

PARECER JURÍDICO Nº 006/2020

Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS OFICIAIS MILITARES DO ESTADO DO PIAUÍ - AMEPI

EMENTA: ESSENCIABILIDADE DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. SÚMULA VINCULANTE Nº 5. NÃO VINCULAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXIGÊNCIA DE ADVOGADO PELA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. POSSIBILIDADE.

1. Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo **ASSOCIAÇÃO DOS OFICIAIS MILITARES DO ESTADO DO PIAUÍ - AMEPI**, através do Ofício nº 040.20/2020 – AMEPI, sobre o anteprojeto de lei do Código de Ética e Disciplina da Polícia e Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Piauí.

A questão central reside no conteúdo do art. 177 do citado anteprojeto que tem a seguinte redação:

Art. 177. A falta de defesa técnica por advogado não impede o prosseguimento do processo administrativo disciplinar, cabendo a comissão ou autoridade processante solicitar da autoridade instauradora a designação de um defensor dativo, o qual é obrigado, por ser ato de serviço, a comparecer e realizar os atos de defesa.

Parágrafo único. Caberá a designação do defensor dativo:

I- em caso de recusa do acusado de recebimento do mandado de citação;

II- em caso de revelia do acusado, tendo, embora notificado, deixado de apresentar alegações finais;

III- quando houver solicitação por parte do acusado.

Assim, questiona-se eventual incompatibilidade do texto normativo com o exercício da advocacia, tendo em vista que dispensa a presença de advogado devidamente inscrito

nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, nos processos administrativos disciplinares no âmbito da corporação.

2. Da essencialidade do contraditório e ampla defesa

No processo, constituem princípios basilares consagrados na Constituição, o do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, de tal modo que a afronta a um deles sempre repercute de algum modo nos demais, consideram-se conjuntamente os três princípios, pois eles são indissolúvelmente articulados entre si.

Esses princípios fundamentais garantem o direito de ação e reservam ao Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a lesão de direito, posto isso, verifica-se que todos se assentam em uma única e mesma base, a do devido processo legal, o que demonstra a essencialidade do contraditório e ampla defesa para que um processo, seja ele administrativo ou judicial, direitos fundamentais do cidadão.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LV, positiva o princípio do contraditório, de forma suprema, com aplicabilidade no ramo civil, penal e administrativo.

O contraditório surge, então, como princípio constitucional que busca a efetivação da justiça, garantindo que cada parte possa ser ouvida no processo, se manifestando e ainda sendo informada de todos os atos processuais, para que assim, possam exercer a plenitude de defesa, seja através de incidentes processuais, produção de provas, ou até mesmo nas razões de convencimento do juiz, impondo a condução dialética do processo.

O contraditório se divide em direitos que são assegurados às partes: a) o direito de informação, onde obriga o julgador a informar a parte contrária todo o ato praticado no processo, e com explicação de seus elementos; b) o direito de manifestação, onde é assegurado ao litigante a possibilidade de manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; e, c) no direito de ver seus argumentos considerados, o que exige do julgador a capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas (STF, Pleno, MS no 24.268/MG, Rel. p/ac. Min. Gilmar Mendes, ac. 05.02.2004, DJU 17.09.2004, p. 53).

Ora, de nada adiantaria as partes serem ouvidas e apresentarem suas defesas e provas se o julgador não se dispusesse a ouvir e analisar o que foi arguido pelas partes, tendo em vista que cabe ao julgador exaurir o debate, sanear o processo, verificando e formulando as suas razões da decisão, de forma ou a acolher as alegações de uma das partes ou a rejeitá-las, garantindo um efetivo provimento jurisdicional.

Portanto, o contraditório parte com o objetivo não somente de garantir às partes a paridade de armas, mas também de assegurar o direito disponível das partes de demonstrarem as contrarrazões das alegações da parte contrária, para que assim as partes possam efetivamente igualar suas situações no processo, de tal modo que essas reações possam influenciar o julgador na tomada de sua decisão, ou seja, o contraditório não somente passa a existir de forma mais vigorosa, mas também se associando a direitos e garantias fundamentais, como o princípio da isonomia, liberdade de expressão e acesso à informação, direito à segurança e até mesmo ao direito de acesso à justiça, todos componentes do Estado Democrático de Direito.

