo administrativo, no tocante à indispensabilidade da assistência por profissional da advocacia, destoam do texto constitucional, que nenhum *discrímen* faz entre as espécies quando trata do contraditório e da ampla defesa, até mesmo porque “*ambas as modalidades de processo ostentam finalidade sancionatória*”. Assevera que tratar como transbordante a exigência de defesa técnica no processo administrativo disciplinar seria contrariar o princípio da máxima efetividade, norteador da interpretação das normas constitucionais.

Manifesta-se contrariamente ao quinto ponto, alegando que considerar que assoberbaria a Defensoria Pública a exigência de defesa técnica em qualquer processo administrativo disciplinar seria, em última análise, aceitar a reserva do possível como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais. Cabe ao Estado, argumenta o proponente, aparelhar as Defensorias Públicas para permitir que estas desempenhem com plenitude sua missão constitucional, não valer-se do alegado assoberbamento delas para justificar “*suposta impossibilidade de se realizar o direito fundamental à ampla defesa no processo administrativo disciplinar, através da defesa técnica*”. Acrescenta que, caso seja efetivamente impossível a atuação da instituição, deve-se pensar em alternativas, tais como a designação de advogados para patrocínio da defesa dos necessitados, como ocorre no processo penal.

Impugna o sexto argumento, aduzindo que essa Corte Suprema, ao consignar que o exercício do contraditório é facultativo no processo administrativo disciplinar, incorreu em equívoco entre as acepções de ampla defesa e contraditório. Sustenta, citando Alexy, que os direitos fundamentais são dotados de multifuncionalidade e exercem simultaneamente os papéis de defesa e prestação, razão pela qual o direito à ampla defesa no processo administrativo disciplinar implica tanto a “*proibição de interferência indevida na esfera particular do servidor*” quanto a criação de “*condições fáticas e jurídicas necessárias para o adequado exercício o direito de defesa*”, o que teria

sido ignorado no caso em apreço. Acresce ser indevida a comparação entre o processo civil e o processo administrativo disciplinar, “*cujá morfologia assemelha-se à do processo criminal*”. Anota que o instituto da revelia, mencionado pelos Ministros em defesa da facultatividade do exercício do contraditório no processo civil, desperta críticas na doutrina processual pátria e que não são raros casos de revelia nos quais a omissão do réu decorre de falta de esclarecimento, assim como no processo administrativo disciplinar são frequentes as situações em que os servidores deixam de ser devidamente assistidos por não compreenderem corretamente as possíveis repercussões desse tipo de processo.

Tacha de pouco aceitável o sétimo fundamento, asseverando que o direito de defesa, porque fundamental, é tão inalienável quanto o de liberdade, não havendo hierarquia entre eles, mormente quando se considera que, em processos disciplinares, estão em jogo também o direito fundamental à honra e à imagem do servidor público (art. 5º, X, da Constituição), além do direito ao trabalho (art. 6º da Lei Fundamental). Observa que, além disso, o processo administrativo disciplinar pode colocar em risco a liberdade do servidor, visto que pode resultar na pena de prisão administrativa, no caso dos militares, de maneira que o enunciado objurgado estaria a considerar válidos processos disciplinares movidos contra militares nos quais não houvesse defesa técnica por ad-

vogado que resultassem em sua prisão, chancelando, pois, hipotética renúncia ao direito de liberdade.

Reputa indevido o oitavo fundamento, expondo que, ao trazer um argumento de índole infraconstitucional, essa Corte promoveu leitura da Constituição à luz da legislação para restringir o alcance do princípio da ampla defesa. Defende que o art. 156 da Lei 8.112/1990 apenas se compatibiliza com o art. 133 da Constituição se o procurador nomeado por servidor para acompanhamento de processo administrativo disciplinar for profissional da advocacia.

Por fim, sustenta que o enunciado da Súmula Vinculante 5 poderia resultar em situação na qual a ausência de regular intimação de advogado constituído pelo servidor acusado para os atos do processo disciplinar poderia vir a ser considerada compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em despacho divulgado no *DJe* de 20 jun. 2014, o Ministro JOAQUIM BARBOSA, no exercício da presidência, considerou formalmente adequada a proposta de cancelamento do enunciado sumular.

O Ministro Presidente da Comissão de Jurisprudência, por sua vez, manifestou-se pela inadmissibilidade e inconveniência do cancelamento do verbete, por considerar que não encontra amparo em jurisprudência pacífica e atual do Supremo Tribunal Federal.

Vieram os autos, uma vez mais, à Procuradoria-Geral da República, desta vez para a emissão de parecer quanto à manifestação complementar do proponente.

Esses, em síntese, são os fatos de interesse.

O direito à ampla defesa, consagrado como fundamental no texto constitucional, tem estrutura de princípio.

É evidente que o princípio instituidor desse direito informa uma série de regras, sobretudo, quanto ao particular, as que se extraem das Leis 8.112/1990 e 9.784/1999, cuja violação pode ser verificada *a priori*. No entanto, tais desconformidades são capazes de atingir o direito à ampla defesa apenas por via oblíqua. Além disso, inexistente regra que determine a obrigatoriedade da presença de advogado a patrocinar a defesa de servidor público acusado em processo administrativo disciplinar.

Assim, feitas essas considerações, é possível constatar que, em relação ao ponto nodal do debate suscitado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o alcance e o conteúdo do direito fundamental à ampla defesa não se definem de modo apriorístico, como resultado de mera operação lógica, mas após a análise, caso a caso, das circunstâncias relativas à marcha de cada processo administrativo disciplinar. Somente a partir de então se torna possível constatar se houve ou não respeito ao direito de ampla defesa de que o servidor acusado é titular.

