



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO- RJ.**

Ref.: Processo nº 0000113-91.2014.4.02.5101

**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SEÇÃO DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO**, já devidamente qualificada nos autos do processo em
referência, vem, por seus advogados infra-assinados, em consonância com a r. decisão
de fls. 326, apresentar as presentes **ALEGAÇÕES FINAIS**, requerendo ao fim a total
procedência dos pedidos e a consequente concessão integral da ordem no *writ* acima
mencionado.

BREVE RESUMO DOS FATOS

Como se sabe, trata-se, na origem, de Mandado de Segurança Coletivo
impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro,
objetivando, liminarmente, que (a) as Autoridades Coatoras disponibilizem previamente
as pautas de julgamento com data local e hora das futuras sessões de julgamento dos
processos administrativos fiscais; (b) seja permitida a presença dos contribuintes e de



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

seus advogados nas sessões de julgamento; (c) seja permitido aos advogados o exercício da ampla defesa de seu constituinte, através da entrega de memoriais, sustentação oral, requisição de produção de provas, participação em debates, e todos os demais atos necessários ao exercício de tal direito na forma da legislação de vigência já referida, bem como na forma da Lei 8.906/94, art. 7º, e seus incisos.

No mérito, foi requerida a concessão definitiva da ordem, confirmando os efeitos da liminar para que as Autoridades Coatoras sempre forneçam as datas e horas das sessões de julgamento das Impugnações Administrativas, com a possibilidade de os contribuintes e seus advogados assistirem ao julgamento, bem com praticarem qualquer ato necessário à observância da ampla defesa e do contraditório, quais sejam: a entrega de memoriais, sustentação oral, requisição de produção de provas, participação em debates, e todos os demais atos necessários, fazendo valer os direitos constitucionais da classe profissional representada pela Impetrante, declarando-se nulos quaisquer atos praticados à revelia de tais direitos.

Em 29.01.2014, o Juízo da 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro deferiu parcialmente o pedido liminar da Impetrante para determinar (i) que as Autoridades Coatoras *incontinenti* passassem a designar dia, hora, e local para a realização dos julgamentos administrativos fiscais de primeira instância, (ii) a intimação das partes sobre a possibilidade de comparecimento para assistir ao julgamento e, (iii) a intimação dos advogados constituídos, sendo viável ofertar questões de ordem sobre aspectos de fato da causa.¹²

¹ “Isto posto, DEFIRO a liminar postulada, em parte, determinando que as autoridades coatoras *incontinenti* passem a designar dia, hora e local para realização dos julgamentos administrativos fiscais de primeira instância, intimando-se as partes e esclarecendo da possibilidade do seu comparecimento para assistir ao julgamento e, em existindo advogados, os mesmos também devem ser intimados, podendo ofertar questões de ordem sobre aspectos de fato da causa, não podendo exercer sustentação oral por falta de previsibilidade no caso.”

² Vale mencionar que o MM. Juízo de Primeira Instância indeferiu o pedido liminar no que se refere à possibilidade de realização de sustentação oral, sob a justificativa de que não haveria previsão legal que respalde tal pretensão.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Irresignada, a União/Fazenda Nacional requereu Pedido de Suspensão de Liminar nº 2014.02.01.001755-6 junto a Presidência deste E. Tribunal Regional da 2ª Região, sob o argumento de que a decisão liminar causaria lesão à ordem e à economia pública.

Contudo, absolutamente atento à relevância da questão e às peculiaridades que envolvem o caso concreto, o Exmo. Presidente deste Egrégio Tribunal Regional da 2ª Região proferiu brilhante decisão entendendo que não restou comprovado que a ordem e a economia pública estariam ameaçadas pela adoção, quanto aos processos futuros, do procedimento administrativo imposto pela decisão liminar, ao ponto que justificasse a drástica medida de suspensão pleiteada, motivo pelo qual, assim decidiu:

“DEFIRO PARCIALMENTE o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos do mandado de segurança coletivo nº 2014.51.01.000113-7, apenas para (a) conceder às autoridades coatoras o prazo de 30 (trinta) dias para adequação ao procedimento instituído pela decisão judicial, e (b) determinar que a adoção do novo procedimento se restrinja aos processos administrativos fiscais ainda não instaurados, excluídos os processos em trâmite, como de direito, nos termos da fundamentação supra.”

Diante desse cenário, **repetindo as razões constantes do Pedido de Suspensão de Liminar apresentado**, a União/Fazenda Nacional interpôs Agravo de Instrumento alegando, em síntese: (i) nulidade pela ausência de prévia intimação do órgão público (art. 22, parágrafo 2º, da Lei 12.016/09); (ii) que os direitos postulados pela ora Requerente não integram o núcleo essencial da ampla defesa e do contraditório; (iii) a falta de previsão legal para a publicação de pauta e participação de contribuintes e advogados nas sessões de julgamento; (iv) a possibilidade de entrave da duração razoável do processo; (v) que a medida não fora postulada pelos contribuintes, sendo uma deliberação corporativa da OAB/RJ; e (vi) que o acolhimento da pretensão da ora Requerente impossibilitaria a realização de julgamentos “em lote”.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Ao apreciar a questão, em decisão que, *concessa maxima venia*, merece reparo, o Exmo. Desembargador Federal Luiz Antonio Soares concedeu o efeito suspensivo pleiteado pela Fazenda Nacional para cassar na íntegra a liminar proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

Em que pese a posição esposada pelo eminente Desembargador Federal quando do deferimento da antecipação da tutela recursal no agravo de instrumento, que acabou por acatar integralmente a argumentação da Fazenda Nacional, demonstrar-se-á que a concessão integral da ordem é medida que se impõe.

Aliás, foi exatamente essa a posição adotada pelo d. *parquet federal* em percunciente parecer já acostado aos autos e no qual opinou favoravelmente à concessão da segurança na total extensão em que foi requerida. A manifestação do d. Ministério Público Federal, ainda que proponha solução mais ampla, reforça a liminar já deferida e se alinha com a decisão do Exmo. Desembargador Presidente do Egrégio TRF da 2ª Região.

Ainda que comportem pequenas diferenças quanto à extensão dos efeitos, as três manifestações partem do mesmo fio condutor: a clara e irretorquível conclusão de que se extrai do núcleo essencial dos princípios do contraditório e da ampla defesa a necessidade de que os julgamentos de primeira instância administrativa no âmbito das Delegacias Regionais de Julgamento sejam precedidos de prévia disponibilização de uma pauta e seja franqueada a presença dos advogados e contribuintes.

De todo modo, para tentar reforçar ainda mais a procedência dos argumentos lançados na inicial, serão impugnados a seguir, individualmente, os principais argumentos apresentados pela Fazenda Nacional contra o presente *mandamus*, que podem desde já ser assim divididos em três grandes grupos:



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

- (i) ausência de previsão legal específica que albergue os pedidos veiculados no writ, violação à legalidade, à separação de poderes e à igualdade;
- (ii) possibilidade de atraso na tramitação dos processos administrativos e desorganização do contencioso administrativo de 1ª grau, com consequentes prejuízos na arrecadação;
- (iii) a possibilidade de ser informada da data, hora e local do julgamento de 1ª instância, manifestar-se oralmente durante o julgamento e requerer a colheita de provas não comporia o núcleo essencial dos princípios do contraditório e da ampla defesa;

AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA QUE ALBERGUE OS PEDIDOS VEICULADOS NO WRIT. APLICAÇÃO DIRETA DA CONSTITUIÇÃO. DA LEGALIDADE À JURIDICIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES E À IGUALDADE.

O reconhecimento da força normativa da Constituição e da evolução da Jurisdição Constitucional retira das leis e dos códigos o papel de centro normativo do Estado e da sociedade. Esse é um dos pilares da idéia de Neoconstitucionalismo³. É

³ Para Daniel Sarmiento, o Direito Brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como “Neoconstitucionalismo”. Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo de aplicação do direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc., (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação de normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre Direito e a Moral, com penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. *In: Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

evidente que o princípio da legalidade subsiste com extrema importância para o direito e continua a representar instrumento fundamental de garantia e implementação do Estado Democrático de Direito, resguardando os valores constitucionais de igualdade e liberdade. Na verdade, a crise está na visão originária da noção de legalidade, que restringia a análise estritamente à lei positivada.

Hodiernamente, o princípio da legalidade já não pode mais ser visto apenas pelo prisma normativista do positivismo jurídico – fórmulas típicas da pretensão de completude e da lei exaustiva. Com base nas transformações do Estado, e no sempre acelerado processo de demandas sociais, a lei pode e deve continuar sendo a principal fonte de normas jurídicas e sociais, no entanto não mais a única e exclusiva.

Nesse sentido, “o princípio da legalidade também em outros ordenamentos passou a assentar em bases valorativas, ‘amarrando’ a Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento⁴”. Caminha-se, assim, para a construção de um princípio da legalidade não no sentido da vinculação positiva à lei, mas de vinculação da Administração ao Direito, esse entendido como um sistema constitucional aberto sempre responsivo às mutações que se processam incessantemente no meio social e também aos valores supranacionais, que tem papel dominante não apenas por ser o fundamento de validade de todo sistema, mas em razão da aplicabilidade imediata de todas as suas normas⁵. O princípio da legalidade ganha, nesse desiderato, a conotação de princípio da juridicidade⁶.

⁴ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 147.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 115-116.

