DO DIREITO DE DEFESA NO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR

CARLOS ROBERTO MARTINS RODRIGUES*

1. Administração como poder. 2. A ordem administrativa e sua preservação. 3. Poder de polícia e poder disciplinar. 4. Procedimento disciplinar e direito de defesa.

1. *Administração como poder*

Administrar significa gerir coisa própria ou alheia, tendo em vista fim útil.

A idéia conceitual de *administração* contém, portanto, quatro pontos cardeais: desenvolvimento de atividade, objeto determinado e possível, causa e finalidade.

É, assim, no sentido de atividade causada e teleológica, que a expressão ingressa no mundo jurídico, especialmente no domínio do direito privado: administração de herança, de massa falida, societária ou de empresa.

Recolhendo-a, o direito público dá-lhe, todavia, fisionomia nova, impondo-lhe dicotomia irrecusável: administração já não traduz, apenas, atividade realizada para o alcançamento de fim útil ou prático, mas denomina a estrutura orgânica de tal atividade encarregada. São dois aspectos conceituais distintos, mas dependentes, reciprocamente.

É nesse sentido subjetivo — conjunto de órgãos desempenhadores de determinada atividade finalística — que nos interessa o seu enfoque, por enquanto.

A consideração é, também, a do moderno direito positivo brasileiro, como se vê da legislação que comandou a chamada reforma administrativa federal, cujos princípios fundamentais ornamentam a dos estados-membros e dos municípios. O Decreto-lei nº 200/67 põe termo à velha discussão doutrinária em torno dos aspectos em que poderia a expressão administração pública ser

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

tomada. Aceitou a sua qualificação subjetiva, dividindo-a em direta (órgãos centrais do Poder Executivo) e indireta (entidades periféricas, antes paraestatais, agora integradas no Poder Executivo, também, por força de lei).

Partilhando-se o Estado, orgânica e funcionalmente, coube ao Poder Executivo, proeminentemente, a função administrativa, aquela atividade funcional que se desenvolve, visando a consecução direta e imediata das necessidades coletivas.

Inicialmente, a divisão funcional e orgânica do Estado está justificada pela necessidade de ser contido o chamado *poder do príncipe,* exacerbado no tipo de Estado policial ou absolutista, quando o soberano era projeção da vontade divina e se identificava com o próprio Estado (*L'État c'ést moi*). Daí a constatação de Montesquieu — somente o poder contém o poder — admiravelmente consagrada, na teoria e na prática do sistema de freios e contrapesos da Constituição norte-americana de Filadélfia.

A reação ao Estado sonegador do indivíduo, cristalizada na Revolução Francesa, mas iniciada na Magna Carta, de 1215, quando o baronato inglês pôs um freio no absolutismo real de João Sem Terra, estipulando as primeiras conquistas liberais, que acabariam por gerar o *Habeas-Corpus Act* e o *Bill of Rights,* mais tarde, determinou o Estado liberal, com reflexos na ordem econômica, atingindo o ápice o indivíduo e a propriedade.

A constação, logo mais, de que o Estado-polícia poderia, no máximo, garantir a *liberdade de morrer de fome,* considerando o indivíduo como abstração, e não como partícipe do corpo social, fez nascer o Estado instrumental, de inegável *permanência intervencionista,* como quer Laufenburger.

Os dogmas fundamentais da vida de relação, como, por exemplo, a autonomia da vontade e a igualdade das partes avençantes, foram ruindo, diante das novas realidades sociais.

O contrato de adesão — instrumento da opressão do mais forte economicamente — foi substituído pelo contrato regulamentar, expressão genérica abrangente das avenças necessárias e obrigatórias, que, hoje, povoam a vida negocial.

Partindo da tese de que o Estado é projeção organizada da vontade social, receptáculo do poder da sociedade, há que se entender que o seu comportamento dinâmico, além de sujeito a regras de legalidade (ordem jurídica em sentido estrito), subordina-se a preceitos de licitudes (ordem jurídica em sentido amplo).

