Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJe nº 172 Divulgação 11/09/2008 Publicação 12/09/2008
Ementário nº 2332 - 4

07/05/2008 **TRIBUNAL PLENO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	:	**MIN. GILMAR MENDES**
RECORRENTE(S)	:	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADVOGADO(A/S)	:	VANESSA MIRNA B. GUEDES DO REGO
RECORRENTE(S)	:	UNIÃO
ADVOGADO(A/S)	:	ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECORRIDO(A/S)	:	MÁRCIA DENISE FARIAS LINO
ADVOGADO(A/S)	:	MOZAR COSTA DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)

EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator.

Brasília, 07 de maio de 2008.

MINISTRO GILMAR MENDES
PRESIDENTE E RELATOR

STF - Seção de Composição e Acórdãos 37

07/05/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	:	**MIN. GILMAR MENDES**
RECORRENTE(S)	:	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADVOGADO(A/S)	:	VANESSA MIRNA B. GUEDES DO REGO
RECORRENTE(S)	:	UNIÃO
ADVOGADO(A/S)	:	ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECORRIDO(A/S)	:	MÁRCIA DENISE FARIAS LINO
ADVOGADO(A/S)	:	MOZAR COSTA DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de recursos extraordinários interpostos pela União (fls. 380/389) e pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (fls. 391/405), ambos com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, por alegada violação aos arts. 5º, LV e 133, da Carta Magna, contra acórdão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

No caso, o STJ concedeu mandado de segurança impetrado pela recorrida para "declarar nula a Portaria nº 7.249, de 14 de julho de 2000, da lavra do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, reintegrando a impetrante ao cargo que anteriormente ocupava" (fl. 342). Eis a ementa do mencionado acórdão:

> "EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO E DE DEFENSOR DATIVO. 1. A presença obrigatória de advogado constituído ou de defensor dativo 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*.
> 2. Ordem concedida." (fl. 345).

Em síntese, ambos os recorrentes alegam o pleno atendimento do princípio da ampla defesa no respectivo processo administrativo disciplinar e a prescindibilidade da defesa apresentada por advogado.

Os recorrentes sustentam, ainda, que a própria Lei nº 8.112/1990, a qual dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, na dicção de seu art. 156, não exige a defesa exclusivamente por procurador, *verbis*:

> "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 recorrida apresentou contra-razões (fls. 410-422), sustentado a aplicação das Súmulas 285 e 400 deste STF, a ilegitimidade ativa da União, e ausência de violação aos dispositivos constitucionais invocados nos apelos extremos.

Admitidos os recursos extraordinários, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-geral da República Wagner de Castro Mathias Netto, opinou pelo provimento dos recursos.

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):

Primeiramente, afasto as preliminares de não conhecimento dos recursos extraordinários, sustentadas em sede de contra-razões.

Com efeito, pacífica a orientação desta Corte no sentido de que a entidade a qual pertence a autoridade tida por coatora tem legitimidade para interpor recurso contra a decisão concessiva da segurança (RE 91.947/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 17.3.1980; RE-AgR 202.676/MG, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 2.2.2001; RE-AgR 412.430/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 17.3.2006).

Por outro lado, esta Corte já assentou que "temas de índole constitucional não se expõem, em função da própria natureza de que se revestem, à incidência do enunciado 400 da Súmula do Supremo Tribunal Federal" (AI-AgR 145.680/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª T., DJ 30.4.1993). Assim, os verbetes nº 285 e 400 da Súmula deste Tribunal são inaplicáveis na espécie.

Superadas as questões de admissibilidade dos apelos extremos, passo a considerar o mérito.

No caso, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, afastando as demais alegações da recorrida, concedeu a ordem para anular a aplicação de penalidade expulsiva, com amparo nos arts. 5º, LV, e 133 da Carta Magna e fundamento exclusivo na ausência de defesa técnica no curso do processo administrativo disciplinar.