⁶ Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “O princípio da juridicidade exprime a dupla submissão do Estado: à lei e ao Direito, a clássica submissão à lei, expressa no princípio da legalidade, foi ampliada e superada com a inclusão tanto da submissão à legitimidade, politicamente conotada quanto da submissão à licitude, moralmente conotada, valores constitucionalmente afirmados no Direito pós-moderno, sintetizados no conceito de juridicidade”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª edição revista, refundida e atualizada. Rio de Janeiro: 2009, p.247. No



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Nesse sentido, inclusive, caminhou a Lei 9.784/99, de aplicação subsidiária no contencioso administrativo fiscal e que, após entronizar na legislação federal diversos princípios constitucionais, expressamente determinou à submissão da Administração Pública Federal à lei e ao Direito, permita-se a transcrição:

*“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, **moralidade, ampla defesa, contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

mesmo sentido: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, 2003, pp. 740.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Tais menções a princípios constitucionais na legislação federal, bem como a afirmação de submissão do processo administrativo à lei e ao Direito, embora soe como truísmo para muitos, serve bem à cultura demonstrada nas argumentações trazidas pela Receita Federal do Brasil e pela Fazenda Nacional de que por cumprirem a lei, não há reparos possíveis a serem feitos ao procedimento hoje adotado pela DRJ/RJO. Por argumentações típicas de uma lógica advinda de positivismo tão arcaico, que se faz necessária menção expressa na legislação federal de princípios que são consagrados na própria Constituição, sob pena de virem a ceder diante de uma portaria ministerial, como se pretende no presente caso.

De outro lado, se parece óbvia a afirmação de que não decorre da lei a necessidade de atenção aos princípios constitucionais, por se tratar de decorrência lógica da sua força normativa, não é tão óbvia a opção da Receita Federal, tão ciosa no cumprimento da lei em sentido formal, de não observar o que determina a legislação supramencionada no que diz respeito especificamente aos direitos e garantias dos contribuintes.

Vale dizer, se não há norma específica no Decreto nº 70.235/72 no sentido dos pedidos veiculados no presente writ, forçoso é reconhecer que a mera aplicação subsidiária da Lei Federal nº 9.478/99, em especial dos dispositivos acima grifados, já seriam fundamento mais do que suficiente para, dentro da própria linha de raciocínio apresentada pelo Impetrado, conduzir ao deferimento, ainda em sede administrativa, dos pedidos formulados no presente mandado de segurança.

Mas não é só! Também o art. 7º, VI, “c”, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) reconhece expressamente como um direito dos advogados o livre ingresso “*em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado*”.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Forçoso é reconhecer ainda que a própria lei nº 9.784/99, em dispositivos ainda mais específicos para o caso, destaca a possibilidade do administrado se manifestar, apresentar documentos e requer provas ainda na fase de instrução e, portanto, antes do julgamento de primeira instância, veja-se:

“Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;
II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

(..)

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.”

Os dispositivos acima mencionados na pena sempre brilhante do mestre RICARDO LOBO TORRES são a positivação no ordenamento brasileiro da *audiência prévia do contribuinte*, base de uma processualidade fiscal dialógica, típica da democracia deliberativa e do Estado Cooperativo⁷. **Para o consagrado autor, não basta que o cidadão tenha o direito de pleitear a anulação dos atos administrativos abusivos (o que se aperfeiçoaria com a impugnação), senão que se torna necessário**

⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Direito à ampla defesa e à processualidade tributária. In: ROCHA, Sergio André. (coord.) – Processo Administrativo Tributário – Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho – São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 553-568.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

que seja ouvido previamente à decisão administrativa que lhe possa ser prejudicial⁸.

Com efeito, afora a contradição interna no argumento legalista esposado pelos Impetrados, que nem de longe esgota o tema, fato é que cabe também à Administração cumprir a Constituição e em relação a isso hoje não há margem para um debate sério. Nesse sentido, precisa ser a lição do professor e hoje ministro do Supremo Tribunal Federal LUIS ROBERTO BARROSO que assim discorre sobre a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária:

“b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.”⁹

Prosseguindo no tema, GUSTAVO BINENBOJM ao tratar do assunto assevera de forma escorreita que a juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa a englobar a legalidade como um de seus princípios internos¹⁰. E arremata traçando o novo quadro de atuação da administração segundo a juridicidade em que essa se realiza, via de regra, **(i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode**

⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Direito à ampla defesa e à processualidade tributária. In: ROCHA, Sergio André. (coord.) – Processo Administrativo Tributário – Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho – São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 553-568.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Temas de Direito Constitucional – Tomo IV*. Editora Renovar, Rio de Janeiro 2009, p.104.

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)¹¹.

Reafirme-se que a redação atual do Decreto 70.235/72 não veda a possibilidade de publicação de uma pauta de julgamento por parte da DRJ, tampouco interdita o acesso dos advogados às sessões de julgamento e a oportunidade de oralmente se manifestarem no interesse dos contribuintes que representam. Ao revés, há garantia genérica em relação aos procedimentos administrativos prevista na Lei 9.784/99 e aplicável subsidiariamente ao caso.

Além disso, ainda poderão ser aplicados de maneira subsidiária os artigos 52 e segs. do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (Portaria MF 256, de 22.07.2009, com alterações da Portarias MF 446, de 27.08.2009, e 586, de 21.12.2010), que prescrevem o seguinte:

- (1) a **publicidade das sessões de julgamento** (RICARF, art. 53) inclusive quando mediante vídeo conferência (cf. RICARF, art. 53, §§ 1º e 2º);
- (2) como **também garantem a apresentação de memoriais, inclusive em meio digital, bem como sustentação oral e gravação da sessão de julgamento** (cf. RICARF, art. 53, §§ 1º e 2º, incs I a IV).

Registre-se que não foi outro o entendimento da Justiça Federal do Distrito Federal que analisando Mandado de Segurança Coletivo interposto pela OAB/DF, assim usou o Regimento Interno do CARF de modo subsidiário, conforme se vê de decisão judicial já acostada aos autos.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Aqui, abra-se um parêntese para dizer que se esvai assim também o argumento lançado pela Impetrada de que haveria risco de violação do direito ao sigilo fiscal. Isso porque, aplicando-se a norma existente para o CARF qualquer suposta violação deveria igualmente servir para os processos julgados em segundo instância, não há distinção possível ou mesmo recomendável. Sendo clara a possibilidade de se Restringir a presença aos advogados e contribuintes que irão ter seus casos julgados, o argumento transforma-se em verdadeira cortina de fumaça. Feche-se o parêntese.

Retomando, havendo a possibilidade aplicação subsidiária do regulamento do CARF, não há que se falar em violação ao princípio da legalidade ou a separação de poderes, mas apenas e tão somente de se buscar uma decisão judicial que dê cumprimento à Constituição, o que, ressalta-se, poderia e deveria já estar sendo feito pela própria Administração Tributária com base no suporte normativo constitucional e infraconstitucional já mencionado.

Conquanto não se discuta essa possibilidade, o caso não se trata nem mesmo de se declarar de forma incidental a inconstitucionalidade da norma federal que trata do procedimento administrativo de primeira instância, mas apenas de colmatar uma lacuna para privilegiar direitos fundamentais da mais alta relevância, sem nem mesmo precisar rescindir um juízo prévio do legislador ordinário. Agindo-se assim, opera-se apenas no espaço deixado pela ausência de norma específica e respeitam-se as balizas de garantia ao administrado já previamente indicado pelo próprio legislador federal ao editar a Lei Federal nº 9.784/99. Nesse quadro, falar-se em violação à separação de poderes mostra-se um total exagero, o que só se justifica por um apego excessivo a uma lógica estritamente formal e ultrapassada de ver o Direito e a função do Poder Judiciário.

Por último, o argumento de violação ao princípio da igualdade também não merece prosperar. A uma porque, apesar do direto ora combatido possuir relevo nacional, há notícias de que outros estados federados estariam apoiando a bandeira da



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Seccional Carioca, e ainda impetrando o Mesmo Mandado de Segurança Coletivo em seus Estados, a exemplo do Distrito Federal que conseguiu a limar anteriormente citada, nos autos do processo nº 9018-74.2014.4.01.3400, a qual, inclusive, foi favorável a sustentação oral nos julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento. A duas porque o argumento do Impetrado, levado às ultimas consequências, simplesmente impede que qualquer juiz federal defira uma medida judicial em demanda coletiva, já que, tendo em vista os limites territoriais da medida, sempre haverá um potencial de decisões diferentes em estado diferentes. Ademais, por si só, a situação aqui não é diferente do que já ocorre em demandas individuais sobre o mesmo assunto em que um contribuinte pode sair vitorioso e outro derrotado. Reconhecer a aplicação que pretende dar o Impetrado ao argumento, ter-se-ia, no extremo, uma paralisia do Poder Judiciário em que nenhuma decisão favorável a um contribuinte poderia ser concedida e a complacência com ilegalidades e inconstitucionalidades não teria remédio efetivo. Como se vê, nada mais absurdo!

EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NÃO PODE SER ARGUMENTO PARA LEGITIMAR VIOLAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. A FALÁCIA DO ATRASO NA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS, DO RISCO DE DESORGANIZAÇÃO DO CONTENCIOSO FISCAL DE 1ª GRAU E DOS PREJUÍZOS À ARRECADAÇÃO.

