DO DIREITO DE DEFESA EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO

ADA PELLEGRINI GRINOVER*

1. Da processualidade administrativa. 2. Processo administrativo e litigantes. Inquérito administrativo e sindicância. 3. O inquérito administrativo na CVM: a legislação infraconstitucional.

1. *Da processualidade administrativa*

1. A análise histórica das garantias do "devido processo legal" demonstra que elas nasceram e foram cunhadas para o processo penal, onde se fazia sentir com mais urgência a preocupação com os direitos do acusado. Mas, a partir do art. 39 da Magna Carta de 1212, um longo caminho evolutivo levou, primeiro, ao reconhecimento da aplicabilidade das garantias ao processo civil[1] e, posteriormente, ao processo administrativo punitivo.[2] Este último passo foi dado graças à generosa tendência rumo à denominada "jurisdicionalização do processo administrativo", expressão relevante do aperfeiçoamento do Estado de Direito, correspondendo ao princípio da legalidade a que está submetida a administração pública e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que devem preceder toda e qualquer imposição de pena.[3]

2. A essa evolução não ficou alheio o Brasil. As garantias expressas pelas Constituições para o processo penal foram sendo estendidas ao processo civil,

* Professora titular na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1 Sobre a evolução da cláusula do *due process of law*, nos EUA, do processo penal ao processo civil, ver, da autora, *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 39-42.

2 Sobre a evolução da cláusula, do processo jurisdicional ao processo administrativo, no direito comparado, ver Ferreira, Sérgio de Andréa. A garantia da ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar. In: *Rev. Dir. Públ.*, (19):60-61, jan./mar. 1972.

3 Ferreira, Sérgio de Andréa. op. cit. p. 62.

até a consagração da aplicabilidade, a este, da cláusula do devido processo legal, na interpretação do princípio da proteção judiciária, solenemente explicitado pela Constituição de 1946 (art. 141, § 4º) e mantido pelas posteriores (art. 150, § 4º da Constituição de 1967, renumerado como art. 153, § 4º pela Emenda Constitucional de 1969).[4] E, sobretudo a partir de 1946, a recepção de princípios e regras do processo jurisdicional pelo processo administrativo punitivo levou ao reconhecimento, neste, do direito de defesa, pela interpretação dada ao § 15 do art. 141, argumentando-se, ainda, com a isonomia: em qualquer processo em que haja acusado, deve haver ampla defesa.[5] A jurisprudência não se afastou desse entendimento.[6]

3. O coroamento do caminho evolutivo da interpretação da cláusula do "devido processo legal" ocorreu, no Brasil, com a Constituição de 1988, pelo art. 5º, inc. LV, que reza:

"Art. 5º, LV. 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."

Assim, as garantias do contraditório e da ampla defesa desdobram-se hoje em três planos: a) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, para o processo penal e para o não-penal; b) no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo, sempre que haja litigantes. É o que já vimos afirmando em estudos anteriores.[7]

É esta a grande inovação da Constituição de 1988.

4. Com efeito, as garantias do contraditório e da ampla defesa, para o processo não-penal e para os acusados em geral, em processos administrativos, já eram extraídas, pela doutrina e pela jurisprudência, dos textos constitucionais anteriores, tendo a explicitação da Lei Maior em vigor natureza didática, afeiçoada à boa técnica, sem apresentar conteúdo inovador. Mas agora a Constituição também resguarda as referidas garantias aos litigantes, em processo administrativo.

E isso não é casual nem aleatório, mas obedece à profunda transformação que a Constituição operou no tocante à função da administração pública.

[4] Grinover, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, op. cit. p. 133-7 e 153-8.
[5] Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*. v. 5, p. 222-3; Ferreira, Sérgio de Andréa, op. cit. p. 62 e segs.
[6] Ferreira, Sérgio de Andréa. op. cit. p. 63.
[7] Grinover, Ada Pellegrini. Garantias do contraditório e da ampla defesa. In: *Jornal do Advogado*, São Paulo, OAB, 175:9, nov. 1990.

