

DIREITO DE DEFESA EM SINDICÂNCIA

Mauro Roberto Gomes de Mattos

Advogado no Rio de Janeiro. Vice Presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social.

INTRODUÇÃO

O direito administrativo é uma ciência nova, que a partir do surgimento da Monarquia Absoluta, em meados do Século XVII aos finais do Século XVIII, se notabilizou pela centralização do poder real, que representava a lei suprema (*L'État c'est moi*) verificando-se total enfraquecimento da nobreza e ascensão da burguesia. O tema vigorante era “*The King can do no wrong*”, onde imperava a idéia da irresponsabilidade do Estado Absoluto, não sendo possível imaginar qualquer tipo de questionamento judicial contra a coroa.

Após a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, o direito administrativo floresceu, ou seja, passou a conviver com o Estado de Direito (*Rechtsstaat*), deixando de ser atrelado à preponderância “de la policia” (*Polizeistaat*), onde a vontade do Rei (Estado) era a lei.

Tem-se, portanto, que o Estado de Direito Constitucional radiou seus efeitos para todas as ciências jurídicas, prevalecendo a preocupação com o gênero humano, submetendo-se o Estado aos preceitos legais criados para assegurar a inviolabilidade das comunicações postais, telefônicas e telegráficas, não se admitindo mais a intromissão na vida privada e a quebra da discricção.

No campo público, a Administração se submete aos preceitos emanados pela lei, deixando de possuir poder discricionário que não seja embasado em comando legal.¹

¹ O Juiz Português, Dr. Adério Pereira André, no seu “Vinculação da Administração e Proteção dos Administrados”, deixou firmemente registrado que: “Não existe, assim, poder discricionário onde a Lei não confira”. (Ob. Citada, Coimbra, 1989, pág. 106). Com o mesmo brilho a nossa doutrina também incorporou essa regra como princípio básico a ser seguido pela Administração Pública, cabendo trazer à lume a sempre brilhante Maria Sílvia Zanela Di Pietro: “Sob a influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade a que se submete o administrador, passou a ser visto de forma adversa. Enquanto o Estado de Direito Liberal se reconhecia a administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela Lei, significando que ela pode fazer tudo a que a Lei não proíbe, no Estado de Direito Social, a vinculação à Lei passou a abranger toda atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou um sentido novo, significando que o administrador só pode fazer o que a Lei permite”. (In “Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988”, Atlas, 1991, pág. 27).

Em razão desta evolução, os servidores públicos civis e militares foram agraciados com os comandos constitucionais que obrigaram que o Executivo e o Legislativo editassem novas regras, capazes de refletirem o “espírito” das mudanças.

Este intróito se faz necessário para demonstrar aos eméritos julgadores administrativos, que os mesmos estão atrelados aos princípios da legalidade (Art. 37, da CF), ou seja, os atos a serem praticados tanto na fase de sindicância, como em processo disciplinar, terão que obedecer, em primeiro lugar, aos dispositivos constitucionais aplicáveis, para, após, serem verificados na esfera federal os comandos da Lei 8.112/90, que revogou a Lei 1.711/52. É importante se ater a este detalhe, pois o antigo Estatuto do Funcionário Público (Lei 1.711/52) concebia a sindicância como meio sumário, com a sua tramitação se caracterizando pelo manto do sigilo, como descrevia José Cretella Junior:

“Sindicância é o meio sumário que se utiliza a Administração do Brasil para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público responsável”²

Em igual diapasão, Hely Lopes Meirelles assim conceituava a sindicância:

“É o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição do infrator.”³

Esses posicionamentos declinados, como dito, tomaram como ponto de apoio o Estatuto anterior (Lei 1.711/52), que apesar de garantir ao servidor a ampla defesa (Art. 217), somente lhe dava chance de provar a sua inocência, com o exercício do *due process of law*, após a sua citação (Art. 222), ou seja, depois de concluída a sindicância, fase até então sumária, é que o acusado teria vista do processo para as alegações de defesa⁴.