Concorda-se com Alexandre dos Santos Aragão quando este conclui que o princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CF) não legitima a aplicação cega de regras legais, que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários. As normas jurídicas passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, mas também pela sua aptidão para atender as finalidades da política pública democraticamente eleita e capacidade de resolver os males que esta pretende combater¹². Assim, a legalidade

¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. "O Princípio da Eficiência". In *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP. Ano 1, nº 04, abr/jun. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p.78.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

encontra no resultado substantivo da eficiência seu novo resíduo de legitimidade.

Também é preciso dizer que a eficiência não se confunde com uma lógica de custo-benefício, melhor expressada pelo mandamento constitucional de economicidade¹³, mas sim em um nível máximo ideal de realização do interesse público, que não se confunde mais com o interesse da Fazenda Pública ou do erário, mas encontra-se atrelado de forma especialmente intensa à realização dos direitos fundamentais, seja no campo individual ou coletivo.

Ou seja, uma determinada medida ou interpretação da administração tributária, sob o pretexto de estar cumprindo o princípio da eficiência, não tem carta branca para violar direitos constitucionalmente estabelecidos. O princípio da eficiência não é um fim em si mesmo, tampouco se confunde com a mera eficiência financeira ou com uma autorização prévia para se violar direitos fundamentais.

Com efeito, não se configura como um óbice à aplicação direta dos princípios da ampla defesa e do contraditório no âmbito do processo administrativo tributário. Sendo certo que a elevação à máxima potência dos direitos fundamentais, entre eles o contraditório e da ampla defesa, também compõe a equação que dará a medida de um atuar eficiente por parte da Administração Tributária na seara do contencioso fiscal.

Para além o erro teórico do argumento utilizado pela Fazenda Nacional, que procura equiparar eficiência ao interesse arrecadatório, deve-se destacar que esse argumento contém uma inafastável inconsistência do ponto de vista factual: não há nenhuma prova, que não o mero argumento lançado no papel, de que ocorrerá uma demora significativa na tramitação dos processos em decorrência da mera publicação de

¹³ A menção à economicidade está no art. 70, caput da CRFB/88, que assim determina: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

uma pauta de julgamento. Argumentos dessa ordem, para que possam ser conhecidos e considerados no debate jurídico, precisam ser minimamente provados. Aqui, como se vê, não foi o caso.

Nesse sentido, também foi a posição exarada pelo do Exmo. Desembargador Presidente do Colendo TRF da 2ª Região quando da apreciação do pedido de suspensão de segurança, afastando, por não provadas, as alegações de risco à ordem e economia públicas, veja-se:

*“Em que pesem os argumentos apresentados pela Requerente na inicial, **não restou cabalmente comprovado nos autos que a ordem e economia públicas se encontram fortemente ameaçadas pela adoção, em processos futuros, do procedimento administrativo imposto pela decisão,** a ponto de justificar a concessão da drástica medida de suspensão pleiteada com espeque no art. 4º da Lei nº 8.437/92. A potencialidade danosa da decisão obviamente não se presume, deve ser cumpridamente demonstrada para justificar a medida de contracautela, sendo correto afirmar ainda que o risco de dano deve ser iminente, evidente e real, não podendo tal medida excepcionalíssima ser concedida para suspender liminar que, possivelmente, causará perigo de lesão à ordem e à economia públicas.*

Ao contrário do sustentado, a experiência prática vivida por outros entes federados, cite-se aqui especialmente o Estado do Rio de Janeiro, demonstra exatamente o contrário do que busca fazer crer a Fazenda Nacional. A experiência vivida no Estado em referência mostra que é plenamente possível se fazer um julgamento ainda em primeira instância administrativa que respeite a prerrogativa do advogado de tomar conhecimento da data, local e hora da sessão de julgamento, bem como de estar presente e prestar esclarecimentos durante o processo de tomada de decisão. No âmbito do fisco fluminense tal procedimento é uma realidade desde 2003, com expressivos ganhos de transparência e sem que se tenha notícia de caos na gestão do contencioso administrativo ou colapso na arrecadação.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Deve-se registrar que a Secretaria de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, apesar do grande esforço empreendido, sabidamente, não se compara em termos de recursos materiais e financeiros com a poderosa Receita Federal do Brasil, que tem apresentado seguidos recordes de arrecadação e encontra suporte financeiro no orçamento da União Federal. Nem por isso, há notícias de que o Estado do Rio de Janeiro tenha vivido um colapso na tramitação de processos por ter feito a opção correta de cumprir a Constituição, privilegiando os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Não bastassem os argumentos aqui trazidos, deve-se registrar que o eventual impacto financeiro de tais medidas é próximo de zero. A divulgação de pauta previamente - o que pode ser feito até mesmo por meio eletrônico -, a aceitação da presença dos advogados e contribuintes nas sessões e a possibilidade de sustentação oral são medidas de baixíssimo custo para a Administração Tributária. Por outro lado, trariam expressivos ganhos de transparência para atividade julgadora e realizaria em grau adequado os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em suma, o argumento da perda de eficiência não se justifica já que: (i) do ponto de vista dogmático e normativo parte de uma visão de eficiência da atuação administrativa coincidente com os interesses da Fazenda Pública, desconsiderando que a realização dos direitos fundamentais dos contribuintes também é medida da atuação eficiente da Administração; (ii) ainda no campo normativo, não há comprovação de que haverá atraso na tramitação dos processos, tampouco que tal atraso justifica o nível de sacrifício imposto aos princípios do contraditório e da ampla defesa; (iii) do ponto de vista prático, a realidade milita em total desfavor à argumentação da Fazenda Nacional, já que outros entes da federação, como o Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, fizeram alterações normativas para adequar seu contencioso fiscal à nova realidade constitucional sem que tenham vivido nenhum caos organizacional ou experimentado um insuportável prejuízo na arrecadação.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

AUDIÊNCIA PRÉVIA DO CONTRIBUINTE COMO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA PROCESSUALIDADE FISCAL.

Conforme já destacado acima, o professor Ricardo Lobo Torres extrai expressamente da legislação vigente, mais notadamente dos art 3º e 38 da Lei Federal nº 9.784/99, o que ele chamou de *audiência previa do contribuinte* que significa a prerrogativa de ser ouvido antes de qualquer decisão que lhe possa ser desfavorável, mesmo após a apresentação de impugnação ao ato reputado como ilegal (impugnação administrativa). Tal direito, na esteira de uma democracia deliberativa e de um Estado Cooperativo, guardaria fundamento último no devido processo legal e ampla defesa.

Não há dúvidas de que o contraditório e a ampla defesa são imperativos também na esfera do processo administrativo. Nessa linha, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RMS nº 28.517/DF ¹⁴, em que o Ministro Celso de Mello, assinalou:

“ (...) Tenho para mim, na linha de decisões que proferi nesta Suprema Corte, que se impõe reconhecer, mesmo em se tratando de procedimento administrativo, 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, de outro.”

O eminente Ministro CELSO DE MELLO entende que “a sustentação oral – que traduz prerrogativa jurídica de essencial importância – compõe o estatuto constitucional do direito de defesa” ^{15/16}. Ou seja, impedir a efetiva participação do litigante, através da sua presença nas Sessões de Julgamento, significa negar diretamente o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva e conceitual do Estado

¹⁴ DJe de 04.08.2011.

¹⁵ HC nº 103.867 – Rel. Min. Celso de Mello – DJe de 29.06.2010.

¹⁶ De igual forma: “o cerceamento do exercício dessa prerrogativa (sustentação oral), que constitui uma das projeções concretizadoras do direito de defesa, enseja, quando configurado, a própria invalidação do julgamento realizado pelo Tribunal, em função da carga irrecusável de prejuízo que lhe é insita.” (HC nº 103.867 – Rel. Min. Celso de Mello – DJe de 29.06.2010.)



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Democrático de Direito e da própria moralidade administrativa, cuja publicidade dos atos é elemento norteador da atuação do Poder Público.

A propósito, quem melhor definiu a importância da participação do advogado na sessão de julgamento e o uso da palavra como corolário explícito e evidente da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, foi o eminente Ministro CARLOS BRITTO, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin) nº 1.127 (em que se discutia a suspensão da eficácia de alguns dispositivos da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que, com a inteligência que sempre o caracterizou, magistralmente pontuou que :

*“(...) estamos cuidando de sustentação oral, e, de fato, ela é expressão do contraditório na sua oralidade. Não há como negar isso. **É até o clímax do contraditório oral no âmbito do devido processo legal.** Mesmo atingindo esse ponto mais alto, não deixa de ser contraditório, e é claro que o contraditório antecede o julgamento)”¹⁷ (sublinhamos)*

Não há, pois, como se admitir que o processo administrativo esteja à margem do sistema jurídico brasileiro, ignorando os mandamentos constitucionais e criando suas próprias regras.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento RE 597.148, recentemente entendeu que o processo administrativo que descumpra o princípio da publicidade fere um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Na referida ocasião **foi declarada nula** uma sessão secreta em que a Corregedoria da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul decidiu expulsar um cabo da corporação, bem como determinado que fosse feito novo julgamento com a prévia ciência da parte e de seu advogado (documento anexo).

¹⁷ Voto do Min. Carlos Britto no julgamento da ADIn nº 1.127. Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, DJe de 11.06.2010).



Ordem dos Advogados do Brasil

Seção do Estado do Rio de Janeiro

Procuradoria

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. RECURSO JULGADO EM SESSÃO SECRETA: NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRECEDENTES.

PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. (RE 597.148, STF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, Julgamento em 04/02/2014)

No referido caso, o Pretório Excelso refutou o argumento utilizado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul no sentido de que teria sido respeitado o Decreto Regional nº 1.261/81, no qual afirmava que “a legislação vigente determina que seja secreta a sessão de deliberação do relatório e, além disso, evidencia-se dos autos que a apelante teve ciência dos atos praticados”.

A Ministra Relatora, com a sensibilidade que lhe é peculiar, entendeu que a possibilidade de apresentar recursos após a deliberação do conselho não substitui o direito constitucional de que a parte esteja presente no seu próprio julgamento.

Ora, V.Exa, o referido caso, ainda que no mérito não seja igual ao discutido no presente caso dos autos, a matéria de fundo é a mesma! Ou seja, resguardar o direito ampla defesa e ao contraditório da parte, sem a possibilidade existir sessões secretas. Além disso, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, ultrapassou o ponto pertinente a legislação, pois a legislação local previa que o julgamento deveria ser secreto.

Outro ponto abordado seria que em sede judicial, não há intimação para que o advogado possa participar no julgamento de primeira instância, qual seja do ato decisório do juiz. Tal alegação do Impetrado beira o absurdo, tendo em vista que o ato do juiz possui caráter monocrático enquanto que na Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) o julgamento é feito de forma colegiada. Lembre-se ainda que no



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

caso do juiz, mesmo sendo ato monocrático é facultado ao advogado expor suas razões de maneira oral, em audiência previa ao ato decisório, ou ainda “despachar” no gabinete do magistrado antes da tomada de decisão.

O Impetrado alega em outro giro, que o Decreto 70.235 aduz que as decisões serão tomadas por órgão de deliberação interna e natureza colegiada, sendo que o fato de ser deliberação interna seria de único acesso dos julgadores. Quanto a este argumento, melhor sorte também não possui o Impetrado. Não há hipótese de mera deliberação interna em processo administrativo que produza efeitos jurídicos patrimoniais aos administrados, inclusive com a imputação de penalidades. Ao menos não com o sentido que procura dar o Impetrado, extraindo de tal termo a desnecessidade de participação e ciência do contribuinte e dos respectivos advogado do dia, hora e local das sessões de julgamento.

Vale frisar que o julgamento secreto “de deliberação” interna atenta contra a publicidade dos atos administrativos, conforme anterior e amplamente mencionada, inclusive sendo tal ponto reconhecido expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, no caso do julgamento secreto do Policial Militar nos autos do RE 597.148 de Relatoria da Ministra Carmem Lúcia.

Outro argumento levantado para especular a posição do STF sobre o que se configura o núcleo essencial dos princípios da ampla defesa e do contraditório está no fato de o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prever que nem todos os julgamentos necessitam ser precedidos por publicidade de pauta.

Ocorre que os incidentes e recursos em que o STF – que não é uma corte de cassação e possui um filtro de acesso restrito – admite possam ser julgados sem prévia publicação de pauta: (i) ou não se tratam de hipóteses de julgamento de impugnação direta do mérito, ao menos em 1ª oportunidade; (ii) ou não se tratam de recursos com efeitos devolutivos amplos (ao contrário da impugnação administrativa



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

que devolve a totalidade do conteúdo do auto de infração à DRJ, que pode simplesmente anulá-lo ou mantê-lo na íntegra).

De todo modo, ainda assim, nos exemplos colhidos do regimento interno do STF, embora sem publicação de pauta, os julgamentos são públicos e as sessões abertas a quem queira assistir, em especial os interessados. Outra peculiaridade importante é que, regra geral, não é admitida a discussão de fatos nos recursos excepcionais, ao contrário do que acontece no processo administrativo fiscal.

Note-se, ainda, que em tais casos o principal motivo para a mitigação da ampla defesa e do contraditório são questões de ordem prática e que dizem com a racionalização do procedimento, o que pode até ser aceitável quando se tratar de um recurso ou incidente em que se está impugnando pela terceira ou quarta vez determinada matéria. Porém, por certo não se coaduna, tampouco guarda similitudes, com situações de primeira oportunidade de impugnação, seja em esfera judicial ou administrativa, como no presente caso.

Quanto ao plenário virtual para reconhecimento de repercussão geral, trata-se de decisão de mera admissibilidade do recurso na qual não se discute o mérito da causa, mas apenas a possibilidade do seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, em nada se assemelha ao que aqui se discute.

Outra crítica que não prospera é o suposto prejuízo ao princípio da duração razoável do processo que a necessidade de intimação dos contribuintes ocasionaria. Pois bem, a intimação do patrono constituído na causa, poderá ocorrer por publicação em diário oficial, a exemplo de como ocorre com o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), bem como do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro. Nessa linha, restariam afastados os argumentos da perda de celeridade e aumento dos custos com intimação, pela necessidade de envio de cartas pelo correio, o



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

que, contudo, nunca foram argumentos com força jurídica suficiente para objurgar os direitos fundamentais que se encontram em jogo.

Ainda nesse tópico, um último argumento não merece ficar sem resposta. Alega o Impetrado a impossibilidade de realizar julgamentos em lote, em decorrência da participação de advogados e contribuintes.

Primeiramente, o julgamento em lote discrepa frontalmente dos princípios da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que a discussão no contencioso administrativo fiscal é eminentemente uma matéria de prova, e, sendo julgado em lote, é imaginável que em muitos casos haverá prejuízo para alguns contribuintes, logo, o julgamento em lote já é em si um afronta seus direitos e garantias.

De qualquer forma, mesmo com essa possibilidade, um simples pedido de preferência quando do julgamento resolveria a questão, levando esses processos à análise separada e os demais processo continuariam com seu trâmite normal de julgamento “em lote”.

Em resumo, resta claro que nos termos da jurisprudência mais atual do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de ser cientificado, estar presente e participar efetivamente da sessão de julgamento de qualquer processo que possa interferir na sua esfera de direitos compõe sim o núcleo essencial dos direitos fundamentais ao contraditório e a ampla defesa.

**DEMAIS PRINCÍPIOS QUE TAMBÉM IMPÕEM A PUBLICIDADE DAS
SESSÕES DE JULGAMENTOS NA DRJ/RJO**

No que diz respeito especificamente à publicidade dos julgamentos, algumas considerações pontuais ainda podem ser feitas. Primeiramente, não é demais destacar que com base nos princípios republicano (art. 1º da CRFB/88), da transparência



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

(implicitamente contido também no art. 1º da CRFB/88), da publicidade (art. 37, *caput* da CRFB/88) e da moralidade (art. 37, *caput* da CRFB/88) não é aceitável que agentes públicos, remunerados pelo erário público, se reúnam para tomar uma decisão colegiada, e que produz consequências jurídicas na órbita de direitos de um contribuinte de maneira secreta, à sorrelfa e sem previa ciência do interessado ou de seus advogados.

Sobre o princípio republicano o STF assim já decidiu, veja-se:

“(…). A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.
(SS 3902 AgR-segundo, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2011, DJe 03-10-2011)”

Por tudo, não há justificativa jurídica plausível no âmbito de um Estado Democrático de Direito que sustente a lógica das sessões secretas. Ao menos não sem se ferir os já mencionados princípios. Os argumentos lançados que dizem com a dificuldade de implantação do procedimento requerido na presente ação não jurídicos, são difícil ou impossível objetivação e não podem ser reconduzidos a nenhum direito constitucionalmente garantido.

Ainda que fosse possível, princípios como a duração razoável do processo e eficiência, utilizados pelo Impetrado, não servem para solapar as garantias constitucionais do processo, tampouco seriam capazes de prevalecer em uma ponderação que levasse em consideração também os princípios republicano, da transparência, da moralidade e publicidade.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

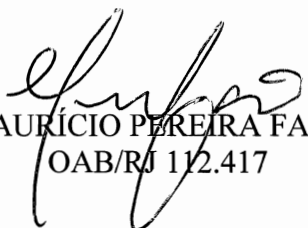
CONCLUSÃO

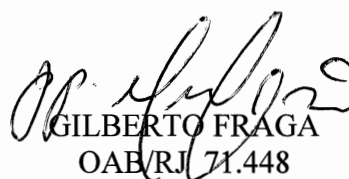
Por todos os argumentos aqui expostos, pleiteia a Impetrante seja concedida a ordem e julgados procedentes *in totum* os pedidos determinando que a DRJ/RJO, nos julgamentos de sua competência, seja obrigada a disponibilizar previamente as pautas de julgamento com data local e hora das sessões, seja franqueada a presença dos contribuintes e dos advogados nas sessões de julgamento, inclusive com a entrega de memoriais, sustentação oral, requisição de produção de provas e participação em debates.

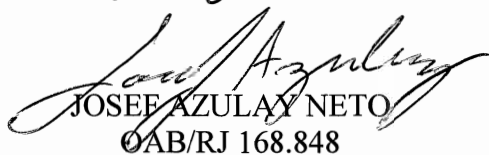
Caso se entenda de maneira diversa, o que se aceita exclusivamente em respeito ao princípio da eventualidade, requer que seja confirmada a liminar já concedida por V. Exa. de modo que sejam mantidos os efeitos dessa decisão.