A constatação parte de fato inarredável: o homem, dentro de si, tem duas tendências irresistíveis. Uma conduz o ser à satisfação plena e absoluta de seus apetites egoísticos, leva-o à liberdade. A outra, que cresce em intensidade

à medida que a vida de participação se torna mais efetiva e irresistível, encaminha o homem ao freio de sua própria liberdade. É aí, nesse ponto de encontro entre os dois tropismos humanos, que aparece o *governo,* afinal projetado numa estrutura de poder, que é o Estado. A este, na verdade, transferem os homens, reunidos em comunidade, o poder, que cada um tem, de viver e, paralelamente, de conviver, que é corolário e pressuposto daquele, a um só tempo.

A *solidariedade social,* como insinua Duguit, se insere no Estado, tornando-o, sobretudo modernamente, uma verdadeira "cooperativa de serviços públicos", em que a idéia condominial já começa a ganhar intensidade.

Supõe-se, então, que o Estado é investido de *poder,* de *aptidão,* de *energia social,* para que possa funcionar como mecanismo de composição e harmonia entre aquelas duas tendências do ser humano.

Por isso, porque a idéia condominial começa a empolgar, numa espécie de superposição do *social,* o fim do Estado é, primordialmente, o de promover, concretamente, o bem comum, ou seja, a repartição do maior número de bens sociais possível com o maior número possível de partícipes da sociedade, estabelecendo-se a *democracia funcional,* em oposição à *democracia liberal,* substituindo-se a economia do lucro pela do uso.

Todo o comportamento do Estado gira, assim, em torno da idéia de *funcionalidade,* que é a expressão formal da legitimidade, da adequação entre o que ele faz e o que ele deve alcançar, que é o bem-estar social.

A nova fisionomia estatal gera um maior entrelaçamento entre os setores políticos fundamentais da organização: mantida, embora, a repartição constitucional das funções formais, cada poder dispõe da necessária energia para atuar, a fim de que os objetivos do Estado não se frustrem.

Nesse panorama, pela sua maior intimidade com as necessidades sociais, o Poder Executivo assume posição de especial relevo no contexto social, ganhando a administração espaços de dinamização, alguns ou muitos reservados, antes, ao próprio particular.

A idéia da *essencialidade,* que empolga determinadas prestações sociais, amplia a área conceitual dos serviços públicos, e, conseqüentemente, faz do Estado um eficiente protagonista dos fatos sociais, e não mais o organismo contemplativo legado pela Bastilha.

O caráter de *essencialidade* envolve o de *irrecusabilidade,* não sendo, muitas vezes, e cada vez mais vezes, ao membro da sociedade, tendo em vista considerações de sobrevivência, de convivência, de bem-estar geral, lícito recusar a prestação que lhe oferece o Estado, como nas atividades que envolvem a salubridade pública, entre outras.

A essencialidade e a irrecusabilidade, que ornamentam a função administrativa, só podem ser impostas em virtude de aptidão energética específica detida pelo setor do Estado a que se atribui o exercício daquela função.

Por isso, o domínio eminente (poder de que dispõe o Estado para submeter à sua vontade fatos, pessoas e bens, nos limites de sua jurisdição territorial) se divide, chegando à administração pública com a mesma pureza e força com que alcança os Poderes Legislativo e Judicial.

A administração pública ganha, então, a dimensão de poder, exatamente porque dispõe da mesma energia do Estado, que a torna capaz de submeter ao seu esquema volitivo, todos quantos com ela se relacionem.

É a administração pública poder, inclusive porque, sendo poder derivado, também se sujeita ao ordenamento geral do Estado; é contida, para que não se afaste, ou retorne, se se afastou, do caminho da legitimidade, o que a faz eficiente e adequada aos seus fins institucionais.

Por isso mesmo, diz-se que a administração é *autoritária* (tem poder de decisão, reveste-se de autoridade) e subordinada (sujeita-se a regras preordenadas e a controle).