O voto condutor do aresto recorrido, da lavra do eminente Min. Hamilton Carvalhido, asseverou:

> "No que diz respeito à ocorrência de cerceamento de defesa, é de se reconhecer que durante a instrução do inquérito, a impetrante não se viu acompanhar de defensor constituído, que, a nosso ver, é imperativo constitucional, com o qual não se compatibiliza a auto-defesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito.
>
> É que 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;*' (nossos os grifos).
>
> 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.*' (nossos os grifos).
>
> 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*.
>
> (...)
>
> Tenho, assim, como configurada, na espécie, a ocorrência de cerceamento de defesa da impetrante, eis que não se viu acompanhada de advogado, conforme a própria Administração afirmou, nem lhe foi designado defensor dativo, mostrando-se caracterizadas a violação da garantia constitucional da ampla defesa e, conseqüentemente, a nulidade do processo administrativo que produziu a demissão da impetrante." (fls. 338/341).

Na realidade, há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a simples direito

de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - como bem anota Pontes de Miranda - é uma *pretensão à tutela jurídica* (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. V, p. 234).

Observe-se que não se cuida aqui, sequer, de inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição de 1891, asseverava que "*com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente inadmissíveis os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas*". (CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira:* Comentários. Rio de Janeiro: Litho-Typographia, 1902, p. 323).

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado "*Anspruch auf rechtliches Gehör*" (*pretensão à tutela jurídica*) no direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (*cf.* Decisão da Corte Constitucional alemã - *BVerfGE* 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte - Staatsrecht* II, cit p. 286; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

(I) - *direito de informação* (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

(II) - *direito de manifestação* (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo (*cf.* Decisão da Corte Constitucional -- *BVerfGE* 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, v. IV, nº 97);

(III)- *direito de ver seus argumentos considerados* (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (*cf.* PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte - Staatsrecht* II, cit p. 286; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*, cit. p. 363-364; ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, v. IV, nº 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, v. IV, nº 97).

Entende-se que o direito à defesa e ao contraditório tem plena aplicação não apenas em relação aos processos judiciais, mas também em relação aos procedimentos administrativos de forma geral.

Dessa perspectiva não se afastou a Lei nº 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 2º desse diploma legal determina, expressamente, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório. O parágrafo único desse dispositivo estabelece que nos processos administrativos serão atendidos, dentre outros, os critérios de "observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados" (inciso VIII) e de "garantia dos direitos à comunicação" (inciso X).

Sob a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal vem afirmando que em tema de restrição de direitos em geral e, especificamente no caso de punições disciplinares, há de assegurar-se a ampla defesa e o contraditório no processo administrativo (*cf.* RE-AgR 318.416/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., DJ 3.2.2006; RMS-AgR 24.075/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 17.3.2006; RE 224.225/PE, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., DJ 25.6.1999).

Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão.

Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Por si só, a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo com habilitação não importa nulidade de processo administrativo disciplinar, como já decidiu este STF:

> "***EMENTA:*** *Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória."* (RE-AgR 244.027, 1ª T., Rel. Ellen Gracie, DJ 28.6.2002)

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes: AgRAI 207.197/PR, 1ª T., Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 05.06.98 e MS 24.961/DF, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 4.3.2005.

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 nº 3.168/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 02.08.2007; ADI nº 1.127/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* 26.05.2006 e ADI nº 1.539/UF, Rel. Min. Mauricio Corrêa, *DJ* 05.12.2003. Este último precedente possui a seguinte ementa:

> DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE. 1. Juizado Especial. Lei 9099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes. 2. Lei 9099/95. Fixação da competência dos juízos especiais civis tendo como parâmetro o valor dado à causa. Razoabilidade da lei, que possibilita o acesso do cidadão ao judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos. Ação julgada improcedente." (ADI nº 1.539/UF, Rel. Min. Mauricio Corrêa, *DJ* 05.12.2003)

Nesses pronunciamentos, o Tribunal reafirmou que a disposição do art. 133 da CF não é absoluta, tendo em vista que a própria Carta Maior confere o direito de postular em juízo a outras pessoas.

No mesmo sentido, ainda, os precedentes: RE 248.869/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, *DJ* 12.03.2004; HC nº 74.528/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, *DJ* 13.12.1996 e HC nº 67.390/PR, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 06.04.1990.