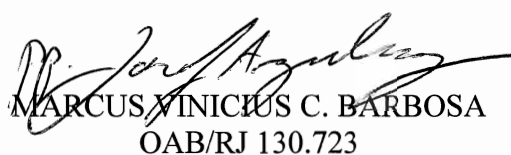
Termos em que,
Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 09 de abril de 2014.


MAURÍCIO PEREIRA FARO
OAB/RJ 112.417


GILBERTO FRAGA
OAB/RJ 71.448

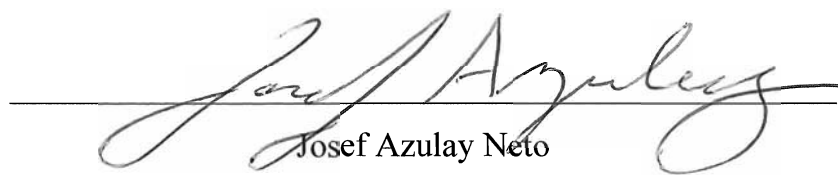

JOSEF AZULAY NETO
OAB/RJ 168.848


MARCUS VINICIUS C. BARBOSA
OAB/RJ 130.723

Substabelecimento

Substabeleço, com reservas de iguais, na pessoa do Dr. **MARCUS VINICIUS CARDOSO BARBOSA**, solteiro, inscrito na OAB/RJ nº 130.723, residente na Rua Barão de Lucena, 135/406, nesta cidade do Rio de Janeiro, os poderes que me foram conferidos por **OAB/RJ- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, para exercer todos os poderes da cláusula *ad-judicia et extra*, podendo representar a Outorgante perante a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, Secretária da Receita Federal e em todas as instâncias e/ou tribunais, podendo propor e responder a ações, interpor recursos, protocolar petições, acordar, discordar, transigir e ratificar termos, solicitar certidões positivas e negativas, receber e dar quitação, nos autos do **Mandado de segurança nº 2014.51.01.000113-7**, em trâmite perante a 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – RJ, para assim, praticar todos os atos necessários para o bom e fiel cumprimento deste mandado.

Rio de Janeiro, 08 de abril de 2014.


Josef Azulay Neto
OAB/RJ nº 168.848

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 597.148 MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
RECTE.(S) : ALCINDO DA SILVA LOPES
ADV.(A/S) : JOSÉ BELGA ASSIS TRAD
RECDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR.
DEMISSÃO. PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.
RECURSO JULGADO EM SESSÃO
SECRETA: NECESSIDADE DE
OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA
PUBLICIDADE, DO CONTRADITÓRIO E
DA AMPLA DEFESA. PRECEDENTES.
PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE: SÚMULA N.
284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
PARCIALMENTE PROVIDO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base nas alíneas *a* e *c* do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – PROCESSO ADMINISTRATIVO – SESSÃO SECRETA – DELIBERAÇÃO DO RELATÓRIO – PREVISÃO LEGAL – RECURSO IMPROVIDO. Não é ilegal a sessão secreta de

RE 597148 / MS

deliberação do relatório realizada pelo Conselho de Disciplina da Polícia Militar, tendo em vista que se encontra amparada por Decreto em vigência no ordenamento jurídico”.

Os embargos de declaração opostos pelo Recorrente foram rejeitados (fls. 582-585).

2. O Recorrente alega que o Tribunal *a quo* teria contrariado os arts. 5º, inc. LV, 37 e 93, inc. IX, da Constituição da República.

Afirma ter sido “submetido a um processo administrativo disciplinar no âmbito da Corregedoria da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, no qual foi interrogado, apresentou defesa prévia, ouviu testemunhas e ofereceu alegações finais”.

Assevera que, “concluída a fase instrutória, o Conselho de Disciplina da Corregedoria da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, formado por três policiais nomeados pelo Comandante Geral da Polícia Militar, reuniu-se, EM SESSÃO SECRETA, SEM A PRESENÇA DO ACUSADO E DO SEU DEFENSOR E SEM TAMPOUCO QUE AMBOS TIVESSEM SIDO PREVIAMENTE CIENTIFICADOS DO JULGAMENTO, para julgamento disciplinar do recorrente. Na oportunidade, decidiu-se pela exclusão do recorrente dos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul” (fl. 589).

Informa que, “intimado posteriormente da decisão do Conselho de Disciplina, o recorrente apelou sem sucesso ao Comandante Geral da Polícia Militar” (fl. 590).

Sustenta que, “ao decidir pela improcedência do pedido inicial ao argumento de que o ‘Conselho de Disciplina agiu em conformidade com o dispositivo expresso em lei, ao realizar a sessão secreta de deliberação do relatório’ ou de que ‘mesmo que o Decreto n. 1.261/81 tenha sido redigido enquanto vigorava o regime ditatorial, vê-se que ainda encontra-se em vigor, não tendo

RE 597148 / MS

sido revogado por lei posterior’, a Corte a quo atropelou o princípio da soberania da Constituição, positivado no artigo 1º, I, e parágrafo único, da Carta, pois preferiu julgar válido um ato administrativo amparado em lei local, mas repudiado pela Constituição Federal” (fl. 593).

E conclui:

“por isso, não faz qualquer sentido desprezar, como fez o Tribunal a quo, as alegações do recorrente de que a ausência de prévia ciência do ato e de que a realização da sessão de julgamento de forma secreta foram procedimentos atentatórios aos preceitos democráticos, a pretexto da existência de regulamentação legal, tanto mais porque se verifica que o texto normativo que deu suporte ao procedimento adotado pelo Conselho de disciplina da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul é um decreto redigido ao tempo da ditadura militar, anterior e em franco conflito com a Constituição Federal (...) Portanto, não é difícil perceber que a sessão secreta de deliberação do relatório, por intermédio da qual o recorrente foi excluído dos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, é contrária ao que preceituam os artigos 37 [princípio da publicidade] e 93, IX, da Constituição Federal” (fls. 593-594, grifos no original).

Pede o “o conhecimento do presente recurso (...) para, declarando-se a inconstitucionalidade dos artigos 9º, parágrafo primeiro, e 12 do Decreto Estadual n. 1.261/81, dar provimento ao recurso extraordinário, reformando-se o acórdão recorrido para julgar procedentes os seguintes pedidos formulados na inicial: a) declarar nula a Reunião do Conselho de Disciplina, determinando-se que novo julgamento pelo Conselho deva ser realizado com prévia ciência do acusado ou do seu defensor, que deverão se fazer presentes, podendo fazer uso da palavra; b) que o recorrente seja reintegrado no cargo de Policial Militar e que a recorrida seja condenada a pagar a quantia de R\$ 7.026,45 (...), bem como pagar ao requerente os proventos que não foram pagos no curso desta ação” (fl. 596).

3. Em 5.3.2009, neguei seguimento à Ação Cautelar n. 2.271/MS, ajuizada pelo ora Recorrente, ao fundamento de que o requerimento liminar nela formulado era satisfativo e ultrapassava os limites do pedido

RE 597148 / MS

apresentado no presente recurso extraordinário (DJ 27.3.2009).

4. Em 24.6.2013, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso nos termos seguintes:

“A sede da matéria parece estar disciplinada nos artigos 5º, LV, e 37, caput, da Constituição. Ambas as normas, ao menos nos aspecto discutido neste caso parecem combináveis entre si, de modo a se ler na primeira delas um direito fundamental do cidadão a ver observada a publicidade da atividade administrativa, imposta na segunda. Em outras palavras, ao direito fundamental do recorrente a um processo com ampla defesa corresponde o dever do poder público de lhe franquear e a seu defensor o acesso à sessão administrativa, onde selado seu destino na PMMS.

Ao contrário do normal dos casos, nos quais a constatação de ofensa à ampla defesa e ao devido processo legal depende da revisão do direito ordinário ou complementar, este feito parece traduzir desrespeito do direito fundamental invocado no recurso, por lhe atingir o âmago: ao menos na configuração da ordem constitucional de 1988, a publicidade do julgamento parece imperativo da defesa digna de tal nome. Sobretudo no âmbito da administração pública, regida de modo expresso pela publicidade, em decorrência do caput do art. 37 da Constituição.

Outra prova sistemática de tal asserto está em que a própria Constituição estipulou as exceções a tal diretiva, tanto no que diz respeito à esfera judicial (artigos 5º, XXXVIII, b; e 93, IX), como no que tange à executiva (art. 5º, XXXIII).

A interpretação sistemática mostra, ademais, que mesmo os casos nos quais se decidem temas sob sigilo, a presença da parte ou, quando nada, de seu defensor, como se vê no art. 93, IX, da Constituição.

A vedação de sessões de julgamento secretas parece ter sido reconhecida em precedente do Supremo Tribunal Federal, embora nela também se reconheça a recusa sigilosa de magistrados para a composição de Tribunais. Eis o que parece ser a linha geral do entendimento do Supremo Tribunal Federal:

RE 597148 / MS

(...)

RE 195.612, Rel. Min. Ellen Gracie.

Noutro precedente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, quanto ao processo penal militar: 'convivência, reconhecida por esta corte, com a constituição federal (art. 93, IX), da norma do art. 434 do CPPM, que prevê sessão secreta para os julgamentos do conselho de justiça, desde que assegurada a presença das partes e de seus advogados (RHC 67.494 - Ministro Passarinho)'. A similitude com o conselho de sentença disciplinar dispensa maiores comentários.