Como poder impõe, estabelece, regra: como poder obedece, se sujeita, se condiciona, ou é condicionada, melhor dizendo, por normas e outros mecanismos de controle, que o sistema de frenagem social lhe impõe.

2. *A ordem administrativa e sua preservação*

Fácil, então, é verificar que existe um sistema harmônico de normas estabelecedoras de uma ordem administrativa.

Instituição social, a administração pública supõe uma ordem e pressupõe um fim (já exaustivamente examinado, no item anterior, quando se viu o caráter teleológico da atividade administrativa).

A ordem administrativa não é mera projeção da ordem jurídica do Estado (conjunto harmônico e hierarquicamente disposto de normas). Abrange não apenas as normas reguladoras e condicionantes de seu comportamento dinâmico, como a própria dinâmica administrativa (atividades-meio e atividades-fim)

Utilidade social alguma seria alcançada se a ordem administrativa se compusesse tão-só de normas; estas são condutos do desempenho volitivo do poder social organizado, mas a concretização dos princípios e o alcançamento dos fins que estabelecem dependem do desenvolvimento de uma série de atividades, preparatórias e de mérito. Estas é que traduzem as prestações devidas pelo Estado à sociedade e a cada um dos que a integram. São essas

atividades, transformadas em *serviços,* que, realizadas ou prestadas de forma regular, eficiente e harmônica, realizam o bem-estar geral, efetivando a finalidade maior do Estado. Pois é a tal complexo — de normas e atividades regulares, eficientes e harmônicas — que se deve ter como ordem administrativa.

Cumpre, por isso, ao Estado, por meio da ordem jurídica, estabelecer os meios de contenção do comportamento administrativo e dos que com a administração se vinculam, com ou sem relação hierárquica. Como lhe cumpre, também, dinamizar o freio, através dos mecanismos orgânicos de frenagem.

No primeiro caso, as normas transmitem as regras segundo as quais devem viver a administração e todos quantos a ela se vinculem, em dado momento social. Na última hipótese, previne-se o comportamento antinormativo, ou se restaura o equilíbrio agredido ou perdido.

A *normatividade* imprime o caráter *legal* e *lícito* à dinâmica administrativa.

Por isso mesmo, a *sujeição normativa* é o ponto fundamental do equilíbrio da ordem administrativa.

Em primeiro lugar, a administração pública contém e fiscaliza seu próprio comportamento, seja ele normativo, seja de natureza prestacional (atividade material). Aqui, por força de aptidões especiais, de natureza instrumental, que lhe são conferidas pela ordem jurídica geral do Estado (são os poderes instrumentais da administração pública — regulamentar, hierárquico, disciplinar, de polícia), a administração pública explicita a legislação primária, constituindo regras gerais ou especiais de comportamento, funcional ou não, organiza, coordena, fiscaliza e controla seus serviços e atividades; procede para detectar irregularidades ou ineficiências, e sanciona, quando entende que há um descompasso entre o comportamento (particular ou funcional) e uma determinada norma de conduta (infração ou ilícito administrativo); limita ou impõe modos de exercício de direitos pessoais tendo em vista o bem-estar geral, controlando-os.

Em qualquer desses aspectos da função da administração pública, ela própria está presente para preservar a sua ordem, através do que se convencionou chamar de autocontrole ou controle íntimo. É válido, então a administração rever, para retificar, tornar sem efeito, ou nulificar, ou ainda, desfazer seus atos e operações, e respectivos efeitos, contanto que se mantenha a ordem administrativa, tendo em vista o asseguramento da licitude comportamental da administração.

Freqüentes vezes, todavia, a agressão à ordem administrativa se faz de fora para dentro, consubstanciada em comportamentos que os súditos assumem,

ferindo normas de modo a pôr em sobressalto a eficiência e a regularidade das prestações sociais do Estado.

Em casos como esses, a administração já não se volta, na atividade de contenção ou reparadora, para si mesma; alcança, com o seu controle, os estranhos aos seus quadros, mas que, vinculados ou não ao seu corpo, ofendem a sua ordem.

