

Do procedimento administrativo

ALVARO LAZZARINI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Processo administrativo ou procedimento administrativo. 2.1. Estrutura. 2.2. Jurisdicionalização. 2.3. Modalidades. 2.3.1. Verdade sabida. 3. Do Direito à ampla defesa no procedimento administrativo. 3.1. Da portaria inicial no procedimento administrativo e a ampla defesa. 3.2. Da competência no procedimento administrativo e a ampla defesa. 3.3. Suspeição no procedimento administrativo e a ampla defesa. 3.4. Afastamento preventivo no procedimento administrativo e a ampla defesa. 3.5. Prescrição no procedimento administrativo e a ampla defesa. 3.6. Dos recursos inerentes à ampla defesa no procedimento administrativo. 3.6.1. Recurso e reconsideração. Diferença. 3.6.2. Efeitos do recurso e da reconsideração. 3.6.3. “Reformatio in pejus”. Impossibilidade. 3.6.4. Revisão. 4. Conclusão.

1. Introdução

É recomendável a instauração de procedimento administrativo adequado, como mais adiante se verá, toda vez que seja verificada a ocorrência, mesmo em tese, de uma falta disciplinar. A providência documenta que o órgão superior não está inerte, que não conosta eventual quebra de deveres funcionais de seus subordinados; documenta, enfim, que o órgão superior busca a *moralidade administrativa*.

Essa providência demonstra que a Administração Pública está vigilante sobre as atividades dos seus órgãos inferiores, exercendo uma *fiscalização constante*, ou seja, a *fiscalização ordinária*, como fator fundamental de harmonia no funcionamento da Administração.

Enfim, faz retomar a confiança que o administrado deve ter da Administração Pública, como fator de inequívoco equilíbrio social. Há, como sabido, descontentamento

Alvaro Lazzarini é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor de Direito Administrativo na Escola Paulista da Magistratura e na Academia de Polícia Militar do Barro Branco, sócio do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Associação Brasileira dos Constitucionalistas – “Instituto Pimenta Bueno”, membro da “International Association of Chiefs of Police” (USA).

Roteiro de Palestra sobre o tema na I Jornada de Estudos Jurídicos da Polícia Militar do Distrito Federal. Brasília-DF, 20 de março de 1997.

popular, quando não mais acreditam, não confiam nas autoridades públicas que, com paternalismo ou não, procuram acobertar seus servidores que se envolvem em atos menos dignos, com evidente quebra de deveres funcionais.

Não podemos esquecer que o cumprimento normal e corrente dos deveres corresponde à *rotina funcional* desenvolvida pelos servidores públicos em geral. Há, porém, aqueles que se mostram exemplares no cumprimento de seus deveres funcionais. Destacam-se, positivamente, porque desempenham ditos deveres com consciência e boa-vontade, procurando melhorar os métodos de trabalho, para melhor alcançar os objetivos comuns da sua repartição. Quem assim se houver é digno de *recompensas*, como louvores, elogios, medalhas, prêmios pecuniários, promoção por merecimento, etc.

Ao contrário, há os que se destacam negativamente, isto é, aqueles que se tem com quebra no cumprimento dos seus deveres funcionais, fazendo surgir, então, a *infração disciplinar*, a *transgressão disciplinar*, a *falta disciplinar*, o *ilícito disciplinar*, como quer que se denomine tal quebra do dever, a ser reprimida pelo detentor do “Poder Disciplinar”, mediante sanções, ou seja, penas ou punições, a serem impostas, em regra, por meio de regular procedimento administrativo disciplinar.

Mas, cumpre ressaltar, mormente para os espíritos mais desavisados, que a *disciplina* não se mantém, tão-só, com a aplicação de sanções disciplinares. O exemplo do chefe que dá tudo de si para o exato desempenho da repartição é fator importante para ter subordinados coesos e eficientes em suas atividades funcionais. Em outras palavras, serão funcionários dedicados ao serviço público, como tal disciplinados.

De outra parte, não pode ser esquecida a lição de administrativistas ilustres – e que tem paralelo nos ensinamentos da psicologia –, segundo a qual *recompensas e sanções disciplinares são os meios clássicos para manter a disciplina* em qualquer instituição.

Mas, de qualquer modo, deve ser lembrado nesta oportunidade que, enquanto recompensas ficam à discricção do administrador, ou seja, do seu poder discricionário, a aplicação de sanção disciplinar, não significa, em absoluto, a possibilidade de deixar de punir o faltoso, o transgressor dos deveres funcionais.

Ao faltoso, como tal considerado o servidor que praticou o ilícito administrativo disciplinar,

a imposição de pena é obrigatória, pois é delito, definido como de *condescendência criminosa* (artigo 320 do Código Penal e artigo 322 do Código Penal Militar), deixar o funcionário, no caso o superior hierárquico competente, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe faltar competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente.

Daí a importância de que se conheça o devido processo legal, no âmbito do Direito Administrativo, para que se possa usar convenientemente o poder disciplinar, como instrumento adequado para o aperfeiçoamento progressivo do serviço público¹.

2. Processo administrativo ou procedimento administrativo

Surge, agora, velha disputa em saber-se qual a locução correta, ou seja, se há um verdadeiro *processo administrativo* ou um *procedimento administrativo*.

Hely Lopes Meirelles, cuidando da questão, atesta ter sido Aldo M. Sandulli, no seu *II Procedimento Administrativo*, o sistematizador da “teoria do procedimento administrativo”, lembrando também que “os autores de língua castelhana ora empregam a palavra ‘procedimento’ no sentido de *processo administrativo*, ora no de *procedimento administrativo* propriamente dito, o que exige do leitor a devida atenção para fazer a distinção necessária, uma vez que para nós *processo* e *procedimento* têm significado jurídico diverso”².

Por sua vez, José Cretella Júnior³ salienta que “*processo* designa entidade que, em natureza, ontologicamente, nada difere da que for *procedimento*, podendo-se, quando muito, quantitativamente, empregar aquele para mostrar *o conjunto de todos os atos, e este* para designar cada um desses atos: processo é o todo, procedimento as diferentes operações que integram esse todo”.

¹ CAETANO, Marcelo. *Do poder disciplinar*. Coimbra : Imprensa da Universidade, 1932.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 139, nota 14.

³ CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1989. p. 565.

Bem por isso, Edmir Netto Araújo⁴ afirma que José Cretella Júnior

“não atribui maior importância à distinção entre ‘processo’ e ‘procedimento’”, e, após examinar o tema, deu a sua posição no sentido de que, no “campo específico do *ilícito administrativo e seu processo*, e em sentido *estricto*, preferimos denominar *processo* aquele procedimento que prevê, em sua estrutura, o diálogo manifestado pelo *contraditório*, que é a bilateralidade de audiência, ou a ciência bilateral dos atos do processo e a possibilidade de impugná-los. Por sua vez, seriam *procedimentos* as formalizações de passos escalados em seqüência lógica, em direção ao objetivo formal (‘produto’ formal, ‘provimento’ formal) visado, sem a previsão do *contraditório* na respectiva estrutura. Como se vê – concluiu Edmir Netto de Araújo –, esse sentido *estricto* de processo *administrativo* enquadra quase que somente o processo *administrativo disciplinar* (ou *funcional*), pelo qual são apresentados os ilícitos *administrativos* de maior gravidade, constituindo simples *procedimentos* os demais meios de verificação”⁵.

Sistematizando, no Brasil, a temática em exame, ou seja, a controvérsia terminológica e substancial do “processo ou procedimento administrativo”, Odete Medauar, em monografia específica sobre “A Processualidade no Direito Administrativo”⁶, após estudar os critérios da *amplitude*, da *complexidade*, do *interesse*, do *concreto* e do *abstrato*, da *lide*, da *controvérsia*, do *teleológico* e do *formal*, do *ato* e da *função*, do *procedimento como gênero* e *processo como espécie*, da *colaboração dos interessados*, e do *contraditório*, com isso, demonstra que

“O rol dos critérios comumente invocados para distinguir procedimento e processo revela não só o empenho científico de administrativistas e processualistas na caracterização de cada uma das figuras, mas também a própria evolução da matéria, no rumo da valorização procedimental, da mais precisa

noção de processo e da idéia da existência de processualidade no exercício de todos os poderes estatais. Essa evolução culmina, principalmente, na concepção do procedimento-gênero, como representação da passagem do poder em ato. Nesse enfoque, o procedimento consiste na sucessão necessária de atos encaixados entre si, que antecede e prepara um ato final. *O procedimento se expressa também na cooperação de sujeitos, sob prisma contraditório.* (...) A despeito do difundido uso do termo ‘procedimento’ no âmbito da atividade administrativa – continua Odete Medauar –, mais adequada se mostra a expressão ‘processo administrativo’. A resistência ao uso do vocábulo ‘processo’ no campo da Administração Pública, explicada pelo receio de confusão com o processo jurisdicional, deixa de ter consistência no momento em que se acolhe a processualidade ampla, isto é, a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Em decorrência, há processo jurisdicional, processo legislativo, processo administrativo; ou seja, o processo recebe a adjetivação provinda do poder ou função de que é instrumento. A adjetivação, dessa forma, permite especificar a que âmbito de atividade se refere determinado processo. (...) No ordenamento pátrio – finaliza Odete Medauar – a Constituição Federal de 1988 adotou a expressão ‘processo administrativo’ ou utilizou o termo ‘processo’, o que significa não só escolha terminológica, mas sobretudo reconhecimento do processo nas atividades da Administração Pública, como demonstram, de forma clara, quatro dispositivos, principalmente o inc. LV do art. 5º: ‘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’; o inc. LXXII do art. 5º: ‘conceder-se-á *habeas data*... b) para retificação de dados quando não se prefira fazê-lo por *processo sigiloso judicial* ou *administrativo*; o inc. XXI do art. 37: ‘ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante *processo* de licitação pública...’, o § 1º do art. 41: ‘O

⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 127.

⁵ *Ibidem*, p. 128.

⁶ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. Revista dos Tribunais, 1993. p. 29-42.

servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante *processo administrativo* em que lhe seja assegurada ampla defesa”.

Sem embargo dessa escolha pelo constituinte federal de 1988, o constituinte paulista de 1989, por sua vez, optou pelo termo “procedimento”, embora utilize também “processo”, quando, no seu artigo 4º, dispôs que

“Nos *procedimentos administrativos*, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o *devido processo legal*, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados”.

Como se verifica, conquanto não haja óbice científico ao uso do termo “processo administrativo”, mais difundido está o uso do termo “procedimento administrativo”, como gênero do qual, em matéria disciplinar, há espécies como o “processo administrativo” para apuração das faltas disciplinares mais graves – no regime jurídico dos militares, tem o nome de “Conselho de Justificação” (para oficiais) e “Conselho de Disciplina” (para praças) – e Inquéritos Administrativos, Sindicâncias, Averiguações, etc., para as faltas disciplinares menos graves.

Daí por que, sem maior preocupação de tecnicismo processual, usaremos os vocábulos “procedimento administrativo”, “procedimento administrativo disciplinar” ou, simplesmente, “procedimento disciplinar”, lembrando, finalmente, que a Escola Paulista da Magistratura, órgão do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, optou por “procedimento administrativo” no curso de iniciação funcional dos novos juízes substitutos aprovados no 167º Concurso de Ingresso à Magistratura do Estado de São Paulo.

Mas, de qualquer modo, é necessário, novamente, invocar Odete Medauar ao concluir sobre “A Processualidade no Direito Administrativo” que

“O processo administrativo representa garantia de direitos ou direito instrumental quanto ao indivíduo (...). Além do mais, associa-se à concepção de Estado democrático de direito e aos princípios constitucionais da Administração, como corolário e veículo de sua expressão”⁷, como também Edmir Netto de Araújo⁸, por sua

⁷ *Ibidem*, p. 160.

⁸ ARAÚJO, op. cit., p. 288.

vez, lembra que

“O ordenamento coloca à disposição da Administração meios ‘mais formais’ e ‘menos formais’ para a apuração do ilícito administrativo, cuja utilização se relaciona diretamente com a gravidade da falta e da correspondente penalidade. Esses meios *devem* ser utilizados, garantindo-se a ampla defesa ao indiciado, pois ‘ninguém pode ser condenado sem ser ouvido’, sem que lhe seja proporcionada oportunidade de defesa”.

2.1. Estrutura

Quanto à sua estrutura, e no dizer autorizado de Odete Medauar⁹, todo processo administrativo, dentre outras que não interessam ao presente exame, tem uma “fase introdutória ou inicial, integrada por atos que desencadeiam o procedimento; o processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou por iniciativa de interessados (particulares, individualmente ou em grupo, e servidores para pleitear direitos, por exemplo)”, mesmo porque o procedimento administrativo está *jurisdicionalizado*. Vale dizer que o

“procedimento administrativo disciplinar, atualmente, está jurisdicionalizado, isto é, o poder disciplinar deve exercer-se dentro de determinadas formalidades, como sejam, o contraditório, o direito de defesa, a motivação da pena, a competência do julgador, a proibição de castigar-se tendo por base documentos secretos, enfim tudo que possa ferir a garantia constitucional, no que toca à apenação de qualquer indivíduo”¹⁰.

A aplicação da *pena disciplinar*, já se disse anteriormente, sujeita-se a um *procedimento administrativo*, qualificado de *disciplinar*, porque deve haver um encadeamento de operações ordenadas que objetivam a regular apuração da conduta do faltoso, como também, em sendo o caso, a sua apenação disciplinar.

2.2. Jurisdicionalização

Tal *procedimento disciplinar* envolve uma verdadeira *jurisdicionalização*, ou seja, deve ser exercido dentro de determinadas formalidades, como, por exemplo, a observância do

⁹ MEDAUAR, op. cit., p. 142.

¹⁰ LAZZARINI, Alvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 404.

direito de defesa, com vistas ao contraditório, a *motivação de pena disciplinar*, como anteriormente focalizada, a proibição de castigar-se tendo por base documentos secretos, enfim, todas aquelas formalidades que possam fazer prevalecer as garantias constitucionais referentes à apenação de qualquer indivíduo.

Essa *jurisdicionalização* deve estar presente em qualquer das *modalidades* de procedimentos disciplinares, solenes ou sumários.

São *solenes o processo administrativo* (também, conhecido por inquérito administrativo), a que se sujeita o funcionário civil toda vez que a pena demissória seja a prevista para a sua falta, e o denominado *conselho de disciplina*, previsto para as praças das corporações militares para apurar se o acusado, por seu comportamento, está ou não moralmente incapacitado para continuar a servir em suas fileiras. Essa modalidade não admite a preterição de formalidades previstas na lei ou regulamento que estabeleça o regime jurídico disciplinar, sob pena de levar à irremediável nulidade do ato sancionador final, salvo se não houver influído na apuração da verdade substancial ou, diretamente, na decisão do procedimento, o que será sempre uma incógnita a ser decidida, em última instância, pelo Poder Judiciário.

São *sumários* aqueles procedimentos disciplinares que independem de maior solenidade na apuração da conduta faltosa, como sejam as *sindicâncias* ou a aplicação da penalidade pela denominada “verdade sabida”. A apuração sumária não tem forma nem figura de juízo, embora tudo recomende a observância, ainda que mitigada, do *iter legal* previsto para o outro procedimento, com o quê garantida estará a sua *jurisdicionalização* para o exato exercício do “Poder Disciplinar”, tudo sem se esquecer da natureza sumária da apuração da conduta faltosa.

2.3.1. VERDADE SABIDA

Merece maior apreciação a aplicação de sua disciplinar pelo que se convencionou dizer de “verdade sabida”. Na realidade, tratava-se de um procedimento mais que sumário, sumaríssimo, pois a legislação autorizava que o faltoso fosse punido disciplinarmente, desde que a autoridade competente tivesse conhecimento pessoal e direto da falta de que deverá decorrer a pena disciplinar, como, em outras palavras, define o artigo 271, parágrafo único, do Esta-

tuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo. Porém, mesmo assim, não podiam ser esquecidos os princípios da *jurisdicionalização*, sob pena de, eventualmente, vir a ser anulada a sanção disciplinar, como, por exemplo, quando houvesse preterição do *direito de defesa*. Predomina hoje o entendimento, entre os estudiosos do Poder Disciplinar, de estar vedado a aplicação de sanção disciplinar pela “verdade sabida”, diante da norma constitucional do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, que assegura e exige que, nos processos administrativos, ao acusado em geral sejam deferidos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, com o que se desnaturou, por completo, a “verdade sabida”.

3. Do direito à ampla defesa no procedimento administrativo

Como se verifica, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, pondo fim à antiga discussão que existia ao tempo do artigo 153, § 15, da revogada Constituição da República (1969), previu, expressamente, o “direito de defesa” nos processos administrativos em geral.

Dessa forma, podemos dizer que esse *direito de defesa* é o fulcro, o cerne de todo *procedimento disciplinar*.

É a faculdade do acusado ter vista, ter conhecimento da acusação, podendo rebatê-la, produzindo prova pertinente. Realmente, tem o servidor tido por faltoso, o *direito público subjetivo* de, diante de uma acusação, apresentar, em querendo, defesa ampla, na qual poderá valer-se dos meios de prova pertinentes, isto é, que sejam aptas a demonstrar aquilo que venha a alegar em prol dos seus direitos e interesses.

Como pondera Hely Lopes Meirelles, não basta o acusado ser ouvido em simples *declaração* para dizer-se observado o *direito de defesa*.

Essa *declaração*, via de regra, reduzida a termo, quase sempre inibe psicologicamente o acusado, que se vê frente a frente com superiores hierárquicos, dentro de salas onde reina austeridade amedrontante, onde nem sempre aquilo que foi declarado fica registrado corretamente no termo que esteja sendo lavrado.

Há o temor reverencial em grande parte das situações. O acusado declara o que não devia declarar, confunde-se em respostas onde não devia confundir-se; enfim, pode ser levado a

responder, pode ser conduzido, induzido a declarar ou a seu favor ou, então, a seu desfavor.

Daí por que mister se torna dar ao acusado a oportunidade e liberdade de produzir *defesa escrita*, com prazo razoável para arquitetá-la como entenda de seu interesse e direito. Só então poderá ser dito que ao acusado foi dada a possibilidade de *ampla defesa*.

E note-se que, nem por isso, estará o detentor do “Poder Disciplinar” inibido de apurar a *verdade real*. O superior hierárquico, com efeito, tem todos os meios ao seu alcance – muito mais do que o acusado, bastando querê-lo – para bem apurar a conduta faltosa.

Basta pôr em funcionamento o instrumental administrativo que tem em mãos, e certamente apurará a *verdade real*, aceitando ou não a versão do acusado. Basta, portanto, que não se contente com a *verdade formal*, aprofundando-se, pois, na pesquisa do ocorrido.

3.1. Portaria inicial no procedimento administrativo e a ampla defesa

A *portaria inicial* é essencial ao regular exercício do Poder Disciplinar. Na sua falta, viciado fica o “procedimento administrativo disciplinar”, hoje *jurisdicionalizado* a teor do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República.

Sob pena de nulidade da sanção administrativa, exige-se uma formal *portaria* de iniciação do procedimento administrativo disciplinar.

Isso evidencia, em sede de procedimento administrativo, o mesmo que ocorre com a petição inicial do processo civil e com a denúncia do processo criminal, ou seja, a peça vestibular há de existir formalmente, sob pena de não-atendimento da prerrogativa de toda e qualquer pessoa em saber do que, oficialmente, está sendo acusada para defender-se e promover o contraditório, como previsto no art. 5º, inciso LV, da vigente Constituição de 1988 e art. 4º da vigente Constituição Estadual de São Paulo de 1989.

Tanto isso é verdade que a Escola Paulista da Magistratura editou a obra *Procedimento Administrativo Disciplinar no Poder Judiciário – Teoria e Prática*, de autoria do experiente jurista e magistrado Rui Stoco e na qual enfatizado ficou, por mais de uma vez, que “Exige-se que se instaure o *procedimento principal* através de *portaria*, como ocorre na

esfera criminal, podendo-se fazer correlação, de modo que o inquérito está para a sindicância assim como o processo administrativo está para a ação penal”¹¹.

Rui Stoco, em outra passagem da sua citada obra, na p. 27 advertiu que

“A portaria está para o processo administrativo como a denúncia está para o processo criminal. Deve conter todos os dados de qualificação do agente infrator, os fatos e suas circunstâncias e o fundamento legal. Arrolará as testemunhas de acusação e, se houver, o nome de quem denunciou o servidor, para que, também este, seja ouvido em audiência”.

O Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 9 de outubro de 1991, sendo relator o eminente Desembargador Ney Almada, em julgamento de Mandado de Segurança nº 13.213-0/2, de São Paulo, decidiu que

“A sindicância ou o processo disciplinar para a apuração de falta cometida pelo servidor público deve iniciar-se através de portaria de autoridade administrativa, pois trata-se de formalidade obrigatória cuja omissão importa nulidade dos atos praticados por afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa” (*Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 674, p. 97-101).

O venerando acórdão tem a sua ementa transcrita por Rui Stoco, quando cuida da *Portaria – Formalidade obrigatória para início do procedimento* (op. cit., p. 159).

Dele consta, também, voto vencedor do eminente Desembargador Alves Braga que, em excelente e fundamentado estudo envolvendo servidor cartorário extrajudicial – o mandado de segurança foi impetrado contra ato do Corregedor Geral da Justiça –, afirmou que

“A sindicância, ou o processo disciplinar, deve se iniciar com a portaria da autoridade administrativa, não suprindo sua falta a menção a representação escrita do terceiro que pede providências e menos ainda o termo de declarações por ela prestadas. A ausência dessa peça inicial, que dá existência legal à sindicância ou processo disciplinar, não é

¹¹ STOCO, Rui. *Procedimento administrativo disciplinar*: teoria e prática. Coordenação de Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34. Coletânea Jurídica da Magistratura.

mera irregularidade. Afronta o princípio do devido processo legal e, conseqüentemente, implica em nulidade dos atos praticados. O princípio se insere nas garantias constitucionais.

Vale aqui a advertência deste E. Plenário – continuou o eminente Desembargador Alves Braga naquele seu voto vencedor – no MS 213.314, relatado pelo Des. Acácio Rebouças. Transcrevo as palavras de S. Ex^a.: ‘Deviam os juízes ter excepcional cuidado quando se aventuram pelo Direito Administrativo, porque facilmente se convertem em contestador das garantias constitucionais e, se não for criticado e escandido, logo porá por terra todas as garantias democráticas’. Quando as garantias constitucionais entram em jogo – são discutidas e minimizadas entre sorrisos céticos e novidades doutrinárias, – deviam os juízes advertirem-se do perigo que representa o administrativista improvisado e sua ardorosa preocupação de dar sempre cobertura jurídica a todos os atos da Administração”.

O moderno Direito Administrativo, com efeito, não mais se preocupa em “dar sempre cobertura jurídica a todos os atos da Administração”, salvo se o for por administrativista improvisado.

Na sua excelente obra, *O direito administrativo em evolução*, Odete Medauar¹² conclui que o

“Momento revela mudanças que vêm se realizando no Direito Administrativo no sentido de sua atualização e revitalização, para que entre em sintonia com o cenário atual da sociedade e do Estado. Algumas tendências podem ser extraídas: a) desvencilhamento de resquícios absolutistas, sobretudo no aspecto da vontade da autoridade impondo-se imponente; b) absorção de valores e princípios do ordenamento consagrados na Constituição; c) assimilação da nova realidade do relacionamento Estado-sociedade; d) abertura para o cenário sócio-político-econômico em que se situa; e) abertura para conexões científicas inter-disciplinares; f) disposição de acrescentar novos

¹² MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p. 227.

itens à temática clássica”.

Não basta, portanto, como exemplo, uma representação em si. Diante dela, a autoridade competente, com atribuição do que se denomina de *ação disciplinar*, para a apuração, deve expedir a regular *portaria*, dando início à averiguação dos fatos, em regular procedimento administrativo disciplinar.

Lembremos, agora no plano da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965), que regula o *Direito de Representação e o Processo de Responsabilidade Administrativa, Civil e Penal*, que o seu art. 7º deixa bem certo que

“Recebida a representação em que for solicitada a aplicação de sanção administrativa, a autoridade civil ou militar competente determinará a instauração de inquérito para apurar o fato”.

Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas, no clássico comentário a essa lei, lembram que “O inquérito administrativo será iniciado por Portaria”¹³.

Não seria, assim, um mero despacho de expediente: “*Solicitem-se informações ao acusado*”, como já se viu diante da representação.

Necessário era que *ato formal* determinasse a instauração do devido procedimento administrativo disciplinar, ou seja, do devido processo administrativo legal, em face da representação.

Oferecidas as *informações do acusado*, cumpria à autoridade competente decidir se instaurava ou não o devido e legal procedimento administrativo disciplinar, delimitando em regular e formal *portaria* a acusação, como ocorre, insisto, em qualquer procedimento disciplinar envolvendo servidores públicos civis.

Aliás, e a título de argumentação, quanto aos servidores públicos militares estaduais, após inúmeras anulações de sanções disciplinares por parte do Egrégio Tribunal de Justiça, a Administração Policial Militar de São Paulo orientou-se no sentido de que, quando a conduta faltosa não seja apontada em regular comunicação de superior hierárquico militar, há necessidade de ato formal para a instauração do devido procedimento administrativo disciplinar e isto após as informações escritas dos acusados, tudo para compatibilizar os seus

¹³ FREITAS, Gilberto Passos de e Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979. p. 78.

regulamentos disciplinares – há o dos policiais militares e o das policiais femininas – ao novo ordenamento jurídico constitucional de 1988, conforme orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Os procedimentos, aliás, estão disciplinados nas *Instruções do Processo Administrativo da Polícia Militar*, ou seja, no I-16-PM da Corporação, aprovado por ato de 2 de dezembro de 1993 do Comandante-Geral, considerando-se pública a instauração de sindicância só “após publicação da *portaria* em boletim ou afixação, por três dias consecutivos, no quadro principal de avisos da OPM” (Organização Policial Militar), nos termos do seu art. 68, parágrafo 2º.

Quanto ao processo disciplinar sumário, igualmente, exige-se *portaria* (art. 139, parágrafos 1º e 2º), sendo que esse ato administrativo para os Conselhos de Disciplina, destinado às praças, por força de norma legal, tem o nome de *Ofício de Convocação*, enquanto que nos Conselhos de Justificação, destinado aos oficiais, a acusação é do Comandante Geral e deve ser formalizada em *representação contra o oficial* (art. 211, parágrafo 1º).

3.2. Da competência no procedimento administrativo e a ampla defesa

A competência para a prática do ato punitivo deve resultar da lei, sendo por ela delimitada. Já se disse que competente para a prática de um ato administrativo é quem a lei assim o indique e não aquele que se julgue competente¹⁴.

Lembre-se que *competência*, como requisito de validade do ato administrativo, é o somatório de poderes atribuídos ao agente público para o regular desempenho de suas funções específicas. Em matéria disciplinar, será sempre do órgão, singular ou coletivo, previsto em lei ou regulamento disciplinar.

O órgão poderá ter mera *ação disciplinar*, como, por exemplo, as comissões sindicantes ou processantes, os conselhos de disciplina, etc. Poderá, ainda, ter o verdadeiro *poder sancionador*, isto é, o poder-dever de aplicar a sanção

¹⁴ TACITO, Caio. *O abuso ao poder administrativo no Brasil* : conceito e remédios. Rio de Janeiro : Departamento Administrativo do Serviço Público : Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959. p. 27.

disciplinar.

A *ação disciplinar* é faculdade de promover a averiguação dos fatos, para eventual repressão disciplinar. Quase sempre se exaure com o relatório do órgão, propondo, de modo não vinculativo, a aplicação ou não da sanção disciplinar.

O órgão que tenha o *poder sancionador*, isto é, a *competência* para aplicar as sanções, é que tem a atribuição de decidir a respeito. Aliás, essa *competência* poderá pertencer a outro superior de maior grau hierárquico.

O Excelso Pretório, no Recurso Extraordinário nº 70.566, de São Paulo, relatado pelo saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, examinando exclusão disciplinar de aluno do Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de São Paulo – CPOR/SP, por ato do Comandante da Segunda Região Militar, afirmou a tese de que a autoridade militar superior pode impor pena disciplinar, ainda que o regulamento mencione, para esse fim, a inferior (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 71, p. 721).

Porém, o inverso não foi tido por legal, isto é, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 204.678, de São Paulo, de que foi relator o Desembargador Souza Lima, concluiu pela nulidade da exclusão de policial militar a bem da disciplina, pois o ato fora praticado pelo chefe do Estado-Maior da Corporação, autoridade incompetente, em nada importando que esse ato punitivo tenha sido de orientação do Comandante-Geral da Polícia Militar, autoridade essa que, ao depois, teria ratificado o mesmo ato no Boletim Geral, órgão que publica os atos oficiais da aludida Corporação.

Em matéria de competência, atualmente há o tema da vitaliciedade das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, prevista no artigo 125, § 4º, da Constituição da República e sobre a qual vitaliciedade, na esteira da jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal, discorreremos longamente em diversa dissertação sobre o tema¹⁵.

¹⁵ LAZZARINI, Alvaro. Vitaliciedade de servidores militares estaduais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 205, p. 95-108; jul./set. 1996. idem *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá*, n. 7, p. 13-40; jan./abr. 1996. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 12, p. 742-744, dez. 1994. idem *Tribuna da Magistratura*, São Paulo, p. 60-64. ago. 1996. Caderno de doutrina.

3.2.1. INDELEGABILIDADE DA COMPETÊNCIA

Com certeza, não se delega *competência punitiva*, isto é, *poder sancionador*, por simples ato administrativo, salvo, é lógico, quando tal delegação esteja expressa na lei disciplinar. Mesmo assim, essa exceção, que venha expressamente prevista, haverá de ser interpretada restritivamente, sem ampliações.

O faltoso tem direito subjetivo público de ser apenado só por aquela autoridade que a lei, expressamente, designe. A delegação só será viável se a lei o prever ou, então, para o exercício da *ação disciplinar*, na apuração dos fatos. E isso é válido para os servidores civis e militares.

3.2.2. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

Ainda no que toca à *competência*, surge a questão do deslocamento seu. Em outras palavras, e exemplificando, o servidor pratica falta disciplinar na repartição “X”. Antes de ela ser descoberta, ele é movimentado para a repartição “Y”, de linha hierárquica diversa, de modo que, vindo à luz a sua conduta anterior, resta saber qual autoridade tem *competência disciplinar*, isto é, a da repartição “X” ou a da “Y”. A questão é polêmica, com argumentos bons de ambos os lados. No entanto, como afirma Marcelo Caetano¹⁶, quer teórica, quer praticamente, a solução aconselhada nestes casos será a da repartição de serviço, da qual saiu o funcionário, remeter a documentação pertinente ao ocorrido à repartição a que passou o faltoso a ter exercício, a fim de que o seu novo superior hierárquico possa decidir como oportuno, conveniente e justo. Enfim, é esse novo superior que passou a deter todo o “Poder Disciplinar”; o anterior, desde o desligamento do faltoso de sua repartição, não mais o detém.

3.3. Suspeição no Procedimento administrativo e ampla defesa

É de indagar-se a respeito do direito de defesa quando a autoridade administrativa competente incorrer em hipótese de suspeição não prevista na lei disciplinar de regência, embora prevista no ordenamento processual civil ou penal.

Pode, em outras palavras, o detentor do

¹⁶ CAETANO, Marcelo, *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Lisboa : Coimbra Ed. 1969. v. 2, p. 767.

Poder Disciplinar ser argüido de suspeito? Pode ele jurar suspeição?

Controvertidos são os entendimentos. Contudo, não é demais lembrar que, juridicamente, *suspeição* importa na imputação de certa qualidade, de que geram desconfiças ou suposições capazes de autorizarem justas prevenções contra o suspeito¹⁷, que, no caso, seria o superior detentor do “Poder Disciplinar”.

De outro lado, não se pode desconhecer que o superior está amarrado ao *princípio da legalidade*, que é básico para a Administração Pública, vale dizer, que ele nada poderá fazer ou deixar de fazer que não esteja, expressa ou implicitamente, previsto em lei. Ao certo, não se é de presumir que o superior irá prevaricar.

Daí por que só se torna possível dizer de *suspeição* em matéria disciplinar quando houver norma legal expressa. Aliás, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo proclamou, com acerto, ser impossível transpor a exceção de *suspeição* prevista para o campo limitado da jurisdição civil, para a esfera do processo administrativo, que de tal remédio não cogita (*Revista dos Tribunais*, v. 389, p. 217).

3.4. Afastamento preventivo no procedimento administrativo e ampla defesa

Outro ponto que, no estudo do procedimento disciplinar, merece destaque é o relativo ao *afastamento preventivo* do funcionário acusado de transgressão disciplinar. Essa medida cautelar é possível e, via de regra, está expressa na legislação disciplinar, em várias linguagens.

O entendimento, mesmo quando exista uma linguagem imperativa determinando o afastamento do acusado, é o de que não há essa imperatividade, isto é, o *afastamento preventivo* dar-se-á, se assim o entender oportuno e conveniente o detentor do “Poder Disciplinar”, para resguardar os interesses na apuração dos fatos, sem que isso implique em cerceamento de defesa para o acusado.

Mas, decretado o *afastamento preventivo*, seja por suspeição ou prisão disciplinar, mister se torna, desde logo, a sua limitação no tempo, evitando-se, destarte, afastamentos demorados e, assim, arbitrários, que mais se confundem com uma pena demissória do faltoso.

Como *medida cautelar* que é, pode o *afastamento preventivo* ser revogado a qualquer

¹⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. v. 4, verbete: *suspeição*.

tempo. Como visto, o seu objetivo é o de possibilitar uma melhor investigação da conduta faltosa, impossibilitando que este possa influir, por meios escusos, na apuração da verdade. Assim, colhidas as provas necessárias, se o entender possível, oportuno e conveniente, nada impede que se permita o retorno do funcionário, que esteja afastado preventivamente, do serviço.

E, de qualquer modo, o tempo em que ele esteve afastado deverá ser computado, quando da eventual sanção final, como ocorre com a prisão preventiva, no âmbito do direito criminal.

3.5. Da prescrição no procedimento administrativo e a ampla defesa

Não aceitar prescrição da falta disciplinar prevista na lei disciplinar atenta contra o “direito de defesa”, que assim fica inevitavelmente cerceado.

Nesse tema, duas são as correntes que disputam a questão principal de saber a partir de quando passa a fluir o prazo prescricional.

Uma estabelece que tal prazo começa a partir da conduta faltosa, a exemplo da prescrição em matéria criminal, na qual se leva em conta a data do ilícito penal. Outra, a partir do conhecimento, pela Administração Pública, da falta disciplinar.

Esta última é a que melhor atende aos superiores interesses da Administração Pública e da própria coletividade administrada. É defendida, entre outros, por Caio Tácito, em parecer inserto na *Revista de Direito Administrativo* (v. 45, p. 48). Está no sentido de que a prescrição da falta disciplinar começa correr a partir de sua ciência pela Administração.

A *prescrição*, como sabido, depende de um *prazo*, previsto em lei, como da inércia do titular do direito nesse prazo. Porém, desde que, pelas circunstâncias, a violação do dever funcional se acoberte no sigilo, subtraindo-se ao conhecimento normal da Administração, não se configura a noção de inércia no uso do Poder Disciplinar, que caracteriza a prescrição.

Aliás, no Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 61, de 21 de agosto de 1972, adotou esse entendimento, ao alterar o artigo 261 e seu parágrafo único, da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, ou seja, do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo.

É Regis Fernandes de Oliveira que, em sua

obra *Infrações e Sanções Administrativas*¹⁸, sustenta, ainda no plano da jurisdicionalização do procedimento administrativo, que “A Administração Pública perde o poder de sancionar pela prescrição e pela decadência”.

Mas, como o adverte Edmir Netto de Araújo¹⁹ e vimos ocorrer,

“O problema mais relevante relativo à prescrição ‘interna’, na esfera administrativa, é o da fixação do *dies a quo*, ou seja, do prazo em que começa a fluir o lapso prescricional. Quando a falta é também crime, prescreve juntamente com este, mas quando se trata de *ilícito administrativo*, as leis administrativas estabelecem o início do prazo a contar da *ciência do fato* pela autoridade administrativa, com a *abertura* do processo administrativo ou mesmo do inquérito policial, *interrompendo* a prescrição, ao contrário da esfera penal, quando o lapso prescricional se inicia na *data do fato*, não se interrompendo com o procedimento administrativo ou com a instauração do inquérito policial. Além de injusto – conclui o ilustre administrativista –, isto constitui aberração no nosso sistema jurídico, conduzindo, na prática, à imprescritibilidade de penas disciplinares”.

3.6. Dos recursos inerentes à ampla defesa no procedimento administrativo

Apenado, o servidor tem direito de pedir ao órgão superior o reexame do ato punitivo, praticado pelo inferior, em tudo observado o estabelecido na lei disciplinar (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República).

3.6.1. RECURSO E RECONSIDERAÇÃO. DIFERENÇA

Note-se que a regra é não se confundirem *recurso* e *pedido de reconsideração*. Aquele é pedido de reexame dirigido ao órgão superior ao que praticou o ato punitivo; este é dirigido ao mesmo órgão que o praticou, com pretensão de reexame do ato. *Pedido de reconsideração* não suspende nem interrompe o prazo para a manifestação de regular *recurso*, ao órgão superior competente.

¹⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. p. 111.

¹⁹ ARAÚJO, op. cit., p. 290.

3.6.2. EFEITOS DO RECURSO E DA RECONSIDERAÇÃO

A regra é não terem os recursos e os pedidos de reconsideração *efeito suspensivo*. Vale dizer, o efeito será meramente *devolutivo*, não alterando, portanto, a plena eficácia, a plena execução do ato punitivo. Em outras palavras, o recurso ou o pedido de reconsideração *não suspendem a execução* do ato punitivo, salvo se, ao contrário, dispuser a lei disciplinar.

Porém, providos que sejam, darão, então, lugar às retificações necessárias, retroagindo os seus efeitos à data do ato impugnado, desde que outra providência não determine a autoridade quanto aos efeitos relativos ao passado, tomadas à luz da legislação pertinente.

3.6.3. REFORMATIO IN PEJUS – IMPOSSIBILIDADE

Indagação que merece ser examinada é a da possibilidade da *reformatio in pejus*. Muitos, inclusive doutrinadores de renome, admitem-na.

Todavia, com a devida vênia, deve ser combatida essa tendência, pois fere o senso de justiça. Com efeito, se o apenado recorreu ou pediu reconsideração de ato, na verdade, é porque, pelo menos, quer ver abrandado o ato punitivo, mitigada a sua situação disciplinar. Em absoluto, não mostra o seu inconformismo para ver agravada a sua pena disciplinar. Não é a agravação da penalidade disciplinar que o legislador, inclusive o constituinte, há de ter querido quando previu a existência de recursos inerentes à ampla defesa.

3.6.4. REVISÃO

Enquanto recurso e pedido de reconsideração sejam modalidades de demonstrar inconformismo contra ato punitivo não transitado em julgado, ocorrendo este, isto é, o trânsito em julgado administrativo, surge a *revisão* da pena disciplinar.

A *revisão*, em matéria disciplinar, é conhecida na doutrina e contemplada, como regra, na generalidade das leis disciplinares. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo a prevê nos artigos 312 e seguintes.

A *revisão* poderá verificar-se em qualquer tempo e não autoriza a agravação da pena, isto é, a condenada *reformatio in pejus*.

Cabe *revisão* só dos processos findos, ou seja, com decisão administrativa transitada em

ulgado. Mas, mesmo assim, deve ser evidenciado que tal decisão tenha sido contrária ao texto *expresso* em lei ou à *evidência* dos autos, quando ela se fundar em depoimento, exame ou documento, *comprovadamente* falsos ou errados e que, após a sua prolação, descobrirem-se *novas* provas da inocência do punido ou de circunstâncias que autorizem pena mais branda.

Pedido de *revisão* que não se enquadre em qualquer uma dessas hipóteses é incabível e autoriza o seu liminar indeferimento.

No âmbito do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990), o pedido revisional tem tratamento específico nos artigos 174 a 182, prevendo-se que o processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada; certo que, em caso de falecimento, ausência ou desaparecimento do servidor, qualquer pessoa da família poderá requerer a *revisão* do processo e, no caso de incapacidade mental do servidor, a *revisão* será requerida pelo respectivo curador (artigo 174).

Em qualquer das hipóteses, será do requerente o ônus da prova (artigo 175).

O pedido de *revisão* será, no âmbito federal, dirigido ao Ministro de Estado ou autoridade equivalente, que, se autorizar a *revisão*, encaminha-lo-á ao dirigente do órgão ou entidade onde se organizou o processo disciplinar para, deferida a petição, providenciar a constituição de comissão, como prevista na mesma lei (artigos 177 e 149).

Ultimados os trabalhos da Comissão, o julgamento caberá à autoridade que aplicou a penalidade (artigo 184) e, julgada procedente a *revisão*, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição de cargo em comissão, que será convertida em exoneração, certo que, da *revisão* do processo, não poderá resultar agravamento de penalidade (artigo 182).

Enfim, como se verifica, embora a Constituição da República, no artigo 5º, inciso LV, refira-se a *recursos* inerentes à ampla defesa, não podemos descartar, também, as hipóteses de reexame conhecidas por “pedido de reconsideração” e “pedido de *revisão*” em matéria disciplinar.

4. Conclusão

Podemos assim concluir este estudo, afirmando que:

4.1. Não há possibilidade de aplicação de sanção disciplinar sem o devido processo legal administrativo.

4.2. Deve o acusado em geral ter oportunidade à “ampla defesa”, que como cerne de todo procedimento administrativo, de natureza disciplinar, encerra o inafastável “direito de defesa” de o acusado ter vista, ter conhecimento da acusação, para poder rebatê-la, produzindo

prova pertinente, no contraditório instaurado.

4.3. Por “recurso inerente à ampla defesa”, devemos entender não só o recurso propriamente dito, como pedido de reexame dirigido à autoridade superior à que praticou o ato punitivo, como também as figuras do “pedido de reconsideração” e do “pedido de revisão”, aquele como pedido de reexame dirigido à própria autoridade administrativa que apenou o acusado, e este só admissível após o trânsito em julgado da decisão administrativa punitiva para o reexame, a qualquer tempo, do processo disciplinar nas hipóteses em lei previstas.