O ordenamento jurídico pátrio, ao contrário do que sustenta o proponente, não reputa o direito à defesa técnica indissociável do direito à ampla defesa, ainda que entre eles haja uma relação de convergência e, em determinadas situações, este não seja possível sem aquele. O manejo de *habeas corpus*, o ajuizamento de ação trabalhista e a propositura de demandas de pequeno valor nos juizados especiais são exemplos de possibilidades dadas ao cidadão de ingressar em juízo sem ser patrocinado por profissional da advocacia. Assim, o raciocínio apresentado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil conduziria à conclusão de que também tais situações seriam ilegítimas, razão por que está na contramão da jurisprudência dessa Corte Suprema.

Diante disso, não merece prosperar o argumento de que o direito à ampla defesa traz em seu bojo, de modo apriorístico, o direito à defesa técnica. Essa concepção é incompatível com a estrutura principiológica do direito fundamental – em alguns casos, faz-se necessária a defesa técnica; em outros, não.

Também por essas razões, o postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais não se mostra suficiente para vincular de modo indissociável à ideia de amplitude de defesa a defesa técnica. Reiterando excerto da manifestação anterior do Ministério Público Federal, é possível visualizar, *contrario sensu*, situação em que, mesmo com o concurso de profissional habilitado, a defesa não te-

nha sido exercida em sua plenitude, podendo, desse modo, haver nulidade no processo administrativo disciplinar.

Nesse contexto, registre-se que, ainda que o processo administrativo disciplinar, a exemplo do processo penal, tenha por finalidade a apuração de um ilícito que pode resultar na aplicação de uma sanção, inexistente a relação de similitude que busca traçar o proponente entre as espécies. Há nuances que diferenciam o processo administrativo disciplinar do processo penal, tais como os direitos em jogo – que, deveras, aproximam aqueles mais do processo civil do que destes –, o rito a ser observado, a ulterior possibilidade de impugnação do resultado obtido, matizes que justificam ser a defesa técnica indispensável na seara administrativa disciplinar, mas não na processual penal.

Não se trata, cumpre frisar, de estabelecer hierarquia entre direitos fundamentais (liberdade, trabalho, ampla defesa, honra e imagem, citados pelo proponente), mas de definir-lhes o conteúdo e o alcance de acordo com as peculiaridades de cada um deles e das situações concretas em que incidem as normas que os instituíram.

Outrossim, como salientado no parecer anteriormente ofertado, não há óbice a que o servidor, findo o processo administrativo e aplicada a penalidade, impugne-os em juízo, em razão do postulado da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição).

Ao fazê-lo, poderá, inclusive, demonstrar, com base em elementos de sua particular situação, os motivos pelos quais, no caso respectivo, a ausência de defesa técnica tenha importado em nulidade do processo disciplinar. O enunciado sumular vinculante questionado não impossibilita que tais razões sejam acolhidas, visto que apenas impede a declaração de nulidade de processos administrativos disciplinares em decorrência da mera ausência de defesa técnica. Afinal, se há comprovação suficiente de que, mesmo sem o concurso de defesa técnica, o servidor acusado logrou exercer de modo satisfatório sua autodefesa, não há por que macular de nulidade o processo administrativo disciplinar, sempre aberta a via judicial.

Por outro lado, as alegações relacionadas ao alcance da palavra *justiça* formuladas pelo proponente não se mostram suficientes para infirmar o conteúdo da Súmula Vinculante 5. Ainda que considerado que a essencialidade da atuação dos profissionais da advocacia transcende a função jurisdicional e abrange, em igual medida, os processos administrativos, faz-se mister reiterar que, mesmo em sede jurisdicional, há situações em que não se faz necessária a presença de advogado. Tratada a esfera dos processos administrativos com relação de equivalência, nota-se ser igualmente possível que a participação de advogado em processo administrativo disciplinar não seja obrigatória.

Como corolário, não se pode afirmar que a interpretação dada pela Suprema Corte ao art. 156 da Lei 8.112/1990 seja incompatível com o art. 133 da Constituição, uma vez que a indispensabilidade do advogado à administração da justiça não acarreta, quer na esfera judicial, quer na esfera administrativa, sua presença em todas as situações e em todos os processos.

Razão também não assiste ao proponente quando afirma que o Supremo Tribunal Federal, nos debates que ensejaram a edição do enunciado impugnado, lançou mão da ideia de reserva do possível para efetuar restrição no âmbito do alcance de direitos fundamentais.

Da leitura do acórdão do Recurso Extraordinário 434.059, depreende-se que as considerações de que o entendimento sufragado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil resultaria no asoberbamento das Defensorias Públicas foram periféricas, não tendo integrado o núcleo do debate. Constituíram, assim, mais uma preocupação de índole prática com as consequências da orientação a ser fixada do que, como pretende o proponente, ponderoso motivo ensejador da edição do verbete sumular vinculante.

No mais, permanecem hígidos todos os fundamentos lançados no parecer anteriormente ofertado pelo Ministério Público Federal. E, em especial, quanto ao fato de que a Súmula Vinculante

5/STF atendeu ao escopo do art. 2º, § 1º da Lei 11.417/2006, no sentido de pacificar a interpretação normativa, sendo que o eventual cancelamento não encontraria respaldo na jurisprudência pacífica e atual do Supremo Tribunal Federal, pelo contrário, resultaria no rompimento com a jurisprudência consolidada.

Dessarte, não há por que cancelar o enunciado sumular, ou mesmo alterar-lhe o conteúdo.

Ante todo o exposto, opina novamente a Procuradoria-Geral da República, reiterando os termos da manifestação já apresentada, pela improcedência do pedido.

Brasília (DF), 23 de setembro de 2015.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

JCCR/BDCCB