Portanto, ao divergir deste entendimento, violou o STJ os arts. 5º, LV, e 133 da Constituição Federal.

Assim, conheço e dou provimento aos recursos extraordinários para indeferir a segurança. Sem honorários (Súmula 512 - STF).

07/05/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

À revisão de aparte do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator).

V O T O

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhor Presidente, acompanho Vossa Excelência.

A jurisprudência do Supremo é claríssima, com essa mesma orientação, sem ser necessário acrescentar que a lei especial de regência expressamente faz a indicação dessa possibilidade do próprio servidor manifestar sua defesa, que, no caso, sob julgamento, de fato, ocorreu; o servidor foi notificado e não quis.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Corresponde, inclusive, à tradição do velho estatuto da Lei nº1.711.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Não é uma novidade do Direito brasileiro, e a Suprema Corte já, desde então, vem incorporando esse entendimento.

Eu também conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento para denegar a ordem.

07/05/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, também eu acompanho Vossa Excelência, registrando que uma parte considerável da doutrina do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo tem discutido muito este assunto na questão da autotutela e do direito à defesa técnica.

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.

Nada disso foi observado neste caso, pelo que me parece que realmente se tratava de questão que, de alguma forma, na licitação, teria havido cerceamento. Ela se manifestou, e isso era suficiente. A alegação posterior não me parece ter qualquer embasamento.

Portanto, acompanho também Vossa Excelência, não imaginando existir nulidade.

07/05/2008 TRIBUNAL PLENO

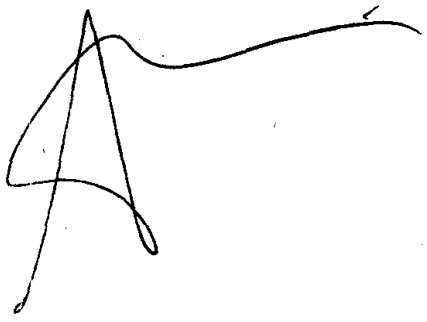
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, desde que veio à tona, pela primeira vez, o conceito de devido processo legal, o *due process of law* na Constituição norte-americana de 1787, a doutrina e a jurisprudência entendem que a defesa técnica integra efetivamente este devido processo legal.

Trata-se, no entanto, de uma faculdade que deve ser colocada à disposição do acusado, daquele que responde a processo judicial ou administrativo, basta que seja intimado, para que possa, em querendo, oferecer a defesa, então não haverá nenhuma nulidade.

Portanto, nesses termos, acompanho integralmente o voto de Vossa Excelência.



07/05/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, eu também acompanho e sugiro adoção de súmula vinculante.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - É uma matéria que tem súmula no STJ em sentido contrário.

07/05/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, eu também acompanho o voto de Vossa Excelência, muito bem secundado pelos votos já, aqui, manifestados, em seqüência. Atenho-me a um fundamento esgrimido pelo eminente Advogado-Geral da União de que, de fato, a presença obrigatória do advogado se faz no processo judicial, porque a "Seção III" do "Capítulo IV" sobre as "FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA" deixa claro (art. 133) que "O advogado é indispensável à administração da justiça," sendo que Justiça, aqui, no "Capítulo IV", significa função jurisdicional, ou seja, quando a Constituição no "Capítulo IV" diz "DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA". Justiça, aí, entende-se, lógico, não como aparelho judiciário, é a função jurisdicional. Isso está muito bem explicado na cabeça do art. 127, quando diz:

> *"Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, (...)"*

Assim como no art. 134, versante sobre a Defensoria Pública, no qual se diz:

> *"Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, (...)"*

A comprovar, portanto, que justiça aqui, nesse capítulo, não é outra coisa senão função jurisdicional ou função judicante propriamente dita.

O Ministro Ricardo Lewandowski, também na linha do voto de Vossa Excelência, comentou para mim, com proficiência, o conteúdo do devido processo legal que se lê no inciso LV do art. 5º, que não incorpora nos processos administrativos a defesa técnica, a obrigatoriedade da defesa técnica do advogado.

A tese contrária implicaria mais do que a ampla defesa, e sim uma amplíssima defesa, ou seja, uma defesa transbordante.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência me permite só uma observação?