Logo, a sessão de julgamento do recorrente parece nula, de modo que deve ser repetida, facultando-se-lhe e a seu defensor a intimação e a presença em nova oportunidade, na qual o caso será reexaminado.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso para o fim mencionado" (fls. 621-623).

Examinados os elementos havidos nos autos, **DECIDO**.

5. Razão jurídica assiste em parte ao Recorrente.

6. No voto condutor do acórdão recorrido, o Desembargador Relator asseverou:

"Alcindo da Silva Lopes, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Anulatória que move em face de Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe apelação cível, alegando que o Decreto n. 1.261/81 foi redigido enquanto vigorava o regime ditatorial e é anterior e em conflito com as normas constitucionais que asseguram a publicidade dos atos, o contraditório e a ampla defesa.

Aduz que foi processado administrativamente pelo Conselho de Disciplina e julgado numa sessão secreta sem a sua presença e a do seu defensor e sem tampouco que ambos tivessem sido cientificados do julgamento, o que é absolutamente incompatível com o regime democrático, na medida em que tal conduta viola os artigos 37 e 93, IX, da CF, que asseguram a publicidade dos atos processuais, além dos artigos 5º, LV e LIV, da CF, que asseguram o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

RE 597148 / MS

Requer seja dado provimento ao recurso.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Alcindo da Silva Lopes contra a sentença prolatada pelo Juiz da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedentes os pedidos formulados na Ação Anulatória de Processo Administrativo proposta pelo ora apelante.

A sentença recorrida não merece ser reformada.

Alega que o Decreto n. 1.261/81 foi redigido enquanto vigorava o regime ditatorial e é anterior e em conflito com as normas constitucionais que asseguram a publicidade dos atos, o contraditório e a ampla defesa.

Aduz que foi processado administrativamente pelo Conselho de Disciplina e julgado numa sessão secreta sem a sua presença e a do seu defensor e sem tampouco que ambos tivessem sido cientificados do julgamento, o que é absolutamente incompatível com o regime democrático, na medida em que tal conduta viola os artigos 37 e 93, IX, da CF, que asseguram a publicidade dos atos processuais, além dos artigos 5º, LV e LIV, da CF, que asseguram o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

O magistrado a quo assim decidiu a questão:

'O requerente argumenta, ainda, que o julgamento pelo Conselho de Disciplina ocorreu às portas fechadas, em sessão secreta, sem a presença do acusado e do seu defensor, uma vez que não foram cientificados para tal ato.

Ao compulsar o Decreto Estadual n. 1.261/81, constata-se que a sessão de julgamento dos atos processados durante o procedimento administrativo para exclusão é, em verdade, realizado em sessão secreta.

Vejamos.

"Art. 9. Ao acusado é assegurada ampla defesa, tendo ele, após o interrogatório, prazo de cinco dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Disciplina fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham com minúcias, o

RE 597148 / MS

relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados.

§ 1º O acusado deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Disciplina, exceto à sessão secreta de deliberação do relatório. "

Pelo exposto, observa-se que a argumentação do requerente não deve prosperar, ademais, demonstra desconhecer as bases normativas do procedimento que lhe infligiu a pena de demissão do serviço militar" (f. 517-518).

Dispõe o § 1º do artigo 9º do Decreto n. 1.261, de 02 de outubro de 1981, sobre a sessão secreta de deliberação do relatório:

'Art. 9º - Ao acusado é assegurada ampla defesa, tendo ele, após o interrogatório, prazo de 5 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Disciplina fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham, com minúcias, o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados.

§ 1º O acusado deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Disciplina, exceto a sessão secreta de deliberação do relatório' (grifado).

Verifica-se, portanto, que o Conselho de Disciplina agiu em conformidade com dispositivo expresso em lei, ao realizar a sessão secreta de deliberação do relatório.

Ademais, mesmo que o Decreto n. 1.261/81 tenha sido redigido enquanto vigorava o regime ditatorial, vê-se que ainda encontra-se em vigor, não tendo sido revogado por lei posterior.

Não fosse isto, restou consignado no voto por mim prolatado quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 2008.003677-9, que, por unanimidade, foi negado provimento:

'..., não deve prevalecer o argumento do agravante de que a sessão realizada pelo Conselho de Disciplina deveria ser realizada com a presença do acusado e do seu defensor, visto que a norma que disciplina referida questão não deixa dúvidas quanto ao seu procedimento.

A propósito, o artigo 12 do Decreto n. 1.261/81 prevê como a sessão deve ser realizada:

"Art. 12 - Realizadas todas as diligências, o Conselho de Disciplina passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório

RE 597148 / MS

a ser redigido. 1º - O relatório, elaborado pelo escrivão e assinado por todos os membros do Conselho de Disciplina, deve decidir se a praça: a) é, ou não, culpada da acusação que lhe foi feita; ou b) no caso do inciso III do artigo 2º, levados em consideração os preceitos de aplicação da pena previstos no Código Penal Militar, esta ou não incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade. 2º - A decisão do Conselho de Disciplina e tomada por maioria de votos de seus membros. 3º - Quando houver voto vencido, e facultada sua justificação por escrito. 4º - Elaborado o relatório, com termo de encerramento, o Conselho de Disciplina remete o processo ao Comandante-Geral da Corporação.”

Por oportuno, a questão referente à sessão secreta também é disposta para o Conselho de Justiça, no artigo 434 do Código de Processo Militar, verbis:

‘Art. 434. Concluídos os debates e decidida qualquer questão de ordem levantada pelas partes, o Conselho de Justiça passará a deliberar em sessão secreta, podendo qualquer dos juizes militares pedir ao auditor esclarecimentos sobre questões de direito que se relacionem com o fato sujeito a julgamento.’

Portanto, verifica-se que o agravante, mesmo sendo representado no Processo Administrativo Disciplinar por profissional apto para tanto (Fls. 340; 343/345 TJ/MS), não poderia permanecer na sessão de deliberação do relatório, consoante determinação de dispositivo expresso em lei.

Cumprе esclarecer, outrossim, que a defesa do agravante foi fartamente produzida em etapas anteriores, o que não caracteriza ofensa ao inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Por sua vez, em sede de cognição sumária, nota-se que o agravante teve ciência dos atos praticados na sessão de deliberação do relatório, tanto que ao cotejar os autos verifica-se a publicação no Boletim do Comando Geral n. 126, de 10 de julho de 2007 (Fls. 348 TJ/MS), do ato realizado pela Autoridade Administrativa, e o ofício encaminhado à Procuradora do agravante, dando-lhe ciência dos atos

RE 597148 / MS

praticados’.

Logo, a legislação vigente determina que seja secreta a sessão de deliberação do relatório e, além disso, evidencia-se dos autos que o apelante teve ciência dos atos praticados na sessão de deliberação do relatório, tanto que interpôs recurso administrativo (f. 355-360), oportunidade em que não questionou a ilegalidade da realização da sessão secreta.

Por outro lado, resta evidenciada a obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, já que o apelante foi acompanhado da sua defensora ao interrogatório (f. 314-316 - TJ/MS), apresentou defesa prévia e indicou testemunhas (f.325 - TJ/MS), bem como apresentou alegações finais (f. 286-390 - TJ/MS).

Vale ressaltar, também, que, quando do julgamento do agravo regimental em mandado de segurança interposto pelo ora apelante - Processo n. 2008.008747-7/001.00, da relatoria do Des. João Maria Lós, foi analisada a questão referente à sessão secreta:

‘(...)

No caso em apreço, pretende o impetrante que seja reintegrado ao cargo de policial militar tendo em vista que, na sua convicção, o procedimento adotado pelo Conselho de Disciplina se mostra incompatível com o regime democrático, pois viola os artigos 37 e 93, IX, da Constituição Federal, que asseguram a publicidade dos atos processuais, assim como os artigos 5º, LV e LIV, que garantem o contraditório, ampla defesa e o devido processo legal

Todavia, não vislumbro a relevância do fundamento que escoram o pedido do impetrante, porquanto a decisão impugnada não se mostra teratológica ou flagrantemente ilegal a ponto de ensejar a ação mandamental, relevando-se, pois, meio inadequado para o escopo visado pelo impetrante.

O fundamento utilizado no ato judicial impugnado escorase no ordenamento jurídico aplicável ao caso versado nos autos. Não se mostra ilegal, portanto, na medida em que proferida nos limites do artigo 9º, § 1º, do Decreto n. 1.261, de 08 de outubro de 1981, que assim dispõe: (...)

O uso do mandado de segurança como remédio jurídico

RE 597148 / MS

para obter a concessão da medida requerida em sede de agravo de instrumento, como se afirmou, é excepcional, em que o impetrante deve demonstrar seu direito líquido e certo à proteção judicial objetivada naquele recurso, aliado à demonstração da ilegalidade do ato e da relevância de sua fundamentação.

Ora, se a decisão atacada neste mandamus entendeu, em juízo preliminar, que o ato do Conselho de Disciplina, de deliberar em sessão secreta sobre o relatório, tal decisum deu concretude ao que consta no ordenamento jurídico em vigor, qual seja, a norma jurídica acima transcrita, que possibilita a realização da sessão secreta no caso específico, e por isto mesmo não se pode considerá-la abusiva, ilegal ou teratológica, a ponto de ser desafiado pelo mandado de segurança, que no caso tem cabimento em situações extremas em que fique cabalmente demonstrado a lesão grave e de difícil reparação a que estaria sujeito o impetrante, se a ordem não for concedida'.

