PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A. NOGUEIRA DE SÁ
Advogado do Departamento Jurídico do Estado de São Paulo

SUMÁRIO: Instrução contraditória. Defesa do acusado. Prova testemunhal. Conclusões.

Uma das questões de direito mais interessantes, suscitadas na aplicação do Estatuto dos funcionários públicos civís foi, certamente, a relativa ao processo que é preliminar da demissão do cargo.

Em caso prático dos que nos couberam examinar (agôsto de 1945) e no qual se pretendia a anulação, **ab-initio**, porque a Comissão processante seguira à risca as normas legais disciplinadoras do instituto, em vez de, saindo fora delas, observar contrariedade pura, obrigatória, segundo a pretensão referida, como imperativo de direito natural, tivemos ensejo de aduzir considerações que talvez não seja inútil divulgar, dado o interêsse doutrinário que o problema desperta.

Escrevemos, então, o seguinte: resume-se a questão em saber se, além das ordenações estatutárias reguladoras do processo administrativo (arts. 246 e segs. do decreto-lei n.º 12.273, de 27-10-41), tem o indiciado **direito** a arrolar testemunhas, a acompanhar a inquirição delas e reinquiri-las, requerer tôda e qualquer prova que lhe aproveite, enfim, **à completa instrução contraditória.**

Não há como deixar de responder negativamente, pois não se conhecem, na atividade administrativa, outras vinculações, senão as preordenadas na lei, formal ou material. Ao que está obrigada a Administração (o que dá lugar, portanto, a um verdadeiro direito subjetivo a que ela se inclina), e obrigada de modo que não admite dúvida, é respeitar, exatamente, as disposições estatutárias citadas, que constituem, no caso, o complexo de formas que, no sistema do Estatuto, vem a ser o **"processo administrativo".*** Afirmar que a lei deve ser cumprida

* A exigência constante da alínea "c", *in-fine*, do art. 156 da Carta fed. de 1937 não era, evidentemente, da mesma compreensão que a inscrita no item II do art. 189 da Constituição federal de 1946.

como nela conviria que estivesse contido, é romper o próprio princípio de legalidade sôbre que repousa a atividade administrativa; é, afinal, presumir-lhe vinculações, o que nenhum princípio jurídico autoriza. É erigir o critério do aplicador como fonte de direito.

Já em parecer que emitimos em outra questão e na qual figuraram como defensores dos recorrentes ilustres jurisperitos e professores de direito, deixamos esclarecido que o processo administrativo, como todos os demais meios por que se manifesta o poder disciplinar, apresenta diferenciações substanciais em relação ao processo penal, assim como, que o conceito jurídico de falta administrativa é substancialmente irredutível ao do crime.

É de notar que, no caso aludido, os ilustres juristas defensores dos funcionários punidos abriram mão, no recurso à última instância administrativa, da prejudicial (quanto ao alegado cerceamento de defesa, ainda que fielmente obedecidos os citados arts. 246 e segs. do Estatuto), que haviam suscitado perante o Sr. Secretário de Estado que mandara instaurar o processo.

Desde que seja **observada fielmente a lei,** não há, pois, como recusar validade ao processo sôbre que versa o ofício daquele titular.