Em casos em que eventualmente quede o indiciado ou acusado indefeso, essa matéria poderá ser objeto até de discussão, tal como já observado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em sede de controle judicial; certamente não em mandado de segurança, mas poderá ser objeto de controle judicial específico.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Perfeito. Então, no caso, o Estatuto dos Servidores Públicos se houve bem quando

possibilitou, sem dúvida, a defesa de **motu** próprio ou autodefesa alternativamente com a nomeação de procurador.

Eu me preocupo também com uma conseqüência prática da decisão em sentido contrário à nossa. É que todas as vezes que em processo administrativo o servidor processado não optasse pela nomeação de procurador, a administração pública seria obrigada a remeter o caso para a defensoria pública e esta se veria, sem dúvida, numa situação de assoberbamento, digamos assim, porque não só defenderia os necessitados, que é o seu dever precípuo, a sua função específica, como também defender todos os servidores públicos processados que não optassem pela nomeação de procurador nos autos.

Eu acompanho o voto de Vossa Excelência no sentido de conhecer do recurso e provê-lo.

07/05/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, eu também vou acompanhar Vossa Excelência, mas peço licença, não evidentemente para suplementar nada, senão para fixar o meu ponto de vista de que, em primeiro lugar, o art. 133 não tem a mínima pertinência com o assunto, que diz respeito ao exercício da função jurisdicional, como acabou de acentuar muito bem o Ministro **CARLOS BRITTO**.

O que a Constituição, no inciso LV, assegura é o contraditório, que se traduz na garantia da possibilidade de uma intervenção eficaz e tempestiva, sobretudo, hoje, explicada a título de colaboração na formação do ato-total da decisão. Isto é, quem se vê na condição de acusado, na condição de réu ou em condição análoga, é convidado a participar do processo para colaborar com o processo, que é de formação da decisão. Daí, a justificação conseqüente da garantia da coisa julgada, que pode ser oposta exatamente à pessoa instada, ou, pelo menos, chamada a participar de uma decisão que se revestirá dessa imutabilidade e autoridade próprias da **res iudicata.**

Ora, a oportunidade, como tal, é concedida no processo administrativo. E, não apenas no processo administrativo, mas em todos os processos, e é admitida a título de ônus, não a título de obrigação. Portanto, é comportamento único e necessário para a obtenção de certa vantagem. O

STF 002002

interessado o exercerá ou não, segundo suas conveniências pessoais. Por isso, nunca, jamais se cogitou da nulidade eventual de processo civil em que o réu seja revel, de revelia absoluta. Ele é citado, não comparece, porque não lhe convém comparecer, porque não quer, mas nem por isso o processo é nulo por suposta ofensa ao princípio do contraditório.

Ora, esta possibilidade ou esta oportunidade de intervenção só não existe em concreto no procedimento administrativo – conforme também relevou a Ministra **CÁRMEN LÚCIA** – em duas hipóteses: naquela em que o servidor se encontre em lugar incerto e, portanto, não tenha ciência senão ficta do processo – e, porque se trata de ficção, é preciso que, de algum modo, essa possibilidade se atualize mediante a nomeação de um defensor ou de destinação do processo à Defensoria Pública –, ou no caso em que o servidor não tenha condições de contratar patrono para defendê-lo. Neste caso, ele pode invocar outra garantia constitucional, que é aquela pela qual o Estado se obriga a prestar assistência jurídica integral e gratuita – integral no sentido de que apanha também a esfera administrativa.

A única exceção a essa distinção, que pressupõe exatamente a diferença entre oportunidade de defesa como o contraditório e defesa técnica, que é outra coisa, é o processo criminal, porque nele – também o eminente advogado-geral da União já o demonstrou – está em jogo um direito indisponível, que seria objeto de teórica renúncia, se não fosse assegurada ao réu defesa técnica efetiva.

S.T.F. 102.002

Razão pela qual eu também peço vênia para acompanhar integralmente o voto de Vossa Excelência e também a sugestão de aprovação de uma súmula de caráter vinculante.