Evidenciando então, que o princípio do contraditório e a ampla defesa não sendo respeitados, nos encaminharia para um cenário de total insegurança jurídica. Contudo, um dos fundamentos do Estado Constitucional é a segurança jurídica.

Portanto, o contraditório deve ser observado em toda sua magnitude, não somente no contexto formal, onde assegura a garantia fundamental da possibilidade de poder rebater as alegações da parte contrária, devendo essa ser disponibilizada, sob pena de nulidade, mas também na sua forma substancial, o que garante a participação efetiva dos sujeitos processuais, vislumbrando o real poder de influência no provimento jurisdicional, garantido a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais.

3. Da desnecessidade de defesa técnica em PAD e os desdobramentos da Súmula Vinculante nº 5

A questão discutida neste parecer – a desnecessidade de defesa técnica em processo administrativo disciplinar (PAD) – ganhou destaque a partir da edição pelo Supremo

Tribunal Federal, em 07.05.2008, da Súmula Vinculante n° 5. A referida súmula dispõe que: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. A Súmula Vinculante n° 5 surge, portanto, como uma espécie de reação à Súmula 343 do STJ que dispunha em sentido contrário: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

A decisão do STF de editar a referida SV foi tomada por ocasião do julgamento do RE 434.059, interposto pelo INSS e pela União contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que afirmava ser obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar sob pena de cerceamento de defesa. A compreensão do STJ partia do pressuposto de que a presença do advogado constituído ou do defensor dativo deveria ser considerada requisito essencial para a configuração do contraditório e da ampla defesa “com os meios e recursos a ela inerentes”, seja no processo judicial ou administrativo. Com base nessa compreensão, o PAD estaria eivado de nulidade em caso de ausência de defesa técnica, visto que restaria configurada grave violação aos artigos 5º, LV e 133 da Constituição de 1988.

Segundo o dispõe art. 5º, LV da CF/88:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - 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;

Já o art. 133 da CF/88 diz:

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

No julgamento do já referido RE 434.059 – que terminou por levar a edição da SV n° 5 – firmou-se entendimento contrário ao da Súmula 343 do STJ. Isto é, estabeleceu-se que a ausência de defesa técnica no PAD não configuraria violação aos princípios processuais

constitucionais do contraditório e da ampla defesa, visto que a presença de advogado seria apenas facultativa. Essa faculdade estaria explícita no art. 156 da Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais) que dispõe no seguinte sentido:

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

A obrigatoriedade de defesa técnica seria exigida, portanto, apenas para casos determinados: a) o do réu revel que citado não apresentasse defesa no prazo devido (hipótese em que a autoridade instauradora do processo designaria servidor como defensor dativo); b) se o objeto processual fosse revestido de complexidade tal que fugisse à compreensão do processado (hipótese para a qual o órgão público deveria providenciar o advogado, não possuindo o servidor os meios necessários para arcar com a defesa; c) se o servidor for revel, caso em que se deve apresentar a ele um defensor dativo¹. Como esclarece Irene Nohara, “a polêmica da questão concentra-se na possibilidade de garantia da ampla defesa por meio de defensor dativo que não seja advogado, ou se ela seria assegurada tão-somente em face de uma defesa técnica feita por um advogado”².

Marcelo Cattoni e Dierle Nunes questionam o mérito da decisão do STF e consideram a SV nº 5 inconstitucional. Eles apontam que a sua edição, conquanto tenha sido festejada por parte da comunidade jurídica “por assegurar a manutenção de milhares de decisões proferidas em processos administrativos” e supostamente trazer segurança jurídica, tem o efeito de esvaziar o modelo de processo constitucional brasileiro, pois permite decisões que prescindem deste modelo sejam legitimadas³. Os princípios constitucionais do processo não deixam, afinal, de serem

1 FERRAZ, Luciano. Revista Consultor Jurídico, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-30/interesse-publico-sumula-vinculante-supremo-deveria-minimo-revista>. Acesso em 15 dez. 2020.