A. Merkl,[1] para quem o "direito administrativo formal depende indiscutìvelmente, quanto ao seu conteúdo, do direito judicial", e "as diversas vias processuais servem de modêlo para as diversas vias processuais administrativas aparentadas com aquelas por seu fim, por exemplo, o direito processual penal, para o direito processual administrativo" (tese que nos parece errada), confessa, linhas adiante, que o procedimento administrativo é menos formal que o judicial e reconhece que a lei administrativa pode preordenar processo abreviado e simplificado e, nos casos determinados por ela, tal procedimento pode substituir ao ordinário. A seguir reconhece aspectos diferenciais entre uma e outra forma de processo, afirmando que **os meios de prova e as condições de sua adoção, por parte da Administração Pública, constituem pormenor que será livremente regulado pelo direito positivo,** chegando a escrever textualmente: "A própria publicidade, para as partes, se submete a notável limitação, já que a parte não está privada de ação para a inspeção das atas, ou se lhe veda esta inspeção por determinadas razões, escudada a recusa no interêsse público, tão elástico". "O que se pode afirmar de um modo geral", adverte,[2] "é que as disposições formais estabelecidas pela lei representam, ao mesmo tempo, o **minimum** e o **maximum** de requisitos jurídicos para cada ato, quando não se prescrevem expressamente a publicação, pronunciamento ou anúncio de um ato, há de se considerar que êste é juridi-

1 "Teoria General del Derecho Administrativo", pp. 283, 284, 288, 291, ed. esp., 1935, Madri.

2 Ob. cit., p. 291.

camente eficaz, ainda que não haja chegado ao conhecimento dos afetados por êle".

Aliás, todos os propugnadores da jurisdicionalização da pena administrativa reconhecem como são irredutíveis um a outro êsses processos.

Aludir-se ao direito natural para concluir-se que é por uma exigência dêsse direito que se deve estabelecer um processo administrativo informado dos mesmos elementos do processo penal, constitui evidente exagêro. Cumpre reconhecê-lo, ainda que se admire a cultura jurídica do ilustre jurista que concluiu e levantou, no processo em estudo, essa questão.

O princípio jurídico da defesa está expresso nas disposições legais citadas, apenas regulado da forma que pareceu ao legislador mais adequada à índole dêsse processo. O princípio foi, assim, conformado com o sistema que o Estatuto adotou. Quando muito se pode, em tese. discordar do sistema, descobrir-lhe falhas de ordem estritamente técnica, e, por um critério puramente de conveniência, propor-lhe, **de lege ferenda,** alterações, certos desenvolvimentos ou, mesmo, substitutivo em que se cuide, quanto possível, de resolver mais tècnicamente o problema, como se procurou fazer, aliás, com a elaboração do projeto de decreto-lei especial que disciplinaria a matéria.

Entender, porém, de infirmar ou suprir o direito positivo em nome do direito natural, porque o regime jurídico dêsse determinado processo administrativo apresenta, no sistema estatutário, notas que o caracterizam com rito próprio e o diferenciam do processo penal, é orientação duplamente inadmissível, primeiro, porque o texto legal não pode, evidentemente, ser proscrito pelo aplicador, ainda que essa aplicação não se faça cegamente, mas com observância de tôdas as regras técnicas da hermenêutica jurídica; segundo, porque "para lograr-se a unidade e a harmonia do querer e do agir, que é indispensável à sociedade", [3] os seus membros estão adstritos às normas que o Poder Público edita e sanciona. "Tão pouco é possível deduzí-lo" — adverte o sábio e insuspeito Cathrein, [4] "por simples conclusão da lei moral natural, porque muitas das exigências gerais têm de ser determinadas de um modo mais próximo em particular, conforme à necessidade das circunstâncias concretas e certamente por normas gerais obrigatórias, para o que de novo se precisa de uma autoridade que fixe essas determinações . . ."

Paralelamente ao que esclarece o mesmo autor em referência à justiça penal, [5] em cuja "administração, pelo menos nos Estados cultos, com suas progressivas legislações penais, não se pode falar em