STF - 002 002

07/05/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

V O T O

A Sra. Ministra Ellen Gracie – Também eu, Senhor Presidente, acompanho o voto de Vossa Excelência para dar provimento ao recurso extraordinário, entendendo, como os Colegas que me precederam, que o servidor que responde a processo administrativo tem o seu direito de defesa assegurado e pode exercê-lo quer pessoalmente quer mediante procurador.

A Lei 8.112 prevê ainda que na hipótese em que haja revelia - portanto, que ele não exercite nem pessoalmente nem indique quem o defenda -, a própria administração encarrega-se de lhe dar um defensor dativo. E o dispositivo é expresso e preciso ao exigir que esse defensor dativo seja outro servidor ao menos do mesmo nível do acusado, portanto, garantindo, assim, que essa defesa não seja **pro forma**, mas uma defesa qualificada.

Não vejo também, como Vossa Excelência, nenhuma das hipóteses alegadas e, portanto, dou provimento ao recurso extraordinário.

07/05/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, no ato de vontade, que é a interpretação, tanto quanto possível, dou ênfase maior à liberdade: a liberdade de ir e vir, a liberdade de concepção, a liberdade de escolha.

O Supremo já se defrontou com processos versando o alcance do artigo 133 da Constituição Federal, a revelar que o advogado é indispensável à administração da justiça. Esse preceito, a meu ver, diz respeito ao processo judicial, não ao processo administrativo, e mesmo assim a Corte, contra o meu voto, entendeu que há capacidade postulatória direta da própria parte no âmbito da jurisdição cível especializada, que é a jurisdição do trabalho, mitigando, sob a minha óptica, e com todo o respeito, o que se contém no artigo 133 da Carta Federal.

No caso, observamos que o artigo 156 da lei regedora das relações entre a Administração Pública Federal e os prestadores de serviços, a Lei nº 8.112/90, viabiliza a atuação direta, no processo administrativo disciplinar, do próprio servidor ou o credenciamento de procurador que, necessariamente, não tem de ser advogado, não havendo reserva de mercado para a Advocacia, podendo ser um terceiro que possua habilidade suficiente, segundo o interessado, a defendê-lo.

Por isso acompanho Vossa Excelência no voto proferido, concluindo que não cabe o verdadeiro aditamento ao artigo 133 da Carta Federal para ver albergada, nesse dispositivo constitucional - reconheço como de importância maior -, a defesa no processo administrativo.

É como voto.

07/05/2008 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Senhores Ministros, também eu tinha tido sentimentos de que era uma matéria que reclamava súmula, exatamente porque a Súmula nº 343, do STJ, diz: *"É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar"*. Por isso o Advogado-geral da União ressaltou, muito bem, que há um temor de anulação de processo, tendo em vista a repercussão que esse julgamento pudesse ter sobre os demais casos.

Daí formular, seguindo a lição do Ministro Marco Aurélio, um verbete: "A ausência de defesa técnica, por si só, não implica nulidade do processo administrativo disciplinar." Submeto a todos, mas, de qualquer forma, essa seria a idéia básica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, só teria uma ponderação, até para nos mantermos fiéis ao texto constitucional.

Concordo que devemos avançar de imediato, para editar um verbete ou um enunciado a integrar a súmula da jurisprudência predominante do Tribunal. Só que para chegarmos à eficácia maior, como querido pela Constituição Federal, é indispensável, segundo o

texto da Carta, da Emenda nº 45, que tenhamos reiterados pronunciamentos do Supremo.

A minha óptica seria no sentido de editarmos, mas sem proclamarmos a eficácia, apenas para homenagearmos, aí, a Constituição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Até tentei verificar se haveria alguns processos com pedido de repercussão geral, mas, pelo menos até agora não logrei identificá-los.

De qualquer forma, fica a proposta.