Ocorre, que após a promulgação da atual Carta Constitucional, em 05 de outubro de 1988, foi criada nova era no campo social e público, sendo necessária reformulação no texto infraconstitucional, face as inúmeras modificações ocorridas na Constituição apelidada de “cidadã”. Uma delas foi a vinda da Lei 8.112/90, que em submissão à determinação de um Regime Jurídico Único para o servidor público federal, humanizou mais o convívio com a Administração Pública, garantindo sempre, em qualquer hipótese, o contraditório e a ampla defesa (Art. 5º, LV, CF) para o acusado ou investigado em geral, pondo fim a “verdade sabida”.

² “Tratado de Direito Administrativo”, São Paulo, Ed. Forense, Vol. VI, pág. 153.

³ in “Direito Administrativo Brasileiro”, pág. 593

⁴ E Caio Tácito, sempre atento a evolução do direito público, em sucinto, porém erudito comentário, citando precedentes do STF, ressalta como era unilateral a fase inicial do procedimento disciplinar: “A fase instrutória se constituía de forma unilateral, sem procedimento contraditório. O Supremo Tribunal Federal, em mais de um caso, declarou constitucional o procedimento estabelecido no sistema estatutário que perdurou por mais de três décadas. Em acórdão no Recurso Extraordinário n. 107.553, relator o Ministro Djaci Falcão, decisão unânime, em sessão de 2 de maio de 1986, ratificou o entendimento de que: “A defesa é assegurada ao indiciado após ultimada a instrução. É facultado, então, ao indiciado, o pedido de reinquirição de testemunha, ouvida na fase de instrução. Esta é a melhor exegese do art. 222 da Lei”. (RDA: 196:101/103).

Neste contexto, apesar de ter uma tramitação rápida (máximo 30 dias), prorrogáveis, a sindicância deixou de ser sumária, sem a defesa do servidor acusado, pois o Art. 143 da Lei 8.112/90 exige respeito à regra constitucional do *due process of law*, com garantia do contraditório e de todos os meios de provas admitidos em direito, que não sejam procrastinatórios.

Dessa forma, antes de deixar o mundo terreno, o insígne baluarte do Direito Administrativo nacional, Hely Lopes Meirelles, deixou consignado na 14ª Edição do seu “Direito Administrativo Brasileiro”, lançada em 1989, ou seja, após a nova CF, que agora “a sindicância tem sido desvirtuada e promovida como instrumento de punição de pequenas faltas de servidores, caso em que deverá haver oportunidade de defesa para validade da sanção aplicada”(*ob. citada, pág. 593*).

E a Jurisprudência administrativa atenta à evolução constitucional, baixou o seguinte entendimento:

“Mesmo nas penalidades de advertência e suspensão de até trinta dias, impõe-se a instauração de sindicância par apuração da responsabilidade, observando-se o princípio da ampla defesa.”⁵

“A aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias será sempre precedida de apuração da infração mediante sindicância, assegurada ampla defesa do acusado.”⁶

Portanto, a aplicação de penalidade de advertência, que seria a forma mais branda de punição administrativa, deverá ser sempre precedida de apuração da infração mediante sindicância, assegurada ampla defesa do acusado. Esta necessidade da defesa na sindicância é plenamente justificada, não só pelo Inc. LV do Art. 5º da CF, mas também que dela pode resultar em “arquivamento do processo”, “aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias” e “instauração de processo disciplinar” (Art. 145 da Lei 8.112/90).

Assim, tanto na sindicância, como no inquérito, deve-se garantir ao acusado ou investigado sempre os meios de defesa e o contraditório, para possibilitar que a verdade seja a prevalente, pois no campo administrativo-processual não se admite mais o ordenamento de atos acusatórios, onde a verdade já é sabida pela Comissão Julgadora, que sentencia com base em provas e elementos construídos sem que fossem refutados pelos servidores acusados. E exatamente para banir estas perseguições, é que o constituinte moderno não permite mais a utilização de meios que impossibilitam o cerceamento de defesa do investigado.