2 Texto disponível em: <https://direitoadm.com.br/tag/sumula-vinculante-5/>. Acesso em 14 dez. 2020.

3 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle José Coelho. Revista Consultor Jurídico, 22 de maio de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-mai-22/sumula_vinculante_stf_inconstitucional. Acesso em 14 dez. 2020.

violados apenas por que se fixou sumularmente a inexistência de tais violações. Esses – os princípios constitucionais – estão previstos na Constituição com o “objetivo de garantir ao cidadão a possibilidade de atuar com competência na defesa de seus direitos”⁴. Recorrendo à doutrina alemã os dois autores recordam, ainda, o conceito de “competência de atuação” (*Handlungskompetenz*) que consiste “exatamente na capacidade da parte de antecipar as estratégias da outra e de se posicionar diante das argumentações e decisões”⁵. Levando em consideração esse conceito, torna-se fácil perceber a razão pela qual a “competência de atuação” deve existir também no denominado processo administrativo disciplinar e não apenas em qualquer processo judicial.

A posição de Cattoni e Nunes vai ao encontro, também, daquela defendida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que em 2011 apontou não somente vício de formalidade na edição da SV n° 5⁶ como também questionou o mérito desta. O argumento exposto pela OAB, concernente ao enunciado da SV, aponta a impossibilidade de “aceitar que um leigo, sem conhecimento do processo em sua complexidade (prescrição, juiz natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa), possa promover um trabalho que seja minimamente eficiente e à altura dos postulados constitucionais”⁷. O Conselho pleiteou sem sucesso o cancelamento do enunciado da SV n° 5 e solicitava em caso de denegatória do pedido que o texto fosse alterado com a edição de uma SV n° 58 na qual passasse a constar que se houvesse advogado

4 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle José Coelho. Revista Consultor Jurídico, 22 de maio de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-mai-22/sumula_vinculante_stf_inconstitucional. Acesso em 14 dez. 2020.

5 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle José Coelho. Revista Consultor Jurídico, 22 de maio de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-mai-22/sumula_vinculante_stf_inconstitucional. Acesso em 14 dez. 2020.

6 “[...] Para a entidade a corte deixou na época de observar um dos pressupostos constitucionais para o ato – no caso, a existência de reiteradas decisões no mesmo sentido –, e indicou apenas outros três julgados para justificar a criação da súmula (AG 207197, RE 244027 e MS 24961)”. Supremo mantém súmula que considera facultativa presença de advogado em PAD. Revista Consultor Jurídico, 30 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-30/stf-mantem-sumula-dispensa-presenca-advogado-pad>. Acesso em 15 dez. 2020.

7 Supremo mantém súmula que considera facultativa presença de advogado em PAD. Revista Consultor Jurídico, 30 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-30/stf-mantem-sumula-dispensa-presenca-advogado-pad>. Acesso em 15 dez. 2020.

constituído, a sua não intimação, nulificaria o processo. A proposta foi, todavia, rejeitada pela maioria do tribunal.

Não se trata, assim, de mera faculdade a presença de advogado durante o processo administrativo disciplinar. A Constituição Federal de 1988 não faz, afinal, nenhuma distinção entre processo judicial e processo administrativo no que diz respeito ao alcance de suas garantias. A menção expressa à presença de um advogado é condição essencial para a configuração do modelo processual constitucional característico do *rule of law*. É interessante recordar também que o denominado Direito Administrativo Sancionador tem suas raízes fortemente fincadas no direito penal. Ou seja, “os processos administrativos disciplinares possuem nítida inspiração nos princípios e premissas típicas do Direito Penal”⁸. Por essa razão os postulados constitucionais aplicáveis ao processo penal e que são base do Estado Democrático de Direito devem ser aplicados consequentemente também aos processos administrativos de natureza disciplinar.

4. Efeito vinculante das súmulas e Poder Legislativo

A eficácia geral e o efeito vinculante das súmulas editadas pelo STF, além das decisões proferida em ação declaratória de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal não alcançam o Poder Legislativo, que pode editar nova lei com idêntico teor ao texto ou tese anteriormente censurados pela Corte.