Acolhendo as tendências contemporâneas do direito administrativo, tanto em sua finalidade de limitação ao poder e garantia dos direitos individuais perante o poder, como na assimilação da nova realidade do relacionamento Estado-sociedade e de abertura para o cenário sócio-político-econômico em que se situa, a Constituição pátria de 1988 trata de parte considerável da atividade administrativa, no pressuposto de que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da Administração, pois os princípios da democracia não podem se limitar a reger as funções legislativa e jurisdicional, mas devem também informar a função administrativa.[8]

Nessa linha, dá-se grande ênfase, no direito administrativo contemporâneo, à nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do "devido processo legal", seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da administração.[9]

Na concepção mais recente sobre a processualidade administrativa, firma-se o princípio de que a extensão das formas processuais ao exercício da função administrativa está de acordo com a mais alta concepção da administração: o agir a serviço da comunidade.[10] O procedimento administrativo configura, assim, meio de atendimento a requisitos da validade do ato administrativo. Propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir seus efeitos sobre os indivíduos, e permite verificar como se realiza a tomada de decisões.[11]

Assim, o caráter processual da formação do ato administrativo contrapõe-se a operações internas e secretas, à concepção dos *arcana imperii* dominantes nos governos absolutos e lembrados por Bobbio ao discorrer sobre a publicidade e o poder invisível, considerando essencial à democracia um grau elevado de visibilidade do poder.[12]

Surge disso tudo a necessidade de se partir para um ponto comum: não agravar a ação administrativa com exigências inúteis, *quando porém isso não seja fator de composição de interesses e fator de obtenção de decisões decorrentes do contraditório e da ampla defesa.*[13]

[8] Ver, entre os administrativistas mais sensíveis a essa nova tendência do direito administrativo, Allegretti, Umberto. Pubblica amministrazione e ordinamento democratico. In: *Il Foro Italiano*, p. 3, 4, 6 jul./ago. 1984; e Martin, Sebastian e Baquer, Retortielo. *Administración y Constitución*. Madrid, Ieal, 1981, p. 23.

[9] Papel relevante no interesse e concepção recentes sobre a processualidade administrativa foi desempenhado por Feliciano Benvenuti (Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1:118-45, 1952).

[10] Id. ibid. 121-45.

[11] Berti, Giorgio. *Diritto e Stato — riflessioni sul cambiamento*. Pádua, Cedam, 1986. p. 325.

[12] Bobbio, Norberto. *Estado, Governo, sociedade*; por uma teoria geral da política. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986. p. 29-30.

[13] Pastori, Giorgio. Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali. In: *Dir. amm. e giust. amm. nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*. Rimini, Maggioli, 1987. v. 2, p. 819.

E para a enunciação dos preceitos que formam o mínimo denominador comum da ação administrativa, entre as linhas fundamentais dos procedimentos administrativos foram explicitamente apontados os seguintes:

a) a publicidade dos procedimentos;

b) o direito de acesso aos autos administrativos;

c) a condenação do silêncio, com sanções aos responsáveis;

d) a obrigação de motivar;

e) a obrigatoriedade de contraditório e defesa na formação de atos puntuais restritivos de direitos e de atos compositores de conflitos de interesses.[14]

São essas as razões pelas quais a Constituição pátria de 1988, assinalando verdadeira ruptura com relação ao sistema anterior, não se limitou a assegurar o contraditório e a ampla defesa — com os corolários deles decorrentes — para o processo administrativo em que haja acusados, estendendo as garantias aos *processos administrativos em que haja litigantes.*

Passemos, então, a examinar o sentido dessas expressões.

2. *Processo administrativo e litigantes. Inquérito administrativo e sindicância*

5. É sabido que, no plano administrativo processual, pode ser identificado um processo administrativo punitivo e um não-punitivo,[15] desdobrando-se o punitivo — que visa à aplicação de sanções administrativas — em externo e interno: o primeiro compreende a caracterização de ilícitos administrativos e a cominação das respectivas sanções, no tocante às pessoas sujeitas ao poder público, em geral; o segundo, instrumento do direito administrativo disciplinar, refere-se aos servidores públicos.

Quanto ao processo administrativo punitivo, externo ou interno (sendo este último o disciplinar), sempre que houver *acusados*, a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa se fará no plano das acusações em geral (ver *supra*, nº 3, *in fine*, no tocante à hipótese que se apresentou sob a alínea *b*). Nenhuma aplicação, ainda, da hipótese *sub c*.

Mas a hipótese *sub c* — ou seja, a inovação constitucional do contraditório e da defesa para processos administrativos sem acusados — faz-se pre-

[14] Ver Allegretti. Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa. In: *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini.* Milano, Giuffrè, 1988. v. 3. p. 3-11; Pastori, Giorgio. Il procedimento... op. cit. p. 819-21.

[15] Ver Basavilbaso, Benjamin Villegas. *Derecho administrativo.* 1949, t. 1. p. 152-8. Apud Ferreira, Sérgio de Andréa, op. cit. p. 60, nota 3.

sente nos demais processos administrativos, punitivos ou não, em que haja *litigantes*.

