

Aplicação do princípio da ampla defesa no procedimento administrativo disciplinar

RUBEM RODRIGUES NOGUEIRA

Professor na Faculdade de Direito da Universidade Católica da Bahia.

1. Direito disciplinar e opinião doutrinária parecem acordes quanto à necessidade de garantir-se a defesa do acusado. A chamada “tendência de jurisdicionalização” no procedimento administrativo disciplinar implica, entre outras coisas, um *contraditório moderado*.

Mas o contraditório, mesmo temperado, está a indicar o cabimento da citação do acusado *antes* e não *depois* de concluída a instrução. É preferível, por mais democrática e mais concorde com a orientação jurisdicionalizante — diz um especialista —, fazer-se a citação antes de iniciada a instrução. (Carlos S. de Barros Júnior, “Do Poder Disciplinar na Administração Pública”, RT, 1972 — pág. 172). Em essência, não há diversidade entre o processo judicial e o administrativo, não sendo este mais do que uma espécie do processo em geral, conforme a observação de

Trabalho aprovado no III Encontro Nacional de Procuradores Municipais — Blumenau, julho de 1976.

JOSÉ MARIA VILLAR Y ROMERO. Tanto quanto o judicial, o processo administrativo, diz ele, tem por conteúdo a proteção do Direito, sua finalidade é a atuação concreta da vontade da lei, seu condicionamento é predominantemente jurídico. (Cf. JOSÉ MARIA VILLAR Y ROMERO, "Derecho Procesal Administrativo", Madrid, 1944, págs. 13 e segs.)

O art. 105, II, da Constituição Federal só permite a demissão do funcionário estável, precedendo processo administrativo, em que se lhe assegure "ampla defesa". Ficou aí, pois, consagrado o princípio inviolável da *ampla defesa* que o art. 153, § 15, assegura a todo acusado.

Afinal, como judiciosamente afirma TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, "O importante, neste particular, é a proteção dos direitos do acusado, tão merecedor de amparo quanto os das instituições, do patrimônio público e dos interesses da sociedade e do serviço público". (In "Direito e Processo Disciplinar", Fundação Getúlio Vargas, s/d, pág. 196.)

A nova Constituição da República Portuguesa, promulgada a 2 de abril de 1976, avançou mais ainda, inscrevendo no seu texto essa garantia explicitamente a favor do funcionário, quando dispõe, no Título IX (Administração Pública), art. 270 (Regime da função pública), nº 3, o seguinte: "*Em processo disciplinar são garantidas ao arguido a sua audiência e defesa*".

2. Em geral, as leis estatutárias brasileiras, quer da União ou dos Estados e Municípios, prescrevem a citação do acusado após o encerramento da instrução, para que ofereça a sua defesa, abrindo-se-lhe daí em diante o ensejo de examinar o processo na repartição e requerer "diligências imprescindíveis" (art. 222 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).

Assim sendo, o acusado não é inicialmente ouvido, as provas são colhidas pela Comissão de Inquérito na sua ausência, não tendo ele a oportunidade de contraditar testemunhas ou reinquiri-las, nem de formular quesitos em perícias promovidas nessa primeira fase.

Como conciliar tudo isso com a "ampla defesa" constitucionalmente estabelecida? Cabe a esta altura ter bem presentes as seguintes palavras de TEMÍSTOCLES CAVALCANTI:

"O assunto é digno de maior exame porque em franco desenvolvimento doutrinário e legislativo verifica-se uma evolução

do direito disciplinar quanto ao processo no sentido de reduzir-se cada vez mais o arbítrio da autoridade administrativa, substituindo-se esta feição discricionária por um processo de apuração de falta, depois de debate contraditório e plena defesa do acusado." (Cf. "Direito e Processo Disciplinar" cit., pág. 185.)

Depois, cumpre não perder de vista a circunstância relevante de que a própria Administração executa as penas disciplinares legalmente instituídas.

3. Quando o direito natural diz que "ninguém pode ser condenado sem ser ouvido", implicitamente está prescrevendo a precedência da audição do acusado a qualquer espécie de imputação suscetível de produzir pena.

Admite-se que a Administração Pública faça sindicância sem ouvir o indiciado, mas a partir do momento em que formula uma acusação específica com apoio nas informações colhidas, isto é, uma vez instaurado o procedimento Administrativo, com base no qual uma pena disciplinar será ou não aplicada a um funcionário determinado, este deve ser citado para fazer o que lhe pareça útil à sua defesa. A defesa não será eficazmente produzida, ou pelo menos corre o risco de não o ser, desde que ao funcionário se subtraia o direito de conhecer liminarmente a acusação formulada e acompanhar a produção de provas, reperguntar testemunhas ou contraditá-las, pedir diligências, requerer perícias, com vistas à sustentação de sua inocência. Isso é uma coisa, e outra, muito diferente, entrar o acusado num procedimento já *cheio* por iniciativa unilateral da Administração.

4. O debate contraditório e a plena defesa do acusado inspiram a necessidade de colocar o processo administrativo disciplinar, quanto a isso, o mais próximo possível do processo penal.

Um procedimento administrativo acessível ao indiciado desde a sua abertura, torna-lo-á, além disso, mais imune aos efeitos do controle judicial que agora não fica contido só nos limites restritos do conceito de legalidade formal da conduta da Administração, mas interfere mais profundamente, alcançando o mérito do ato examinado, a fim de apurar *se este se acha ou não calcado em provas*. Faz pouco tempo, com efeito, o Supremo Tribunal Federal (Pleno), em grau de embargos, firmou o entendimento de que, no exame da legalidade do ato administrativo, *pode o judiciário verificar se há provas não só do ilícito residual, como*

da ilicitude do ato atribuído ao funcionário como causa da demissão. (Emb. ao Rec. Extraord. nº 68.780-GB, ac. de 3-VI-71, in RTJ, 67/117.)

Com abundância de fundamentos jurídicos, defende o Prof. Sergio de Andrea Ferreira a necessidade de ser o procedimento disciplinar contraditório desde sua fase instrutória, sob pena de violação da garantia constitucional da “ampla defesa”, que se estende não só ao processo penal mas também ao parlamentar e administrativo. (Cf. SERGIO ANDREA FERREIRA, “A Garantia da Ampla Defesa no Direito Administrativo Processual Disciplinar”, in *Revista de Direito Público*, vol. 19, págs. 60-68.)

Na própria fase inquisitorial, a saber, na *sindicância*, tem-se admitido o cabimento do respeito ao princípio da ampla defesa com a audiência do funcionário. Haja vista o acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal (Pleno, aos 11 de maio de 1952, no RMS nº 1.664, do Distrito Federal, relatado pelo Ministro Luiz Gallotti. O funcionário, um médico (Dr. Nelson Maciel Pinheiro), fora punido, por meios sumários, com uma suspensão por 15 dias, sem prévia audiência. Impetrou e obteve mandado de segurança contra a punição. O STF decidiu então que, *por mais sumária que seja a apuração da falta, é necessário ouvir o funcionário antes da imposição da pena.*

Comentando essa decisão, o Prof. CAIO TÁCITO diz, entre outras coisas:

“O Poder disciplinar representa o equilíbrio entre a manutenção da moralidade e eficiência do serviço público e a proteção do indivíduo contra a prepotência administrativa. A ordem jurídica ao mesmo tempo que alarga a discricão do administrador na verificação das faltas e sua repressão disciplinar, cristaliza, na segurança da audiência do acusado, a diretriz de individualização das sanções administrativas.”

Segundo o eminente mestre, é livre a apuração de irregularidades *por meios sumários*, fora das hipóteses taxativas de inquérito administrativo, não se enquadrando as sindicâncias no rito do processo administrativo. Mas ainda aí entende caber a audiência do funcionário, que *é essencial ao exercício do direito de defesa*, e cuja realização se fará com maior ou menor ênfase, conforme a gravidade e as circunstâncias do caso. (Cf. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 37/345, comentário intitulado “Poder Disciplinar e Direito de Defesa”.)

5. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União manda que seja *citado* o indiciado, depois de finda a *instrução*, a fim de apresentar defesa, etc. Usa aí o legislador estatutário dois vocábulos que no campo do Direito têm significação estritamente jurídica: *citação e instrução*, não sendo admissível que os tomasse noutra qualquer sentido que não o técnico. Citação, define-a o clássico João Mendes de Almeida Júnior, “é o chamamento de alguém a Juízo para ver-se-lhe propor a ação e para todos os atos e termos da ação até final sentença e sua execução”. (“Direito Judiciário Brasileiro” 3ª ed., 1940 págs. 355-6. Grifos do texto transcrito.) O novo Código de Processo Civil, no art. 213, diz que “citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”. A *instrução* e a *formação da prova* em que o juiz deve apoiar a sua convicção, conforme se infere do ensinamento de PEDRO BATISTA MARTINS ao comentar o art. 39, § 2º, do Código de Processo Civil anterior, segundo o qual o Juiz não podia entrar em gozo de férias enquanto pendesse de julgamento causa cuja instrução tivesse iniciado em audiência. Na esfera administrativa é substancialmente idêntico o conceito. “Onde há processo há *instrução*, no sentido de esclarecimento da verdade jurídica”, diz MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, esclarecendo a seguir: “Também no processo administrativo, tudo quanto se promove com a intenção de esclarecer, documentar ou provar, é instrução na expressão genérica de conceito processual.” (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, “Introdução à Teoria da Prova Administrativa”, in *Revista de Direito Público*, nº 21, pág. 39.)

Assim sendo, no processo administrativo disciplinar vigente invertem-se os dados do problema, pois a citação do indiciado não antecede a instrução, porém a ela se segue, a saber, vem depois de findo o período de provas feitas pela Comissão de Inquérito, depois de ultimadas as diligências por ela encaminhadas, quando, enfim, já terminou a fase instrutiva do processo, Mas a *citação*, segundo o seu conceito jurídico, confere ao indiciado o direito de acompanhar *todos os atos e termos* do processo disciplinar, de maneira que chegar a este depois de “ultimada a instrução”, não é participar dele em condições de satisfazer o requisito constitucional da ampla defesa. Citar o acusado, quando já está finda a instrução, quer dizer que o Estatuto considera esclarecida a verdade com a prova até ali colhida pela Comissão investigadora.

6. Na lição de AGUSTIN A. GORDILLO, aplica-se com um critério ampliativo, no procedimento administrativo, o princípio constitucional da defesa judicial. Este princípio recebe da Constituição um caráter fundamentalmente axiológico, tem a natureza de um princípio geral do

Direito, impregnado da essência mesma do Direito. O administrativista portenho, com apoio na doutrina norte-americana (HART, "An Introduction to Administrative Law"; SCHWARTZ, "Procedural Due Process in Federal Administrative Law") mostra como se dá a sua aplicação no procedimento administrativo dos Estados Unidos, por força do disposto na Emenda XIV da Constituição acerca do "due process of law", assim como na Argentina (art. 29 da Constituição) mesmo a organismos públicos não estatais (a Federação Argentina de Boxe, p. ex.).

Invocando o aforismo jurídico "melius est intacta jura servare, quam vulneratae causae remedium quaerere" ("Melhor é conservar intactos os direitos, que depois de violados procurar remédios", segundo a tradução de Artur Rezende in "Frases e Curiosidades Latinas", 3.^a ed., Rio, 1936, pág. 405), GORDILLO insiste em que essa garantia deve ser respeitada *antes* (grifo seu) de tomar-se a decisão que pode afetar os direitos do indivíduo, "o que confere maior eficácia e economia processual a todo o procedimento administrativo". Um dos vários aspectos que essa garantia compreende é o do *direito a controlar a produção da prova feita pela administração*, seja ela pericial ou testemunhal. Toda decisão, diz ele, suscetível de afetar os direitos ou o interesse de uma pessoa deve ser ditada havendo-se ouvido *previamente* a pessoa alcançada pelo ato. (Grifo do texto) (AUGUSTIN A. GORDILLO, "La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo", in *Revista de Derecho Público*, nº 10/16-24.)

A anterioridade a que se refere o ilustre catedrático da Faculdade de Direito de Buenos Aires exprime irrecusavelmente a necessidade de o funcionário acompanhar os trabalhos da Comissão de Inquérito desde a sua instalação, sob pena de se transgredir o princípio constitucional da ampla defesa. "A violação da garantia da defesa é para nós um dos principais vícios em que se pode incorrer no procedimento administrativo e, também, um dos vícios mais importantes do ato administrativo que em consequência dele se edite". (AUGUSTIN A. GORDILLO, ob. e loc. cit.)

A Constituição vigente, reproduzindo garantia já consignada na anterior, prescreve no art. 153, § 15, que a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. "O direito de defesa", como escreve um dos comentadores do texto citado, "é imprescindível para a segurança individual. É um dos meios essenciais para que cada um possa fazer valer a sua inocência quando injustamente acusado". (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição

Brasileira”, vol. 3, 1975, pág. 104). Na vigorosa expressão de PONTES DE MIRANDA, a *defesa* é o exercício da *pretensão à tutela jurídica*, por parte do acusado. O Estado — no texto constitucional — prometeu-a, tem o Estado, através da Justiça e de qualquer outro órgão estatal, de cumprir a sua promessa. (“Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969”, vol. V, pág. 234.) “Qualquer outro órgão estatal deve cumprir a promessa da *tutela jurídica* ao acusado, afirma o intérprete. Portanto, a Comissão de Inquérito está nesse caso, omo órgão instituído pela Administração para apurar falta cometida pelo funcionário em suas relações com o serviço público e sugerir, afinal, o arquivamento do inquérito ou a punição do acusado.

O texto constitucional não distingue entre acusados, não limita nem restringe a extensão do vocábulo. Fala de *acusado*, genericamente. Razão por que o seu grande intérprete, PONTES DE MIRANDA, afirma com a sua reconhecida autoridade, que a *defesa a que alude o § 15 do art. 153* é a *defesa em que há acusado*; portanto, a *defesa em processo penal*, ou em processo *fiscal-penal*, ou *administrativo*, ou *policial* (grifos do texto citado).

Tanto assim é, que o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711/52), por sua vez, no art. 217, assegura *ao acusado ampla defesa*, embora caia em contradição, logo adiante, quando manda citá-lo só depois de “*últimada a instrução*”, pois para ser coerente com a “*ampla defesa*” que diz assegurar ao acusado, deveria também garantir a presença deste em todos os atos do procedimento administrativo disciplinar, a partir do início das atividades da Comissão investigadora.

7. Por tudo isso, é de estranhar, *data venia*, o ponto de vista adotado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que o preceito do art. 153, § 15, da Constituição Federal cogita do *princípio universal da ampla defesa na esfera penal* apenas. (Cf. Ac. un. de 14-IV-72, da Primeira Turma, no RE nº 73.296-SP, Relator o Ministro Djaci Falcão, in “Revista de Direito Administrativo” vol. 111/133. Decisão análoga foi proferida pela Segunda Turma, ac. un. de 24-11-72, no RE nº 67.040-GB, Relator o Ministro Eloy da Rocha, in “Revista Trimestral de Jurisprudência”, vol. 67/108).

A Constituição assegura a *ampla defesa em vários casos, fora da esfera estritamente penal*, como, por exemplo, no do funcionário estável e dos membros do Ministério Público, como proteção contra demissões ar-

bitrárias (arts. 105, II, e 95, § 1º, respectivamente), além de outras apontados pelo Prof. SERGIO DE ANDREA FERREIRA. Este eminente administrativista observa, com toda justeza, que “é a própria Constituição que se incumbe de mostrar que sempre que haja acusado, há ampla defesa”.

No particular, muito mais em harmonia com a essência da *mens Constitutionis* do que certos acórdãos do Eg. STF é a orientação adotada pelo DASP, em parecer publicado no DOU de 12-7-1949 *in verbis*: *A ampla defesa assegurada na Constituição só se pode compreender como oportunidade livre e desembaraçadamente concedida ao servidor de acompanhar todas as fases do processo, pessoalmente ou por procurador devidamente habilitado.*

A instrução não constitui fase pré-processual, mas integrante do procedimento administrativo disciplinar, não ficando por isto mesmo isenta da necessidade de observar o princípio constitucional do *contraditório* e da *ampla defesa*. A sindicância preliminar, no dizer do Prof. SERGIO ANDREA FERREIRA, como o inquérito policial, é que tem natureza inquisitória e por isso, numa fase pré-processual, colhe prova provisória que servirá ou não de elemento para a instrução. (*in* “A Garantia da Ampla Defesa no Direito Administrativo”, cit., RDP, 19/60.)

Imputar a um funcionário a prática de ilícito administrativo, mediante a instauração de procedimento administrativo disciplinar, cuja instrução, no entanto, começa e chega ao fim sem a todos os atos respectivos estar presente o acusado, não cremos que seja assegurar, mas antes golpear profundamente o princípio da *ampla defesa*, pela Contituição, sem reserva alguma, garantido a todo acusado.

A opinião dos doutores a esse respeito é concordante. Tribunais estaduais e o TFR têm proferido várias decisões em perfeita consonância com essa linha de pensamento. É uma pena que não possamos alinhar, ao lado deles, o Egrégio Supremo Tribunal Federal que, em acórdãos dos últimos tempos, sufragou uma interpretação em completa desarmonia com a doutrina e com o acórdão de 1952 a que há pouco nos referimos.

A conclusão a que chegamos é no sentido de que a legislação estatutária deve ajustar-se melhor ao preceito constitucional garantidor da plena defesa do acusado no procedimento administrativo disciplinar, tendo-se em conta o largo entendimento desse preceito já firmado pela doutrina — fonte material do Direito.