Logo, não merece reparos a sentença recorrida.

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento (fls. 571-574, grifos nossos).

7. Cumpre registrar, inicialmente, não prosperar o fundamento adotado pelo Tribunal *a quo* no sentido de que a validade da sessão secreta (na qual houve a leitura do relatório e o julgamento do Recorrente), prevista no art. 9º, § 1º, do Decreto estadual n. 1.261/1981, teria respaldo, por analogia, no art. 434 do Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei n. 1.002/1969).

O art. 434 do Código de Processo Penal Militar dispõe:

"Art. 434. Concluídos os debates e decidida qualquer questão de ordem levantada pelas partes, o Conselho de Justiça passará a deliberar em sessão secreta, podendo qualquer dos juízes militares pedir ao auditor esclarecimentos sobre questões de direito que se relacionem com o fato sujeito a julgamento" (grifos nossos).

RE 597148 / MS

Com o advento da Constituição da República de 1988, este Supremo Tribunal foi instado a manifestar-se sobre a possibilidade de serem admitidas sessões secretas de julgamento pelo Conselho de Justiça.

No julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 67.494/RJ, Relator o Ministro Aldir Passarinho, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal decidiu:

“PROCESSUAL PENAL MILITAR. SESSÃO DE JULGAMENTO (CPPM, ART. 434, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 93, IX). PRESENÇA DO ADVOGADO. EMBORA O CPPM PREVEJA A SESSÃO SECRETA PARA O JULGAMENTO PELO CONSELHO DE JUSTIÇA (ART. 434), A NOVA CARTA POLÍTICA ISSO PROIBE, MAS PODE SER LIMITADA A PRESENÇA AS PRÓPRIAS PARTES E A SEUS ADVOGADOS, OU SOMENTE A ESTES (ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). NÃO HÁ, ENTRETANTO, NULIDADE A DECLARAR SE O ADVOGADO, APESAR DE CONVIDADO A PERMANECER NO RECINTO DE VOTAÇÃO, DELE SE RETIROU, POR VONTADE PRÓPRIA. E SEQUER A ALEGADA AUSÊNCIA FOI APONTADA COMO CAUSA DE NULIDADE NOS MOMENTOS PROPRIOS (CPPM, ARTS. 501 E 504). NÃO CABE, OUTROSSIM, REABERTURA DE PRAZO PARA A APELAÇÃO, SE RAZÃO INEXISTE PARA TAL CONCESSÃO” (DJ 16.6.1989, grifos nossos).

Na mesma linha:

“HABEAS CORPUS. POLICIAIS MILITARES. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA, RESULTANTE DA NOMEAÇÃO DE UM SÓ DEFENSOR DATIVO PARA OS TRES ACUSADOS; DE NÃO HAVER ESTE ARROLADO TESTEMUNHAS, NEM FORMULADO QUESITOS PARA AQUELAS OUVIDAS POR MEIO DE PRECATORIA; E DE HAVER-SE LIMITADO, QUANDO DAS ALEGAÇÕES FINAIS, A PROTESTAR POR SUA APRESENTAÇÃO PERANTE O CONSELHO DE JUSTIÇA, ONDE, EM FACE DE RENUNCIA, ESTEVE SUBSTITUIDO

RE 597148 / MS

POR NOVO DEFENSOR QUE SE CINGIU A OFERECER SINGELO MEMORIAL. PRETENTIDA NULIDADE DO PROCESSO TAMBÉM POR INCOMPETENCIA DA JUSTIÇA MILITAR E POR HAVER SIDO REALIZADO EM SESSAO SECRETA. INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA COMETIDO POR MILICIANOS EM SERVIÇO DE POLICIAMENTO CIVIL, CARACTERIZADO PELO FATO DE HAVEREM LIBERADO MELIANTES DETIDOS EM TROCA DE MERCADORIAS POR ELES FURTADAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR, RECONHECIDA PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 69571 - MINISTRO PERTENCE). HARMONICAS AS VERSÕES DADAS PELOS PACIENTES, SEM ACUSAÇÕES RECÍPROCAS, NÃO HÁ COMO SE TER POR INADEQUADO O PATROCÍNIO DESEMPENHADO PELO MESMO DEFENSOR DATIVO. REGULAR INTIMAÇÃO AO DEFENSOR DA EXPEDIÇÃO DAS CARTAS PRECATORIAS E DA DESIGNAÇÃO DE DATA PARA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS, QUE FORAM OUVIDAS NA PRESENÇA DE DEFENSOR "AD HOC", CUJA NOMEAÇÃO RECAIU NA PESSOA DE ADVOGADO QUE HAVIA DEFENDIDO OS PACIENTES NO PROCESSO INICIADO PERANTE A JUSTIÇA COMUM. CONVIVENCIA, RECONHECIDA POR ESTA CORTE, COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 93, IX), DA NORMA DO ART. 434 DO CPPM, QUE PREVE SESSAO SECRETA PARA OS JULGAMENTOS DO CONSELHO DE JUSTIÇA, DESDE QUE ASSEGURADA A PRESENÇA DAS PARTES E DE SEUS ADVOGADOS (RHC 67.494 - MINISTRO PASSARINHO). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO DECORRENTE DAS DEMAIS IRREGULARIDADES APONTADAS, QUE CONFIGURARIAM SIMPLES NULIDADE RELATIVA (SÚMULA 523). DESCABIMENTO DO HABEAS CORPUS, NO QUE TANGE A PENA DE PERDA DE CARGO PÚBLICO, QUE NÃO COMPROMETE A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO, ÚNICO OBJETO SOB A TUTELA DESSE REMÉDIO

RE 597148 / MS

CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STF (HC 68.507 - MINISTRO SYDNEY SANCHES). HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, INDEFERIDO" (HC 69.968/PR, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 1º 7.1993, grifos nossos).

8. Nos termos do que previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República, os atos praticados pela Administração Pública devem estar em consonância com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

9. Conforme ressaltei em outra oportunidade, o processo administrativo mostra-se indispensável, pois *"o patrimônio jurídico do interessado pela prática do ato é atingido[, fazendo-se necessária] (...) a sua ciência e para que ele, inclusive, possa se contrapor ao desfazimento do ato, oferecendo argumentos no sentido de sua manutenção ou da manutenção de seus efeitos"* (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*. Revista Trimestral de Direito Público, v. 17, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 24).

Como destaquei, a inclusão do processo administrativo como garantia constitucional significa que:

"o processo administrativo passou a ser um instrumento da Administração Pública democrática buscada num Estado no qual esse regime político seja adotado. Assim, o processo administrativo passou a ser considerado matéria constitucional, pois a sua garantia é fundamental, como o é o processo judicial. A necessidade de se transportá-lo para a sede constitucional impôs-se, então, em razão das transformações tanto do Estado quanto dos princípios que o regime político democrático ostenta. (...)

Note-se que o encarecimento do processo administrativo com os princípios que o norteiam em sistema constitucional não finda na dicção apenas de seu reconhecimento como garantia do administrado, mas se apresenta em outros direitos que são erigidos na mesma

RE 597148 / MS

condição constitucional fundamental, como se tem com o reconhecimento do direito de petição aos poderes públicos. Assim, a Constituição da República de 1988 estabelece ser 'a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder'. O exercício do direito de petição tangencia o processo administrativo, particularmente quando se cuida de impugnação (ou 'petição' para se manter a expressão constitucional) contra ilegalidade ou abuso de poder, porque se tem, então, inevitavelmente, um processo, no qual se abriga tanto o contraditório, quanto a ampla defesa, a segurança dos princípios processuais constitucionais explícitos e implícitos adotados pelo sistema. O direito de petição não começa e termina no pedido do administrado ou do agente público. A petição, obviamente, é apenas a primeira peça de um processo, que se desenrola, formalmente, para a obtenção do resultado segundo os princípios estabelecidos. Tal resultado mais não é que a prática eficaz, eficiente e justa da atividade administrativa juridicamente concebida.

A realização de um processo pela Administração Pública não é competência-faculdade, mas competência-dever vinculado. Alguns elementos admitidos para o exercício dessa competência podem ser discricionários, por exemplo, relativos ao momento, mas o exercício dela é sempre vinculado. Não cabe ao administrador público escolher a forma processual, ou eleger se processualiza determinado desempenho, ou não. Especialmente no que concerne ao dever de disciplinar-se interna e externamente e, no exercício da competência disciplinar, de processar, quando tanto se impuser pelo desempenho administrativo, a matéria põe-se como um dever administrativo: esse se cumpre para que a decisão legítima e obtida no fluxo de um processo democrático tenha eficácia e conteúdo de justeza e de justiça. Esse dever, de resto, decorre do compromisso ético interno e externo da Administração Pública Democrática, sem o que ela carece de legitimidade e de amparo jurídico-constitucional" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa. n. 136, Brasília, Senado, out/dez 1997, p. 10-13).

RE 597148 / MS

10. Um dos pilares do Estado Democrático de Direito é o devido processo administrativo, no qual se impõe a observância ao princípio da publicidade, pois o exercício da defesa e do contraditório pressupõe o conhecimento dos atos do processo:

“A publicidade da Administração é que confere certeza às condutas estatais e segurança aos direitos individuais e políticos dos cidadãos. Sem ela, a ambiguidade diante das práticas administrativas conduz à insegurança jurídica e à ruptura do elemento de confiança que o cidadão tem que depositar no Estado. (...)