Esta é a única interpretação da norma constitucional que, em obediência ao princípio de que a lei não pode conter disposições inúteis, faz com que não se considere superposta a tutela constitucional para "os acusados em geral" e para os "litigantes em processo administrativo". E esta é, sem dúvida, a vontade da Constituição pátria de 1988, coerente com as linhas evolutivas do fenômeno da processualidade administrativa (*supra*, nº 4).

Assim, a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente *litigantes*.

6. Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes — e os há — sem acusação alguma, em qualquer lide. Assim, por exemplo, no processo administrativo de menores, mesmo não-punitivo, podem surgir conflitos de interesses entre o menor e seu responsável legal. Haverá, nessa hipótese, litigantes e a imediata instauração do contraditório e da ampla defesa.[16] E assim também nos processos administrativos punitivos (externos e disciplinares), mesmo antes da acusação, surgindo o conflito de interesses, as garantias do contraditório e da ampla defesa serão imediatamente aplicáveis.

7. O que se acaba de dizer leva à necessidade de dar conteúdo a expressões legais como "inquérito administrativo" e "sindicância". O primeiro é utilizado, na maioria das vezes, como sinônimo de processo administrativo, seja punitivo (para indicar, por exemplo, o processo disciplinar), seja não-punitivo (como o inquérito policial ou o inquérito civil do MP, anterior ao ajuizamento da ação civil pública da Lei nº 7.347/85). Trata-se de termo de uso popular e até mesmo oficial, previsto em leis, que não pode levar a qualquer conclusão quanto à verdadeira natureza de seu objeto. Será preciso, caso a caso, verificar a finalidade do inquérito, para classificá-lo como um ou outro tipo de processo administrativo.

[16] Defendemos expressamente essa posição em palestra perante a OAB/SP sobre as garantias constitucionais no processo de menores (Garantias do contraditório e da ampla defesa, op. cit.).

Às vezes, a expressão "inquérito administrativo" é utilizada no sentido de sindicância. A sindicância é, em sua primeira acepção, meio de apuração sumária, prévia em relação ao processo administrativo e destinada a colher elementos informativos para a instauração, ou não, do processo administrativo *stricto sensu*. Neste sentido, a sindicância é freqüentemente assemelhada ao inquérito policial ou ao inquérito civil preparatório da ação civil pública. Mas é evidente que, embora não tendo, em geral, caráter punitivo, a sindicância não deixa de ser processo administrativo. Com uma agravante: às vezes, mesmo por meio de sindicância, pode-se chegar à aplicação de penalidade. É o que acontece, por exemplo, com alguns estatutos estaduais de funcionários públicos.[17] É também o que acontece, como se verá, com o denominado "inquérito administrativo" da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Nessas hipóteses, a sindicância guarda intacta sua natureza de processo administrativo punitivo, disciplinar ou externo, conforme o caso.

3. *O inquérito administrativo na CVM: a legislação infraconstitucional*

8. A legislação infraconstitucional que rege o denominado inquérito administrativo da CVM foi editada no período compreendido entre 1976 e 1984 — anterior, portanto, à Constituição de 1988. Passemos a examiná-la, nas disposições que vêm a pêlo para a nossa questão, para verificar se ela se coaduna com a nova Constituição.

9. A Lei nº 6.385/76 atribui à CVM a função de "apurar, mediante inquérito administrativo, atos ilegais e práticas não-eqüitativas de administradores e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado" (art. 9º, V). E o § 2º do mesmo dispositivo garante:

"Art. 9º, § 2º O inquérito, nos casos do inciso V deste artigo, observará o procedimento fixado pelo Conselho Monetário Nacional, *assegurada ampla defesa*" (grifamos).

10. Aprovando o regulamento disciplinador do procedimento a ser observado na instauração do "inquérito administrativo" da Lei nº 6.385/76, a Resolução nº 454/77, do Conselho Monetário Nacional, subdivide o processo administrativo, genericamente denominado inquérito pela lei, em "inquérito administrativo" e "processo administrativo", sendo o primeiro destinado a apurar atos ilegais ou práticas não-eqüitativas por parte dos sujeitos que enumera (art. 1º), enquanto o segundo é instaurado após a conclusão do inquérito, abrindo-se então a "fase litigiosa do procedimento" (arts. 5º e 8º).

[17] Ver o nosso estudo, anterior à nova Constituição. O princípio da ampla defesa. In: *Rev. Proc. Ger.*, São Paulo, (19):17-8, 1981/1982.