3 Vide Cathrein, "Fil. del Der.", p. 200, 4.ª ed. da trad. espanhola, edit. Reus. Madri.

4 Lugar citado.

5 Ob. cit., p. 255.

recorrer-se ao direito natural, como direito subsidiário", também é de concluir, em relação ao processo administrativo, para aplicação de penas disciplinares (arts. 246 a 261 do Estatuto), que não há como, em nome do direito natural, descobrir-lhe omissões para suprí-las com aquêle recurso, isto é, que tais e tais formas, êstes e aquêles atos e têrmos não foram previstos ou não satisfazem. Nem seria simplesmente cogitável negar o princípio da defesa sem contradizer, manifestamente, outro princípio, que o precede, princípio fundamental da lei natural. Mas, procurar suprir, ampliar ou restringir as ordenações de direito positivo que o exteriorizam e o regulam mediante determinado complexo de formas, para obedecer a outras não legisladas, tão sòmente porque êstas últimas seriam melhores, ou mais sábias, em face do direito natural, parece-nos que já seria desautorizado pelo próprio direito natural que impõe, em princípio, o respeito às leis positivas, pois sem a sua observância é impossível a vida em sociedade.

São êsses exageros, ou, digamos melhor, são êsses os erros que expuseram, em todos os tempos, a idéia do direito natural aos mais sérios ataques.

O princípio jurídico da defesa, que é um daqueles evidentes por si mesmos, foi acolhido no regime do processo administrativo. Êsse princípio, é claro, em sua substância, cede ao que está contido, sòmente em tese, no direito natural. A sua determinação próxima e, portanto, o modo por que atua, as ordenações técnicas que o desenvolvem, ficam inteiramente a cargo do legislador. Por isso o mesmo Cathrein observa que "o direito positivo recebe em si, valha a expressão, ao direito natural, do qual deduz as conclusões finais e determina pròximamente tudo o que em direito natural sòmente se contém em geral. Neste último aspecto, principalmente, tem um espaço muito amplo e **neste pode fazer-se valer com a mais ampla extensão o caráter próprio** dos diferentes povos em razão do tempo e circunstâncias e é nisto perfeitamente possível um progresso". [6]

Não tendo sido derrogados ou modificados os artigos do Estatuto, nem se havendo, até hoje, pensado, sequer, em discutir-lhes a constitucionalidade, como proscrever-lhes a observância ?

O máximo que se pode fazer, **sempre por causa do princípio dominante da prevalência do interêsse público,** é, na prática daquelas normas, dar-se-lhes, em cada caso, segundo pareça mais conforme à prevalência dêsse interêsse, entendimento que facilite atingir a finalidade objetiva das operações processuais : isto é, perfeita apuração dos fatos imputados e a sua autoria. Assim, parece-nos que à Comissão processante se pode reconhecer, em princípio, a **faculdade** de ouvir as testemunhas que o indiciado, em petição fundamentada, requeira sejam ouvidas, bem como proceder às diligências que o indiciado solicite com fundamento, e, até, **sempre tendo em vista os altos interêsses do**

6 Ob. cit., p. 249.

serviço, permitir-lhe presencie a tomada de depoimentos e, por intermédio do presidente, possa fazer as reperguntas que êste julgar não só pertinentes à matéria, mas necessárias ao perfeito esclarecimento dos fatos.

Considerando que além da defesa escrita, já garantida pelo assento do art. 252 do Estatuto, o ouvir-se as declarações do indiciado, antes ou depois do denunciante, é, possìvelmente, entender, com maior proveito, em primeiro lugar para a Administração, os dispositivos legais, algumas comissões processantes têm feito incluir nos autos dos processos administrativos as declarações que elas têm entendido de tomar por têrmo, dos indiciados.

Tais atos e têrmos, jamais poderiam dispensar ou substituir as normas estatutárias enquanto vigorem estas, assim como, também, **não podem constituir direito do indiciado.**

Os processos, portanto, em que se observaram, literalmente, as normas dos arts. 246 e segs. do Estatuto, não são nulos, nem anuláveis. A não ser que o ato administrativo contradiga normas legais, não há como se cogite de sua anulação.