A era da “verdade sabida” no direito administrativo passou, e todo procedimento disciplinar deverá ser precedido da Sindicância, com a garantia da defesa escrita e demais provas admitidas em direito, sob pena de nulidade insanável. Esta é a grande inovação do texto constitucional, que se não for observado e cultuado gera nulidade absoluta.

⁵ Parecer SAF n. 83/92 - DOU de 23.03.92.

⁶ Orientação Normativa da SAF n. 97 - DOU de 02.05.91.

Por outro lado, a fim de se evitar outras nulidades no procedimento administrativo, é imperioso que se verifique a redação da Portaria inaugural, pois como peça processual interna, está adstrita ao princípio da publicidade (Art. 37 da CF), devendo conter nome dos servidores investigados com a exposição dos fatos que constituem as infrações disciplinares:

“É nula portaria que determina a instauração de processo administrativo contra funcionário público se a mesma não contém a exposição do fato ou fatos que constituem infrações disciplinares, com todas as circunstâncias, à semelhança do que se faz na ação penal com a denúncia, que é a peça básica da *persecutio criminal*.”⁷

Após este relato inicial, para evitar que atos administrativos “disciplinares” inconstitucionais maculem a honra do servidor público, com prejuízo grave a sua boa imagem na repartição, mister se faz que haja o respeito dos direitos e garantias constitucionais dos administrados, sob pena de nulidade absoluta e intransponível.

DA NOVA ORDEM LEGAL

Com toda a maestria que lhe é peculiar, Sérgio Ferraz,⁸ ao prefaciar o “Processo Administrativo e Suas Espécies”, com precisão cirúrgica, deixa expresso que:

“A temática do processo administrativo, aliás, ganhou notável projeção, a partir da redação dada pelo constituinte, em 1988, ao inciso LV do art. 5º da nossa Lei Magna. Como se sabe, o aludido preceito ao processo administrativo foram estendidas as garantias antes reservadas apenas ao processo judicial. Vemos no processo administrativo, com plenas e amplas garantias de intervenção e atuação dos administrados, verdadeira pedra-de-toque na história, mesmo, do Estado Brasileiro. Sem um processo administrativo desse jaez, não há Estado de Direito, inexiste Democracia. É fácil explicar o fundamento de tais afirmações: a atuação da administração pública, mais amplamente ou menos, se estratifica e se define no bojo de um Processo Administrativo. Antes de 1988, a Administração se considera dona do processo administrativo, propiciando exclusivamente a seu bel-prazer, seu manuseio, seu conhecimento e manifestação plena dos interessados.”

Resta saber se na fase de sindicância o servidor pode ser considerado como acusado. Na nossa opinião sim, pois nessa fase será decidido se haverá punição branda ou se o procedimento disciplinar se instaurará. Ora, a partir do momento que tanto a pequena punição, como a instauração do inquérito

⁷ RT 232/257

⁸ “Processo Administrativo e Suas Espécies”, 1997, Forense

administrativo, repercutem na vida funcional do servidor, com abalo à sua moral, fica abolida a falta de defesa até mesmo em meio sumário, como é na Sindicância.

Em todo processo e procedimento interno, por mais sumária que tenha que ser a apuração, está presente a garantia de defesa, corolário do dogma constitucional do devido processo legal⁹, sempre com o intuito de evitar-se o cometimento de injustiças ou perseguições.

Até mesmo na avaliação de um estágio probatório, a administração pública, ao reprovar o servidor, não confirmando a sua posse, terá que possibilitar ao avaliado a chance de defender-se e provar que as notas que lhe foram atribuídas não correspondem com a prestação dos serviços efetivados. Dessa forma, as Comissões de Sindicância e de Inquérito, criadas para promoverem a apuração imediata de fatos constantes em procedimentos administrativos, deverão ater-se ao preconizado no Art. 143 da Lei 8.112/90, garantindo ao acusado a ampla defesa, como determina a citada norma legal, *verbis*:

“Art. 143 — A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.”