Não deve enganar esse desdobramento do processo administrativo, nem levar à apressada conclusão de que a primeira fase (o "inquérito" da Resolução nº 454/77) corresponderia a uma mera sindicância. E isto porque, nos termos da própria resolução, concluindo o inquérito pela responsabilidade do indiciado, será este intimado a oferecer defesa por escrito (art. 5º); mas, se não o fizer, poderá haver imediata aplicação da penalidade, sem que haja instauração do processo administrativo. É o que prescreve o art. 7º da resolução:

"Art. 7º Esgotado o prazo mencionado no artigo anterior sem que haja a apresentação da defesa, ficará a Comissão de Valores Mobiliários legitimada para aplicar ao indiciado as penalidades previstas na mencionada Lei nº 6.385/76."

Somente a apresentação da defesa ocasiona a instauração do processo administrativo (art. 8º). Sem ela, o inquérito culmina com a aplicação da penalidade.

Essa simples possibilidade descaracteriza o "inquérito" da resolução como sindicância. Impede que se diga que no "inquérito" não há acusados. Transforma o "inquérito", de meio sumário de apuração de fatos para a posterior instauração do processo administrativo, em procedimento capaz de culminar com a sanção administrativa. Estamos inquestionavelmente perante processo administrativo punitivo, portanto, a denominada "indiciação" já corresponde a uma acusação (ver *supra*, nºs 5 e 7).

Só por essa razão aplicam-se, ao inquérito administrativo da Resolução nº 454/77 do CMN, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, na categoria de garantias aplicáveis aos acusados em geral.

11. Mas não é só. Além da razão conceitual, existe a regra legal a exigir que o inquérito da Resolução nº 454/77 seja cercado pela garantia da ampla defesa: a Lei nº 6.385/76 não distingue entre inquérito e processo administrativo. Engloba toda a atuação da CVM, para a apuração dos atos ilegais e das práticas não-eqüitativas, num procedimento administrativo que denomina "inquérito". E para todo esse inquérito exige a aplicação da garantia da ampla defesa (art. 9º, V, § 2º).

Evidentemente, não pode o regulamento restringir as garantias conferidas pela lei. Por mais essa razão, de índole legal, a ampla defesa há de ser assegurada não só no "processo administrativo", mas também no "inquérito" a que alude a Resolução nº 454/77.

12. E, finalmente, às razões de índole conceitual e legal, soma-se agora o fundamento constitucional: ainda que se entenda — *ad argumentandum* — que o inquérito da Resolução nº 454/77 corresponde a uma verdadeira sindicância, em que não haveria acusação; ainda que se afaste, por absurdo, a exigência legal de ampla defesa para os meios de apuração dos atos e das práticas

apontados como ilegais e não-eqüitativos; ainda assim o mandamento do art. 5º, LV, CF, encontra imediata aplicação ao inquérito da CVM, por se tratar de um *processo administrativo* em que há *litigantes*, no sentido de titulares de interesses em conflito (ver *supra*, nºs 4, 5 e 6).

13. Mais uma observação, quanto ao inquérito da Resolução nº 454/77: na prática procedimental da CVM, não há nenhuma separação formal entre "inquérito" e "processo". Tudo corre nos mesmos autos, servindo os elementos probatórios colhidos no inquérito, tanto quanto os contidos no processo, para a formação do convencimento do julgador.

Assim, a apreciação das provas, prevista no art. 12 da Resolução nº 454/77, não se limita às colhidas na instrução do processo administrativo — instrução que nem sempre existe — mas pode fundamentar-se — e freqüentemente o faz — nas provas colhidas no inquérito.

Não se pode equiparar o "inquérito" da Resolução nº 454/77 ao inquérito policial, prévio à instauração da ação penal condenatória. E isto porque as provas colhidas no inquérito da CVM podem embasar a formação do convencimento da autoridade administrativa, o que não ocorre no Juízo penal, em que a denúncia é uma mera *hipótese, a ser provada* pelo órgão da acusação, na instrução processual penal.

14. Essa afirmação ainda vem reforçada por outro elemento normativo: trata-se, agora, da Deliberação nº 16/84 da CVM, que regulamenta, no âmbito da Comissão, o exercício das normas disciplinadoras do procedimento a ser observado nos inquéritos administrativos da Resolução nº 454/77.

O inciso VI da Deliberação nº 16/84 determina que, ao receber o relatório de instrução, ato final da comissão processante do inquérito, o Colegiado poderá: a) determinar a realização de diligências; b) determinar o arquivamento do inquérito; ou "c) *concluir pela responsabilidade do indiciado*, hipótese em que determinará sua intimação, na forma e para os fins do art. 5º da Resolução nº 454, de 16 de novembro de 1977 do Conselho Monetário Nacional" (grifamos).