Perfilhando esse entendimento, e tendo em conta o disposto no § 2º do art. 102 da CF e no parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99, o Plenário negou provimento a agravo regimental em reclamação na qual se alegava que a edição da Lei 14.938/2003, do Estado de Minas Gerais, que instituiu taxa de segurança pública, afrontava a decisão do STF na ADI 2424 MC/CE (acórdão pendente de publicação), em que se suspendera a eficácia de artigos da Lei 13.084/2000, do Estado do Ceará, que criara semelhante tributo. Ressaltou-se que entender de forma contrária afetaria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incontrolável do primeiro, acarretando prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem

8 FERRAZ, Luciano. Revista Consultor Jurídico, 30 de março de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-30/interesse-publico-sumula-vinculante-supremo-deveria-minimo-revista>. Acesso em 15 dez. 2020.

como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição. (Rcl 2617 AgR/MG, rel. Min. Cezar Peluso, 23.2.2005. (Rcl-2617).

Assim, levando em consideração o raciocínio utilizado pela própria Corte Constitucional, que suas Súmulas Vinculantes não vinculam o Poder Legislativo em sua função típica (legislar), não há óbice para que a legislação estadual ou municipal disponha de modo diverso do entendimento firmado em interpretação da Lei n. 8.112/90 (de âmbito federal), exigindo que a defesa técnica por advogado seja obrigatória em processos administrativos disciplinares. E não haveria nenhuma inconstitucionalidade nesse ato, porquanto a competência legislativa quanto ao tema pertence a cada unidade federativa — a Constituição, em matéria de processo administrativo, “não fixa competência legislativa privativa da União, mas permite que cada ente crie seu regramento básico ou essencial, tendo em vista sua autonomia”.

Nesse sentido, por exemplo, a Constituição do Estado da Bahia estabelece genericamente que toda pessoa tem direito a advogado para defender-se em processo judicial ou administrativo, cabendo ao estado propiciar assistência gratuita aos necessitados, na forma da lei (artigo 4º, VIII); e o artigo 70, III da Lei 7.990/2001 do mesmo estado, ao dispor sobre o Estatuto dos Policias Militares, prescreve que a citação do acusado será feita pessoalmente ou por edital e deverá conter a obrigatoriedade do acusado fazer-se representar por advogado.

Trata-se de legítimo exercício da competência legislativa estadual, ampliativa da garantia constitucional da ampla defesa sem qualquer obstáculo na Constituição da República, lei estadual exigir a presença de profissional qualificado tecnicamente para o exercício da defesa em processos administrativos disciplinares de seus servidores.

5. Conclusão

Posto isto, conclui-se pela viabilidade de lei estadual ou municipal na disciplina dos processos administrativos disciplinares exigirem a presença obrigatória de que o defensor constituído ou dativo seja advogado ou outras qualificações técnicas no intuito de assegurar o adequado direito ao contraditório e a ampla defesa, principalmente nos casos que importarem demissão do servidor.

Em análise ao texto normativo questionado pela Requerente do presente, esta comissão sugere a seguinte redação ao *caput* do dispositivo do anteprojeto:



Art. 177. A falta de defesa técnica por advogado constituído não impede o prosseguimento do processo administrativo disciplinar, cabendo a comissão ou autoridade processante solicitar da autoridade instauradora a designação de um defensor dativo, que será advogado ou bacharel em direito, o qual é obrigado, por ser ato de serviço, a comparecer e realizar os atos de defesa.

É o parecer, s.m.j.

Teresina, 22 de dezembro de 2020.

Nestor Alcebíades Mendes Ximenes

*Presidente da Comissão de Estudos
Constitucionais – OAB/PI*

Jhon Kennedy Teixeira Lisbino

*Vice-Presidente da Comissão de Estudos
Constitucionais – OAB/PI*

Bárbara Dantas de Sousa

*Secretária Geral da Comissão de Estudos
Constitucionais – OAB/PI*

Thiago Carvalho dos Santos

*Secretário Adjunto da Comissão de Estudos
Constitucionais – OAB/PI*

Olívia Brandão Melo Campelo

*Membro da Comissão de Estudos
Constitucionais – OAB/PI*

Ivonaldo da Silva Mesquita

*Membro da Comissão de Estudos
Constitucionais – OAB/PI*

Antonio Silveira Marques

*Membro da Comissão de Estudos
Constitucionais – OAB/PI*

Julson Nélio de Lima A. Costa Filho

*Membro da Comissão de Estudos
Constitucionais – OAB-PI*