Em nota ao trabalho de nossa autoria publicado no fasc. n.º 1, ano III, da revista "Administração Pública", aduzimos esclarecimentos, quanto à natureza, conteúdo e fins do processo administrativo, que, talvez, possam interessar. Foram as seguintes essas considerações:

". . . Ainda que se reconheça que o poder disciplinar, justamente por ser de formação histórica mui recente, não exclua certa influência do direito penal, não se pode, sem cair em exagêro (e, aliás, em desacôrdo com o direito escrito mais moderno) acolher, sem reserva, a tese do eminente Ruiz y Gomez (o seu livro é de 1935) de que, se a sanção é de maior gravidade, se exige um procedimento mais complicado, **como se se tratasse de um processo penal, portanto, domínio do princípio do contraditório.**

Êsse princípio, em tôda a sua extensão, é próprio, tão sòmente, do processo judicial porque "representa o complemento e o corretivo da ação de parte", como adverte o professor Canuto M. de Almeida.[7] Não é exatamente o que se dá no processo administrativo. Êste, ainda que adote certos requisitos de ordem processual, elementares à averiguação de fatos e comuns a todo esfôrço na descoberta da verdade, não é a **instrução,** por natureza contraditória da formação da culpa. O dar-se-lhe (ao administrativo) uma forma que apresenta similitude com a da contrariedade pura, que é essencial na formação da culpa no juízo do crime, resulta de um critério de conveniência técnica sem o qual dificilmente se atingiria a boa prática do dispositivo que requer processo administrativo em que os funcionários sejam ouvidos e possam defender-se. É um contraditório moderado e condizente com as peculiaridades da matéria administrativa.

7 "A Contrariedade na Instrução Criminal", p. 105.

A Constituição de Cuba (em vigor desde 10 de outubro de 1940) estatui no art. 109 : **"No se podrán imponer sanciones administrativas a los funcionários, empleados y obreros publicos sin previa formación de espediente, instruido con audiencia del interesado y con los recursos que estabelezca la ley. El procedimiento deverá ser siempre sumario".**

O "Estatuto Organico de los Funcionarios de la Administración Pública" do Chile (decreto n.º 2.500, de junho de 1944, publicado no **Diário Oficial** daquêle país, de 7 de julho de 1944), preceitua no artigo 107 : **"Con excepción de la amonestación verbal, ninguna medida disciplinar podrá imponerse sin dar al empleado oportunidad para justificar-se. El funcionario inculpado recibirá notificación escrita en que se señalen con precisión el o los actos considerados punibles, y dentro del plazo suficiente que se le fije, deberá formular sus descargos, también por escrito, acompañando de los documentos que a juicio lo eximan de responsabilidad o la aminoren. Si del examen de los antecedentes acumulados resultar conveniente oir a terceros, el Jefe del respectivo Servicio dispondrá que complemente la investigación un funcionário de grado superior o a lo menos igual al del inculpado, y con el informe de aquél adoptará la resolución que proceda.**

Esta resolución debe comunicarse por escrito al inculpado cuando se le aplicar una medida disciplinaria mayor que la amonestación, indicando el motivo preciso que la provoca. Se permitirá ao funcionario tomar conocimiento de todas las piezas del espediente respectivo. El trámite de consulta a la Contraloria General de la República es obligatorio en el caso que resuelva pedir al Presidente de la República la destitución del funcionario inculpado. Las medidas disciplinarias aplicadas por el Jefe inmediato serán reclamadas ante el Director del Servicio, y las resoluciones de éste serán apelables ante da Contraloria General de la República, dentro de los cinco dias siguientes a la fecha de ser comunicada al empleado. Contra las resoluciones definitivas adoptadas en sumarios administrativos e aprovadas por la Contraloria General de la República, no procederá recurso alguno".

No projeto de decreto-lei sôbre processo disciplinar, que elaboramos em 1942, mais tarde encaminhado à Comissão criada pela Resolução n.º 110, de 27 de outubro de 1943, e que constituiu matéria de estudo da mesma Comissão, adotamos critério equidistante dos pontos-de-vista extremos.