Há uma súmula do STJ no sentido contrário.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Podemos aprovar a súmula, aqui, mesmo sem efeito vinculante.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Nesse caso, Senhor Presidente, a existência da súmula do STJ justifica a edição de uma súmula vinculante em caráter excepcional. Exatamente por isso, acho que devemos afirmar o contrário do que está na súmula do STJ, dizendo que não é obrigatória a defesa técnica por advogado em processo administrativo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Exatamente, sem tirar, claro, a presença do advogado. Não é obrigatória?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não é obrigatória a defesa técnica por advogado no processo administrativo. Exatamente para negar o enunciado da Súmula do STJ.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Mesmo porque, como observou o Ministro **Marco Aurélio**, de fato a Emenda nº 45 faz essa referência a pronunciamentos reiterados. Mas isso na hipótese de as decisões saírem das Turmas. Como é uma decisão de Plenário, disse o Ministro **Cezar Peluso** muito bem, unânime, diante de uma circunstância específica de súmula contrária de um Tribunal Superior, tenho a sensação de que poderíamos aprovar, sim, uma súmula com efeito vinculante, porque esse é o objetivo da segurança jurídica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Então vou incorporar essa sugestão do Ministro Cezar Peluso e fazer a proposta para discutirmos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Na votação, cada qual se manifestará de acordo com a ciência e a consciência que detenha.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas vou incorporar. Parece-me melhor esta idéia de invalidar a súmula de forma expressa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Exatamente. Já que não podemos fazê-lo diretamente...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Não é obrigatória a presença de advogado no processo administrativo disciplinar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Exatamente. Continuará decidindo de acordo com a sua súmula.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - E multiplicam-se os recursos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E com isso, aumentando os nossos recursos.

O SR. ANTÔNIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Permita-me uma sugestão? Sei que não é instrumental.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Por favor.

O SR. ANTÔNIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Seria a de acrescentar a essa expressão: garantindo-se, de qualquer forma, a aplicação do contraditório da ampla defesa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Quanto a isso, não há dúvida.

SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Isso já é assegurado pela lei.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Então, vamos submeter essa proposta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Não é obrigatória a presença de advogado no processo administrativo.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Não, a defesa técnica, por advogado, no processo administrativo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não é melhor no processo administrativo disciplinar - conforme é o caso? Vamos limitar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, uma ponderação. Vossa Excelência leu o que seria a proposta inicial, não é?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - A minha proposta inicial era: a ausência de defesa técnica, por si só, não implica nulidade no processo administrativo disciplinar.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Disciplinar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Uma ponderação - que fiz, inclusive, ao ministro Cezar Peluso -, quanto ao verbete alusivo ao indexador ao salário mínimo, de não iniciarmos verbete com advérbio de negação.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Então, é dispensável. Vossa Excelência está certo, não é bom começar com advérbio de negação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não, nesse caso é para reafirmar, afirmar que é uma negação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É um ponto de vista. Sim, é dispensável.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Proponho que cheguemos a uma redação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim, é dispensável.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - - A idéia aqui é de negar.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sim, mas se dissermos é dispensável, está resolvido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A língua portuguesa não tem nenhuma repugnância a frases negativas. Por isso, tem mais negativa: não, nenhum, nunca. É para usarmos.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - O próprio decálogo, os Dez Mandamentos, muitos começam com negativa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Então, em relação ao RE 434.059, o Supremo decidiu, por unanimidade, pelo provimento do recurso.

Ministro Marco Aurélio, nós poderíamos proclamar a aprovação da súmula, mesmo que depois a submetêssemos a uma redação? Pelo menos a idéia?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Penso que a idéia de aprovação é de todos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É possível; o conteúdo já está definido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - O conteúdo já está definido com base no RE, mas nós faremos o ajuste redacional.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Só o ajuste redacional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E vemos no tocante ao ajuste.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Como fizemos da outra vez, naquele primeiro julgamento da repercussão geral. Já há um precedente específico do Plenário da quarta-feira passada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Portanto, vou considerar já aprovada a Súmula nº 5.

07/05/2008 **TRIBUNAL PLENO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, devo ser coerente com o que veiculei inicialmente.

Vossa Excelência alude ao Verbete nº 5. Pela numeração, então, tem-se um verbete vinculante. Reafirmo, não posso desconhecer o que se contém na Constituição Federal, que submete a todos, inclusive ao Supremo, principalmente a ele como guarda da própria Constituição. A premissa para chegar o Supremo, no âmbito da competência que lhe está reservada pela Carta, à edição de um verbete vinculante, praticamente normativo, é que existam, conforme está em bom vernáculo, como está em bom português, reiterados pronunciamentos do próprio Supremo. E não há reiterados pronunciamentos sobre a matéria. Dir-se-á: a situação é excepcional. E afirmo: não vivenciamos um regime de exceção.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Há precedentes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, sobre esse tema específico, penso que não há. Se houver, eu cedo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR)- Há precedentes.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Há pelo menos dois.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, a menos que me revelem precedentes específicos a versarem a desnecessidade de defesa técnica no processo administrativo, a menos que me revelem

inclusive os números, pronunciar-me-ei de forma contrária à edição de verbete vinculante.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Há o MS 24.961/DF, o RE 244.277/RS, em agravo regimental.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas especificamente quanto ao processo administrativo?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR)- Sim, quanto ao processo administrativo. Eu citei o RE - agravo regimental - nº 244.027 e citei o Mandado de Segurança nº 24.961.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Se há pronunciamentos, cessa a divergência. São específicos? Versam situação concreta relativa a processo administrativo e defesa técnica?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR)- Sim, do Ministro Octavio Gallotti, da Ministra Ellen e do Ministro Carlos Velloso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Muito bem, a única ponderação que fiz foi no sentido de se observar a autorização constitucional. E se, no caso, a exigência constitucional está atendida, concordo plenamente. Devemos marchar, devemos racionalizar os trabalhos com a edição de verbete vinculante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite, gostaria de fazer uma observação. Na sessão passada, Vossa Excelência consultou

formalmente o eminente Procurador-Geral da República, porque isso é um procedimento que faz parte, inclusive, da lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Como Sua Excelência já se pronunciou enfaticamente no sentido do que decidimos, mas, é claro, ouço o Senhor Procurador-Geral.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Implicitamente, certamente Sua Excelência já se manifestou.

O SR. ANTÔNIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Senhor Presidente, o verbete proposto é aquela tese defendida pelo Ministério Público no sentido da dispensabilidade da defesa técnica nos processos administrativos disciplinares. Daí por que concorda plenamente com a sua edição.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, não é pelo prazer da polêmica, mas por questão de ordem prática que eu gostaria de fazer a seguinte ponderação à Corte. Se não admitíssemos a possibilidade, em casos excepcionais, como este, em que há uma multidão de causas idênticas, baseadas até em súmula de outro Tribunal Superior, de dar interpretação larga à norma constitucional que exige reiteradas decisões, não poderemos aprovar a Súmula nº 6, porque, na verdade, embora constassem no julgamento doze causas, nós emitimos um único pronunciamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR)- É o caso do salário mínimo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Um único pronunciamento. Isto é um problema de números. Se nós tivéssemos

acrescentado a este caso mais onze números, nós teríamos reiterados pronunciamentos. De outro modo, nós não vamos poder aprovar a proposta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR)- Mas, de qualquer forma, no caso específico, nós solucionamos bem o termo, porque há precedentes claros em relação a isso.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas me parece que, no caso específico - destacou o Ministro Joaquim - já a existência da Súmula do STJ estava a propiciar. Em muitos casos - sabemos - os processos eram encaminhados ao STJ e não chegavam ao Supremo, às vezes por razões de técnica do próprio recurso extraordinário. Daí não termos recursos suficientes para esse pronunciamento, mas, no caso específico, o tema está resolvido. Eu concordo com o Ministro Cezar Peluso que, em algum momento, nós temos um encontro marcado com essa questão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Exatamente. Acho que temos mesmo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR)- Portanto, está proclamado, chegaremos a uma redação definitiva, mas a Súmula Vinculante nº 5...

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Seu conteúdo já está aprovado.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3
PROCED.: DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADV.(A/S): VANESSA MIRNA B. GUEDES DO REGO
RECTE.(S): UNIÃO
ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S): MÁRCIA DENISE FARIAS LINO
ADV.(A/S): MOZAR COSTA DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)

Decisão: Retirado de pauta por indicação do Ministro-Relator. **2ª Turma**, 21.03.2006.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram: pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República. Plenário, 07.05.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu
Secretário