Não se exige que se fiscalize, se impugne o que não se conhece. O acesso a quanto praticado administrativamente pelo Estado é que oferece os elementos para o exercício dos direitos do cidadão. A publicidade é, pois, fundamental para que os direitos conferidos constitucional e legalmente ao cidadão possam ser mais que letra de norma jurídica, mas tenham efetividade jurídica e social. Sem a publicidade da conduta administrativa do Estado não há como se cogitar da juridicidade e da moralidade administrativa, logo, não se há pensar também na eficácia do princípio da responsabilidade pública. (...)

A Democracia moderna e, em especial, aquela idealizada no Estado Contemporâneo, estabelece como princípio fundamental o da transparência, pois a relação política somente pode ser justificada pelo respeito ao outro e a todos, solapada como foi a tese e a prática de supremacia da vontade do governante sobre os governados.

Somente, pois, em casos especialíssimos pode-se ter como juridicamente aceitáveis as hipóteses de sigilo de determinados comportamentos, nos quais o motivo de interesse público comprovado exige o resguardo de informações sobre a prática administrativa. Assim, situações de guerra, por exemplo, em que a publicidade de todas as decisões pode prejudicar a própria sociedade diretamente interessada, motivam a exceção ao princípio” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 240-242).

11. O reconhecimento de que a garantia do devido processo

RE 597148 / MS

administrativo passa pela necessária observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa não é questão nova no ordenamento jurídico brasileiro.

As Constituições anteriores já garantiam ao servidor o direito à ampla defesa:

“Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes (...)

§ 16. Aos accusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)”
(Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891).

“Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta” (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934).

*“Art. 189 - Os funcionários públicos perderão o cargo:
(...)*

II - quando estáveis, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa”
(Constituição da República de 1946).

*“Art. 105. A demissão somente será aplicada ao funcionário:
(...)*

II - estável, na hipótese do número anterior ou mediante

RE 597148 / MS

processo administrativo, em que lhe seja assegurada ampla defesa"
(Constituição da República de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 1/69).

Na atual Constituição da República, que estendeu a garantia da ampla defesa e do contraditório não apenas aos litigantes em processo no Poder Judiciário, mas também na Administração Pública, como dispõe o inc. LV do art. 5º:

"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".

12. Ao confirmar a validade da sessão de julgamento secreta realizada pelo Conselho de Disciplina da Corregedoria da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul e negar ao Recorrente e ao seu advogado a prerrogativa de estarem presentes na realização desse ato, o Tribunal *a quo* contrariou as garantias da ampla defesa e do contraditório e o princípio da publicidade, norteadores do devido processo administrativo.

A possibilidade de interposição de recursos após a deliberação secreta do Conselho de Disciplina não substitui, tampouco supre a garantia de estar presente à sessão de julgamento na qual poderia acarretar eventual perda de direitos.

13. O Supremo Tribunal Federal assentou que a ausência de processo administrativo ou a inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa tornam nulo o ato de demissão de servidor público, civil ou militar, estável ou não.

No julgamento do Mandado de Segurança n. 24.268/MG, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, o Plenário deste Supremo Tribunal assentou:

RE 597148 / MS

“EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 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 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. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)” (DJ 17.9.2004).

Em seu voto vista no Mandado de Segurança n. 24.268, condutor do julgamento, o Ministro Gilmar Mendes asseverou:

“relativamente ao direito de defesa, que a Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

RE 597148 / MS

Como já escrevi em outra oportunidade, as dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos.

Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um 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' (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234).

Observe-se que não se cuida aqui, sequer, de uma inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição de 1891, asseverava, com precisão:

'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.' (Constituição Federal Brasileira -- Comentários, Rio de Janeiro, 1902, p. 323)''' (DJ 17.9.2004).

Ao julgar a Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 27.422/DF, o Ministro Celso de Mello afirmou:

"Cumpre ter presente, bem por isso, na linha dessa orientação, que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão, não pode 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 Público, de que resultem conseqüências 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

RE 597148 / MS

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.):

'RESTRIÇÃO 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, 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.

RE 597148 / MS

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, portanto, que assiste, ao cidadão (e ao administrado), mesmo em procedimentos de índole administrativa, 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, inciso LV.

O respeito efetivo à garantia constitucional do ‘due process of law’, ainda que se trate de procedimento administrativo (como o instaurado, no caso ora em exame, perante o E. Tribunal de Contas da União), 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, como parece suceder na espécie, importarem em invalidação, por anulação, de típicas situações subjetivas de vantagem.

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 pude 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.’

RE 597148 / MS

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, afeição 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.

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

RE 597148 / MS

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.

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 nesta decisão:

'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

RE 597148 / MS

que terão modificada situação já alcançada. (...).’ (RTJ 156/1042, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

Todos os fundamentos que dão suporte a esta decisão são motivados por situação que, aparentemente, justificaria a incidência, no caso, da Súmula Vinculante nº 3, cujo enunciado tem o seguinte conteúdo normativo:

‘Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.’ (grifei)(...)” (DJe 26.8.2008, grifos nossos)

E ainda:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA INDIRETA. PROCEDIMENTO PARA COLOCAÇÃO DE MAGISTRADO EM DISPONIBILIDADE. SESSÃO SECRETA DE JULGAMENTO. PROIBIÇÃO DA PRESENÇA DO ACUSADO E DE SEU DEFENSOR. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. Processo administrativo anulado, pelo Superior Tribunal de Justiça, com base na interpretação de normas infraconstitucionais. Interpretação esta, que, ademais, é a que melhor se coaduna com a garantia constitucional da ampla defesa. Recurso extraordinário não conhecido” (RE 195.612/RJ, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 14.6.2002).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LICENCIAMENTO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. A jurisprudência desta Corte tem se fixado no sentido de que a ausência de processo administrativo ou a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa tornam nulo o ato de demissão de servidor público, seja ele civil ou militar, estável ou não. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 513.585-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, Segunda

RE 597148 / MS

Turma, DJe 1º.8.2008).

“POLICIAL MILITAR. PRAÇA. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. LICENCIAMENTO EX OFFICIO, A BEM DA DISCIPLINA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA GARANTIA DO DUE PROCESS OF LAW. NULIDADE DO ATO PUNITIVO QUE NÃO RESPEITOU ESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO. - O Estado, em tema de punições de índole disciplinar, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade censória, o postulado da plenitude de defesa. O reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer sanção punitiva imposta pelo Poder Público exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância da garantia constitucional do “due process of law”. Doutrina. Precedentes. - A praça da Polícia Militar, ainda que não disponha de estabilidade, não pode sofrer desligamento de sua corporação, a bem do serviço público, a não ser que o Estado, na imposição dessa punição disciplinar (licenciamento ex officio), tenha efetivamente respeitado as garantias do contraditório e da plenitude de defesa, asseguradas, aos servidores públicos em geral, pelo art. 5º, LV, da Constituição da República, eis que esse preceito constitucional, para o fim referido, não estabelece qualquer distinção entre servidores civis e servidores militares. Precedentes” (AI 315.538/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 4.5.2005).

“Mandado de segurança. 2. Conselho Nacional de Justiça. 3. Procedimento de Controle Administrativo n. 35/2005. 4. Acórdão do CNJ que julgou procedente o PCA para desconstituir a decisão administrativa do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que realizou votação de atos de remoção voluntária de magistrados por meio de escrutínio secreto. 5. Alegação de que a decisão impugnada fundamentou-se na Resolução n. 6/2005 do CNJ, inaplicável à espécie, inexistindo obrigação legal de votação aberta e fundamentação expressa e pública no caso. 7. Improcedência das alegações da impetração. 7. Necessidade de motivação expressa, pública e

RE 597148 / MS

fundamentada das decisões administrativas dos tribunais. 8. Regra geral, que também vincula a votação de atos de remoção de magistrados, por força da aplicação imediata do art. 93, X, da Constituição. 9. Precedentes. 10. Mandado de segurança denegado” (MS 25.747/SC, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ 18.6.2012).

14. Quanto ao pedido de “*declara[ção de] inconstitucionalidade dos artigos 9º, parágrafo primeiro, e 12 do Decreto Estadual n. 1.261/81”* (fl. 596), incide na espécie a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal porque a alegada inaplicabilidade dessas normas estaduais se resolve em juízo de não recepção, não de inconstitucionalidade. Nesse sentido:

“Ementa: AGRADO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E DE BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO ÀS PESSOAS QUE NÃO ADERIRAM AO PROGRAMA. (...) Ao contrário do que sugerido pela agravante, a alegada inaplicabilidade do art. 3º da Lei estadual 7.567/1982 se resolve em juízo de não recepção, que é diverso do juízo de inconstitucionalidade. Aplicabilidade da Súmula 284 (art. 97 da Constituição). Agravo regimental ao qual se nega provimento” (RE 603.891-AgR/PR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 13.8.2012, grifos nossos).

15. Pelo exposto, **dou parcial provimento ao recurso extraordinário** (art. 557, 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), **para declarar nula a sessão secreta de julgamento realizada pelo Conselho de Disciplina e determinar novo julgamento do processo administrativo, com a prévia ciência do Recorrente e seu advogado, que poderão exercer o seu direito constitucional, assentado por este Supremo Tribunal Federal, de estarem presentes ao ato.**

RE 597148 / MS

Publique-se.

Brasília, 4 de fevereiro de 2014.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora