

## ASPECTOS DA AMPLITUDE DE DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO (\*)

RUY CARDOSO DE MELLO TUCUNDUVA  
Procurador da Justiça e Prof. de Direito

### 1. O PORQUE DA ESCOLHA DO TEMA

O trato diuturno dos problemas da Administração Pública ao longo de três décadas, seja como advogado militante e professor secundário que fomos, seja como representante do Ministério Público e professor universitário que somos, fez com que, cada vez mais, nos preocupássemos com a amplitude de defesa nos processos administrativos, já que inúmeros foram os procedimentos que redundaram em ação penal, para os quais serviram de base.

E o que vimos durante todo esse tempo, positivamente não honra a Administração Pública, em face do freqüente desrespeito ao direito de defesa ampla, assegurado constitucionalmente. Processos administrativos mal iniciados mediante portarias obscuras, num manifesto cerceamento inicial de defesa; comissões processante integradas por funcionários despreparados e, talvez por isso mesmo prepotentes, já que a arbitrariedade é filha dileta da ignorância; defensores intimidados em face dos representantes do Estado, sem a coragem necessária para defender os seus constituintes; por fim, servidores públicos humilhados, mal defendidos e conseqüentemente punidos sem maior critério. Esquecem-se os responsáveis pelos negócios do Estado que os servidores públicos são a própria Administração, e o bem comum, meta do Estado, só pode ser alcançada por meio do trabalho dos servidores que executam todos os planos administrativos, quer sejam eles da administração direta, quer sejam os mesmos da administração indireta. Boa será a administração se tiver servidores capazes honestos, prestigiados pelos administradores, respeitados pelo povo. Má será a administração que será realizada por servidores ineptos, desonestos, desprestigiados pela cúpula administrativa e escarnecido pelos administrados. Certamente não será desmoralizado os seus próprios representantes, processando-os mediante atos que se constituem num simulacro de justiça, que o Estado atingirá os seus fins. Daí a razão pela qual nos preocupamos, de há muito, com a amplitude de defesa nos processos administrativos. Dos vários aspectos do assunto, que é vasto, vamos nos ater à peça que inicia o processo, vale dizer, a "portaria."

(\*) Tese aprovada, por aclamação, no XII.º Congresso Nacional dos Servidores Públicos do Brasil, realizado em Goiânia (GO) no período de 12 a 16 de maio de 1980.

## 2. A AMPLITUDE DE DEFESA COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

O artigo 153 e seus parágrafos, da Constituição Federal, "assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade", que são consubstanciados nos seus 36 parágrafos. Pois bem, no tocante aos réus, o processo criminal, é garantida a amplitude de defesa, "com os recursos a ela inerentes". No último parágrafo — o de número 36 — está escrito que "a especificação dos direitos e garantias expressas nessa Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota".

E, no capítulo VII da Carta Magna que trata do Poder Executivo, na seção VIII (dos Funcionários Públicos), consta de artigo 105 que a demissão de funcionário, se vitalício, será mediante sentença judiciária; se estável, mediante processo administrativo, assegurada ampla defesa. Excusado é dizer que, no caso dos vitalícios, a amplitude de defesa está implícita por se tratar de processo judicial.

Mas o que interessa destacar, é o fato insofismável de que a amplitude de defesa é princípio constitucional, tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos. Como bem dissertou Rubem Rodrigues Nogueira (in "Aplicação do princípio da ampla defesa no procedimento administrativo disciplinar"), "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 artigo 153 é a defesa em que há **acusado**; portanto, a defesa em processo **penal** ou em processo **fiscal-penal**, ou **administrativo**, ou **policial**" (Revista de Direito Público, São Paulo 1977, vol. 41/42 pág. 72 e seg.). Ainda sobre o mesmo assunto ensina Sérgio de Andréa Ferreira (in "A garantia de ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar"): "Ademais, é de se acenar a ocorrência da chamada jurisdicionalização do procedimento administrativo, isto é, a recepção, pelo mesmo, de princípios e regras do processo judicial, notadamente no que se refere às garantias de defesa, tornando-o, sem tirar-lhe a natureza de autocomposição, o mais justo possível, na pesquisa da verdade" (Revista de Direito Público, São Paulo, 1972, 19/60). Ademais, mesmo que a Constituição Federal não tivesse consagrado, no capítulo próprio, a amplitude de defesa nos processos administrativos que podiam redundar em demissão do funcionário estável, restaria o princípio de ressalva dos direitos e garantias, para usar da terminologia de Pontes de Miranda ("Comentários à Constituição de 1967", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, 1.ª ed., vol. V, pág. 617), consubstanciando no atual artigo 153, § 35 da Carta Magna, que diz: "A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ele adota". Aliás, as Constituições anteriores, de 1891 e 1934, continham dispositivos semelhantes, inspirados na famosa Emenda IX da Constituição dos Estados Unidos da América.

Destarte, a interpretação sistemática Lei Maior nos leva a uma só conclusão: a amplitude de defesa é um dos princípios constitucionais mais característicos da nossa estrutura jurídico-constitucional e, conseqüentemente, não será o legislador ordinário quem poderá desrespeitar o legislador constitucional, como é intuitivo.

## 3. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Consoante a lição de Hely Lopes Meirelles (in "Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo, Revista dos Tribunais 1966, tiragem de 1970, 2.ª ed., pág. 423 e segs.), preferimos a expressão **processo administrativo disciplinar**, diferenciando-a de processo administrativo e de inquérito administrativo. A primeira designa o meio regular de apuração de responsabilidade funcional; a segunda pode ser a simples reunião de documentos sobre um certo assunto, ou a simples tramitação de um expediente para a solução de pretensão de funcionários ou de qualquer pessoa; finalmente, a terceira expressão, por ter conotação inquisitiva (a exemplo do inquérito policial), entendemos inadequada.

Essa denominação também é a preferida por outros administrativistas, como José Cretella Jr. (in "Curso de Direito Administrativo", São Paulo, Forense, 1971, 3.ª ed. pág. 469 e segs.), Rosah Russomano (in "Lição de Direito Administrativo", Rio, José Konfino Editor, 1972, 1.ª ed. pág. 367 e segs.). É a preferência, também, do conceituado Marcello Caetano (in "Manual de Direito Administrativo", São Paulo, Revista Forense, 1.ª ed. bras. 1970, vol. II, pág. 788).

Aliás a expressão "processo administrativo" é a preferida pelo legislador federal ("Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União", Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952) e pelo legislador paulista ("Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo", Lei n. 10.261, de 10 de outubro de 1968) diferentemente do legislador paulistano ("Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo", Lei n. 8.989, de 29 de outubro de 1979), que preferiu a denominação "inquérito administrativo" para os procedimentos disciplinares.

A própria palavra "processo" já nos faz lembrar a existência do sistema acusatório e do princípio do contraditório, diferente do sistema inquisitivo que é próprio do inquérito, no qual inexistente a oportunidade de contradizer.

## 4. A PEÇA INICIADORA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O "Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União", ao tratar do **processo administrativo** (artigos 217 **usque** 231), não faz qualquer referência ao ato mediante o qual se instaura o processo administrativo, embora assegure a defesa ampla (artigo 217, **caput**).

Por sua vez, o "Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo" (artigos 207 **usque** 219), ao tratar do **inquérito administra-**

tivo (na realidade, processo administrativo disciplinar) sem embargo de consagrar a amplitude de direito de defesa, não diz qual é o ato iniciador do falado procedimento disciplinar.

Já o "Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo", ao tratar do processo administrativo (artigo 268 e seguintes), refere-se, expressamente à portaria.

Deve, pois, uma portaria iniciar o processo administrativo disciplinar.

Mas, o que deverá conter dita portaria, já que jamais poderá se perder de vista a amplitude de defesa? Em nosso ponto de vista tal peça, *mutatis mutandis*, deverá obedecer aos mesmos princípios que regem a denúncia no processo penal brasileiro.

Pois bem, o Código de Processo Penal no artigo 41, diz: "A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelas quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

De acordo com João Mendes Jr. (in "O Processo Criminal Brasileiro"), a denúncia é uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que a determinaram a isso (*cur*), a maneira por que a praticou (*quomodo*), o lugar onde o praticou (*ubi*), o tempo (*quando*). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes" ("O Processo Criminal Brasileiro", Rio — São Paulo, Freitas Bastos, 4.<sup>a</sup> ed., 1959, vol. II, pág. 183). Espinola Filho (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", Rio, Borsoi, 1954, 3.<sup>a</sup> ed., vol. I, pág. 416 e segs.) ao adotar a lição de João Mendes Jr., acrescentou que, "como narração, a peça inicial deve ser sucinta, limitando-se a apontar as circunstâncias que são necessárias à configuração do delito, com a referência a fatos acessórios, que possam influir nessa caracterização. E não é na denúncia, nem na queixa, que se devem fazer as demonstrações da responsabilidade do réu, o que deve reservar-se para a apreciação final da prova, quando se concretiza (ou não) o pedido de condenação (op. cit. pág. 418).

Na esteira do antigo mestre da velha Academia de São Paulo seguem Hélio Tornaghi ("Curso de Processo Penal", São Paulo, Saraiva, vol. 1, 1980, págs. 46/47) e Rogério Lauria Tucci ("Enciclopédia Saraiva do Direito", São Paulo, vol. 23, verbete *denúncia*).

E o que deve ser observado quanto ao direito de defesa de servidor processado?

Segundo Marcello Caetano (in "Manual de Direito Administrativo") há que se atender a uma série de requisitos, que são considerados essenciais à defesa do arguido (o servidor público), previsto no Código Administra-

tivo — note-se que é do Portugal salazarista — a saber: a) formulação clara e precisa dos artigos da acusação; b) notificação desses artigos ao arguido com indicação de prazo razoável para apresentar defesa escrita; c) patenteamento do processo, nesse período, os exames do arguido; d) recepção da defesa escrita, com os documentos juntos; e) inquirição, sob juramento ou declaração de honra, das testemunhas indicadas pelo arguido e que ele apresentar ou que comparecerem à convocação do instrutor, até ao número máximo legal". E, aduz o mestre, enfaticamente: "sem a observância destas formalidades o processo disciplinar, na sua forma comum, é ilegal" (op. cit. pág. 788).

## 5. CONCLUSÃO

Pois bem, tendo em vista o princípio constitucional da amplitude de defesa, a similitude do processo penal com o processo administrativo disciplinar e a lição dos doutrinadores, o processo administrativo deveria ser iniciado, sempre, mediante portaria.

E esta, que seria a inicial do processo, deveria conter os seguintes requisitos:

- 1.º a exposição do fato, tido como infração administrativa, com todas as suas circunstâncias;
- 2.º a qualificação do servidor processado;
- 3.º a exata classificação da infração;
- 4.º o rol de testemunhas da Comissão processante (observadas as regras de Processo Civil, artigo 407 e parágrafo único), garantido o mesmo número à defesa.

E, como corolário, o processado seria citado inicialmente para o processo entregando-se-lhe cópia autêntica da portaria, à guisa de contrafé.

Creemos que, assim, estaria obedecido nesse aspecto, o princípio constitucional da amplitude de defesa.

## BIBLIOGRAFIA

- PONTES DE MIRANDA — Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. V, pág. 234;
- FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES — Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo, Saraiva, 1975, vols. 2 e 3;
- PINTO FERREIRA — Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1974, 3.<sup>a</sup> ed., 2.º vol., 1975;
- LOPES MEIRELLES, HELY — Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, tiragem de 1970, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 423 e segs.;
- CAETANO, MARCELLO — Manual de Direito Administrativo, São Paulo — Rio, Revista Forense, 1.<sup>a</sup> ed. brasileira, 1970, tomo II, pág. 788;

- CRETELLA JR, JOSÉ — Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Revista Forense, 1971, 3.<sup>a</sup> ed. págs. 469 e segs.;
- RUSSOMANO, ROSAH — Lições de Direito Administrativo, Rio, José Konfino Editor, 1.<sup>a</sup> ed., 1972, págs. 367 e segs.;
- MENDES JR, JOÃO — O processo Criminal Brasileiro, Rio-São Paulo, Freitas Bastos, 1959, 4.<sup>a</sup> ed. vol. II, págs. 164 e segs.;
- ESPÍNOLA FILHO, EDUARDO — Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Rio, Borsoi, 3.<sup>a</sup> ed., 1954, vol. I, págs. 416 e segs.;
- TORNAGHI, HÉLIO BASTOS — Curso de Processo Penal, São Paulo, Saraiva, vol. 1, 1980, págs. 46/47;
- TORNAGHI, HÉLIO BASTOS — Instituições de Processo Penal, São Paulo, Saraiva, 1977, 2.<sup>a</sup> ed., 20 vol. cap. IV, págs. 325 e segs.;
- TUCCI, ROGÉRIO LAURIA — Denúncia verbete da "Enciclopédia Saraiva do Direito", São Paulo, vol. 23;
- FREDERICO MARQUES, JOSÉ — Tratado de Direito Processual Penal, São Paulo, Saraiva, 1980, 1.<sup>o</sup> vol., §§ 16 e 20;
- GORDILLO, AUGUSTIN A. — La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo, "in" Revista de Direito Público, São Paulo, 1969, 10/16;
- ANDRÉA FERREIRA, SÉRGIO DE — A Garantia da ampla defesa no Direito Administrativo Processual Disciplinar, "in" Revista de Direito Público, São Paulo, 1972, 19/60;
- RODRIGUES NOGUEIRA, RUBEM — Aplicação do princípio da ampla defesa no procedimento Administrativo Disciplinar "in" Revista de Direito Público, São Paulo, 1977, vols. 41/42 págs. 72 e segs.;
- Constituição da República Federativa do Brasil, atualiza até a Emenda Constitucional n. 12, de 17 de outubro de 1978, São Paulo, Saraiva, 1979;
- Constituição do Estado de São Paulo;
- Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União (Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952) atualizada até 1979, São Paulo, Editora Atlas;
- Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo, (Lei n. 10.261, de 10 de outubro de 1968 e legislação complementar), Bauru, Edição Jalovi, 1975;
- Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo (Lei n. 8.989, de 29 de outubro de 1979), São Paulo, 1980, Edição Saraiva com organização, sistematização e índices do Professor José Cretella Jr.