Vê-se daí que o Colegiado não se limita a "receber a acusação" — como ocorre na decisão judicial do recebimento da denúncia, em que se examina apenas o *fumus boni iuris* —, mas forma seu convencimento sobre a responsabilidade do indiciado, num verdadeiro juízo de mérito, que atira as mais sérias suspeitas sobre a atividade posterior do Colegiado, tornando inadequada a "defesa" sucessiva do indiciado e viciada a subseqüente atividade instrutória eventualmente desenvolvida no processo administrativo.

15. Por essas razões, no próprio seio da CVM eram freqüentes a manifestação e as recomendações no sentido de se cercar o inquérito administrativo

de todos os cuidados necessários à garantia da ampla defesa, mesmo antes do advento da Constituição de 1988: no Parecer de Orientação nº 6, de 28.4.80 — cuja eficácia corresponde à de um parecer normativo —, o então Superintendente Jurídico da CVM, Dr. Paulo Cézar Aragão, entendia, nos termos da Resolução nº 454/77, que o inquérito administrativo correspondia a simples procedimento destinado a apurar fatos (o que, *data venia*, não é inteiramente correto, como se demonstrou nos nºs 10 e 11 *supra*); mas, ao mesmo tempo, advertia nos nºs 4 e 5, atinentes à instauração do referido inquérito:

"4. Sem que isto represente qualquer juízo de valor sobre a conduta de qualquer pessoa, o art. 1º da Resolução nº 454/77, citada, determina que a CVM apure, mediante a instauração de inquérito, a ocorrência de fatos ofensivos às normas legais e regulamentares por cuja observância lhe cabe zelar. Assim, a instauração do inquérito busca, neste sentido amplo, a apuração da verdade.

5. Fazendo-o, enviará à CVM, de acordo com o art. 2º da mesma Resolução nº 454/77, notificações que marcam o termo inicial do inquérito, mas sem que se esteja fazendo qualquer prejulgamento sobre a conduta daqueles que da instauração do inquérito vierem a ser notificados. A notificação, no entender da CVM, tem por objetivo, tão-somente, dar notícia, direta e sigilosamente ao interessado, do início da apuração, *para que não haja surpresa numa eventualidade de ao inquérito se seguir um processo administrativo*" (grifamos).

Por sua vez, e sempre na linha da inadmissibilidade de qualquer surpresa que prejudique o indiciado, a impetração do mandado de segurança em tela reporta-se à admoestação do Dr. Renato Paulino de Carvalho Filho, integrante da Superintendência Jurídica da CVM, cujas palavras, atinentes aos inquéritos da CVM, convém repetir:

"O aspecto formal do direito é muito importante. O indivíduo pode prestar depoimento e, com base neste, ser incriminado."[18]

Tudo na linha da observância do princípio da lealdade, que deve presidir a todos os atos do Poder Público, não sendo de se justificar nenhum processo, qualquer que seja sua natureza, que não venha regido por uma escrupulosa regra moral.

16. Diante disso, como deve ser aplicado o disposto no inc. III da Deliberação nº 16/84 da CVM, que possibilita a qualquer tempo o indiciamento de outras pessoas, no mesmo inquérito ou em um novo a ser instaurado, quando o superintendente verificar "a correlação de procedimentos e fatos"?

Bastará que seja observado o disposto no art. 2º da Resolução nº 454/77, aplicável a toda e qualquer pessoa objeto de indiciamento no inquérito admi-

[18] Intervenção em mesa-redonda publicada na *Revista da CVM*, (9):53-4.

nistrativo: será necessário *notificar,* por escrito, ao novo sujeito passivo a instauração de inquérito, no que lhe diz respeito. Repitam-se os termos dos atos normativos da Deliberação nº 16/84, inc. III: "No curso da instrução, o superintendente dela encarregado poderá, a qualquer tempo, verificada a correlação de procedimentos e fatos, solicitar a indicação de outras pessoas no mesmo inquérito, ou em novo inquérito a ser instaurado. o que caberá ao Colegiado decidir. A solicitação deverá observar os requisitos exigidos para o pedido de instauração de inquérito."

Resolução nº 454/77, art. 2º: "O inquérito administrativo considerar-se-á instaurado com sua notificação, por escrito. a qualquer das pessoas mencionadas no artigo anterior."

Trate-se, assim, do mesmo inquérito ou da instauração de outro. o novo indiciado deverá ser *notificado da existência e ou instauração do inquérito* para, a partir daí, exercer o direito de defesa, evitando-se-lhe qualquer surpresa, nos termos da parte final do nº 5 do Parecer de Orientação CVM nº 6/80 (*supra,* nº 15).