Finalmente, sujeita-se a administração a controles externos, ora do Poder Legislativo e órgãos auxiliares (Tribunais e outros colegiados de Contas), ora do Poder Judiciário, valendo dizer que, no último caso — nos países em que a ordem constitucional instituiu o Estado judicial — os órgãos judiciários ocupam a cúpula do sistema de frenagem, cabendo-lhes, sempre, em última instância, estabelecer a *verdade legal.*

A oposição — mas não a inconciliação — entre o *poder* e a *liberdade* dá ao Poder Judiciário uma missão tutelar do mais alto alcance social, cabendo-lhe zelar pela convivência harmônica dos dois, sendo certo que o *poder social* é finalístico e *funcional,* e só tem o respaldo da eficácia se dinamizado no sentido de sua consideração institucional. Essa pedra de toque da ordem democrática, que se caracteriza pela viabilidade da convivência feliz e harmônica do *poder* com a *liberdade,* é que constitui o escopo da ação judiciária.

Ainda quando os mecanismos sociais de controle do poder administrativo se impõem, eles transbordam para se inserir nos *meios judiciais* de frenagem, o que bem mostra a relevância do papel do Poder Judiciário.

3. *Poder de polícia e poder disciplinar*

Se a administração atua para preservar sua ordem, e, portanto, a irrecusabilidade de suas normas ou de suas prestações, limitando ou determinando o *como* do exercício de direitos pessoais, visando o bem-estar social, isto é, a manutenção da igualdade de oportunidades e proporção dos resultados do trabalho social, o poder administrativo dinamiza o seu poder de polícia.

Na órbita do poder de polícia, portanto, temos normas e atividades prestacionais (serviços), aquelas indicadoras da regularidade e da eficiência destas.

Mas, se a administração pública procede para investigar irregularidades cometidas no seu âmbito orgânico, ou de fora para dentro, em virtude de comportamentos pessoais que configuram infrações àquelas normas informadoras da ordem administrativa; e, em virtude da investigação, impõe sanções, a administração pública exercita o seu poder disciplinar.

Não há, assim, como confundir os dois poderes, embora a atividade administrativa, não sendo estanque, em qualquer dos aspectos em que possa ser considerada, se realiza, não raro, sob o enlevo de ambas as aptidões.

Mas a distinção é clara: o poder de polícia diz com normas que determinam como podem ser exercidos os direitos pessoais, inclusive, e principalmente, hoje, na recepção ou na prestação de atividades essenciais (serviços públicos); já o poder disciplinar torna a administração apta a apurar as irregularidades dos comportamentos funcionais e dos não-funcionais, os últimos quando em relação com ela.

Assim, quando, por exemplo, se fala em sanção de polícia, quer-se referir à sanção que a administração impõe, ao dinamizar o seu poder disciplinar.

4. *Procedimento disciplinar e direito de defesa*

O descompasso entre uma conduta voluntária e a ordem administrativa é o que se denomina infração ou ilícito administrativo.

Caracteriza-se a infração por ser o resultado da incompatibilidade entre a declaração de vontade do agente administrativo, ou do particular relacionado com a administração, e a vontade social transmitida pela norma ofendida.

Há, assim, um regime disciplinar funcional, que é o conjunto de normas e procedimentos que visam resguardar a regularidade, a eficiência e a legalidade do comportamento do agente estatal, e há um regime disciplinar, que alcança os que entretêm, com a administração, vínculo de qualquer natureza, e de que resulte uma atividade prestacional, ativa (prestação de serviço público) ou passiva (recepção de serviços públicos).

É através dos procedimentos (sucessão harmônica de atos e operações que visam o estabelecimento de uma situação administrativa final) que a administração pública atua para buscar a verdade legal na área do seu regime disciplinar.

Estabelece-se, então, um liame procedimental entre a administração que investiga e as pessoas investigadas.

Dois tipos de procedimentos estão consagrados para que, através deles, a administração pública chegue ao seu desiderato, em matéria disciplinar, que é a preservação de sua ordem. São a sindicância e o inquérito, a primeira, sumária, mais investigatória do ilícito, em si; a última dirigindo-se muito mais à determinação da autoria.

No primeiro dos procedimentos enumerados — a sindicância — não é de primeira grandeza o interesse da *defesa*. Limitando-se a buscar fatos, que

configurarão ou não a infração, a administração raramente impõe sanções em virtude de sindicância.

A *defesa,* que é pretensão de se obter a justiça, aparece, como força de oposição procedimental no inquérito, seja ele funcional ou não.

Uma ótica totalitária vem permitindo que se tenha o procedimento disciplinar como processo inquisitorial, não revestido do manto da contraditoriedade.

Nos procedimentos disciplinares que não alcançam os agentes da administração, a *defesa* tem encontrado empatias positivas, sendo raro o caso em que o importante sistema de proteção dos direitos pessoais não é acionado.

Cumpre, todavia, dimensionar a defesa.

De nenhuma valia seria ela se a pudéssemos entender apenas como a oportunidade ensejada ao imputado de *dizer contra,* de responder à imputação que lhe é feita. Menos, ainda, se fosse identificada com a peça escrita ou a articulação verbal de oposição às imputações disciplinares.

A partir da imputação, da acusação, do libelo, tem início o exercício do importante direito: não é lícito à administração resumir suas imputações, mas, ao contrário, deve articulá-las de modo expresso, claro e minucioso, para permitir a exata contradição.

Em segundo lugar, o acompanhamento, pelo imputado, de todo o desenrolar procedimental é condição indispensável à defesa, o que só é possível com a ciência prévia, pelo chamado indiciado, do desenvolvimento das várias fases do processo, com a comunicação antecipada, ao defendente, da data, horário, tipo de tarefa a ser realizada, e local da audiência ou da diligência.

O direito de indicar e ouvir testemunhas; requerer e ver efetivadas provas periciais ou vistorias, a realização de acareações; a produção de alegações, envolvendo ou não matéria de mérito, tudo isso compõe o direito de defesa.

Matéria intimamente vinculada à realização da justiça, o princípio da ampla defesa, hoje, mais do que ontem, constitucionalmente assegurado em dimensão que alcança até os procedimentos mais sumários de investigação, tem sido compreendido, entretanto, com restrições que a sua compreensão filosófica e legal não comporta.

O empolgamento do exercício do poder disciplinar pela discricionariedade administrativa tem levado, infelizmente, doutrinadores e agentes judicantes a chancelar posturas assumidas pela autoridade pública, que ultrapassam, não raro, os limites da discrição para cair no campo do arbítrio.

Em nenhum outro departamento do conjunto de atividades administrativas é tão presente a discrição da autoridade quanto no relativo aos comportamentos que dinamizam o poder disciplinar; neste, com efeito, ao contrário do que

sucede no regime jurídico do direito repressivo comum, nem sempre a lei desenha perfeita simetria entre o ilícito e a sanção, ficando aquele, inclusive nos seus delineamentos caracterizadores, ao sabor ideológico da autoridade que julga com alguma largueza de faculdade, quando e dentro de que dimensões ocorre a infração, e, segundo o grau de gravidade por ela determinado, qual a sanção que deve ser imposta em correspondência.

Confunde-se com freqüência, discrição com arbítrio, deixando-se envolver por critérios de apreciação e julgamento louvados em circunstâncias de empatia.

No regime disciplinar relativo ao funcionário público, mais se acentua o divórcio entre o direito de defesa e o direito administrativo de buscar a verdade legal, para imposição ou não de pena disciplinar.

No Brasil, explica-se a ocorrência, pela circunstância de que o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711, de 1952), refletido em quase todos os estatutos estaduais e municipais, é uma projeção do pensamento jurídico do Estado Novo.

Em compensação, houve notável progresso na construção constitucional do direito de defesa, o que permite à doutrina brasileira assumir clara posição no problema, reivindicatória da verdadeira dimensão em que a importante pretensão jurídica deve ser colocada; mais cedo ou mais tarde, jurisprudência e legislação (como já ocorre com relação ao Estatuto dos Funcionários Públicos, no Ceará) acolherão as repercussões da colocação correta do problema: primeiro, o contraditório, que deve empolgar o procedimento disciplinar, onde, apesar da presença do Estado num dos lados da relação, as partes devem receber tratamento igual, especialmente considerando que a atividade disciplinar da administração tem feição jurisdicional, donde a necessidade de se desenvolver com isenção; segundo, a recepção do direito de defesa na amplitude com que está consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na própria Constituição Federal vigente, oriunda, como se sabe, de movimento revolucionário.

É importante salientar que, enquanto a Constituição de 1946 restringia o princípio da ampla defesa aos acusados em matéria criminal, estendido a outros procedimentos por força de doutrina e jurisprudência, a Lei Maior de 1967, com a Emenda de 1969, tornou dogma a ampla defesa, qualquer que seja a natureza da imputação e a qualificação do imputado (art. 153, § 15).

Incompatível é, por isso, com o modelo constitucional da ampla defesa a disposição do parágrafo único, do art. 217, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

Preceitua referido dispositivo que somente se fará inquérito, com o requisito da ampla defesa, quando a administração tiver que impor determinadas sanções (demissão, destituição de função, suspensão por mais de 30 dias, cassação de aposentadoria e de disponibilidade). Ora, como poderá a autoridade, previamente, antes da investigação, saber que tipo de sanção vai aplicar?

Por outro lado, a *forma,* que é o inquérito (que a lei estatutária federal, equivocadamente, chama de processo administrativo, de que ele é mera espécie), ou a sindicância, existe para garantir a substância, que é o direito de defesa. Sem inquérito, sem procedimento formal, como garantir a participação efetiva do acusado na busca da verdade legal?

Admitir-se a inexigência de inquérito, para hipótese fora das consideradas por aquele esdrúxulo parágrafo, chegar-se-ia ao absurdo de dimensionar a discrição administrativa no esquema do puro arbítrio, dando, ainda, à autoridade administrativa aptidão de prejulgamento, coisa de que não cogita a ordem jurídica dirigida à realização da justiça.

Andou bem, por isso, o legislador cearense, quando, na Lei nº 9.826, de 14 de maio de 1974 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Ceará), explicitou os componentes da ampla defesa, deixando à discrição administrativa apenas a margem indispensável à apreciação dos critérios de conveniência e oportunidade, que levam a autoridade a formar sua convicção disciplinar.

Em suma, a lei cearense esclarece em que consiste o amplo direito de defesa ou o direito de ampla defesa, sem o que o procedimento será declarado nulo e de nenhum efeito: a) no direito do funcionário de prestar depoimento sobre os fatos que geraram a imputação, que lhe é feita; b) no direito de apresentar o funcionário razões escritas de defesa; c) no direito de requerer e ver efetivadas as provas permitidas em direito (testemunhal, documental, pericial, etc.); d) no direito de argüir prescrição; c) no direito de argüir impedimentos e suspeições. Além disso, o Estatuto do Ceará ainda prescreve, como condição para a validade do procedimento disciplinar, a presença de advogado como defensor do indiciado, salvo se este for advogado, quando, então, ele próprio, se quiser, exercitará sua defesa.

Verifica-se, pois, sem maiores esforços, que o direito de defesa é prerrogativa social relevante, constituindo, sem dúvida, importante suporte da segurança coletiva, porque inexcedível frenagem à tendência do poder no sentido de se realizar de modo absoluto.

Liberdade e poder são paralelos. Mas podem-se encontrar no abuso, donde a necessidade de limitação e ordenação justa de ambos, para que, exercitados funcionalmente, cumpram a missão de efetivar a justiça social.