A observância ao princípio da ampla defesa, norma consagrada no *Texto Mater*, Art. 5º, LV, deve ser verificada até mesmo na fase inicial sumária, que é a sindicância, com a garantia mínima preconizada pela ampla defesa, não podendo ser desprezada pelas Comissões de Sindicância esta etapa, como afirmado alhures, isto porque a apuração de infração disciplinar, mediante sindicância ou processo disciplinar que, segundo Sérgio D’Andreia¹⁰, são espécies de um gênero mais amplo, que é o processo administrativo *lato senso*, deverá ser sempre cultuada pela defesa mais ampla que possível:

“A sindicância, com a garantia da ampla defesa, é, pois, formalidade essencial à validade do ato punitivo, inclusive a suspensão por 15 dias, tudo em consonância com o disposto no art. 5º, LV, da CF.”

Pela transcrição da magnífica visão do Professor D’Andreia Ferreira, os menos avisados poderiam questionar que o ilustre magistrado apenas se referia aos casos de ampla defesa nas sindicâncias

⁹ Cf. Weber Martins Batista e Luiz Fux, “Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo”, 1996, Forense, pág. 201.

¹⁰ Voto condutor no MS n. 01443/RJ (91.18509-1), TRF - 2ª Região, 2ª T, DJ de 28.07.92, que ficou assim ementado: “SERVIDOR CIVIL: SUSPENSÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO: DISCIPLINAR - PODER DISCIPLINAR: EXERCÍCIO POR JUIZ. EMENTA: Administrativo, Constitucional e Processual Civil. Mandado de Segurança contra ato disciplinar impositivo de pena de suspensão de 15 dias a servidor de Secretaria de Vara pelo respectivo Juiz Federal. Decretação de nulidade do ato. Inobservância de formalidade essencial, qual seja a prévia realização de sindicância, com garantia de ampla defesa: art. 5º da Lei n. 1.533, de 31.12.51; art. 5º, da CF; arts. 143 e 145, II, da Lei n. 8.112, de 11.12.90. O processo administrativo disciplinar (processo administrativo punitivo interno) é sempre necessário para imposição de sanção a servidor público, quer sob a forma de sindicância (advertência e suspensão de até 15 dias) ou de processo disciplinar *stricto sensu* (compreendendo o inquérito administrativo nos demais casos): arts. 143, 146 e 148 e seguintes da Lei n. 8.112/90. A pena de suspensão, em hipótese em que cabe a de advertência por escrito, só pode ser aplicada na hipótese de reincidência, uma vez já inflingida aquela outra sanção: arts 129 e 130 da Lei n. 8.112/90”. (“O Controle da Administração Pública pelo Judiciário”, Renovar, 1997, D’Andreia Ferreira, pág. 141).

punitivas, negando o instituto do contraditório e da ampla defesa para as hipóteses da sindicância preparatória do processo disciplinar principal (Inquérito Administrativo). Tal enredo não se afigura como correto, pelo fato do próprio D'Andrea Ferreira defender no Mandado de Segurança n.º 5161/RJ (93.02.04280-4)¹¹ que a sindicância no processo administrativo disciplinar, após a Lei 8.112/90, em submissão ao art. 5º, LV, da C.F., deixou de ser sumária para revestir-se da garantia impostergável do salutar princípio da ampla defesa, independentemente da sindicância ser ou não punitiva. Não resta dúvida que os ordenamentos legais anteriores ao atual manto constitucional eram no sentido de imprimir à sindicância o efeito sumário, vigorando a era da verdade sabida, em conformidade com a radiação da Lei 1.711/52.

Tudo isso modificou-se com a vinda da atual Constituição Federal, que expressamente determina o princípio do contraditório e da ampla defesa em qualquer processo administrativo, em favor do acusado¹².

Como a tramitação da sindicância se alterou pela citada inovação constitucional, a moderna doutrina vem sublinhando que ela deverá observar as seguintes fases:

“Assim, levando-se em conta os princípios inseridos no art. 37, caput da nossa Carta Política, a garantia do contraditório e da ampla defesa assegurada aos acusados em geral (art. 5º, LV da CF), o comando do art. 143 da Lei 8.112/90 e, de resto, a boa técnica processual, recomenda-se que a sindicância seja estruturada observando-se as seguintes fases: a) instauração; b) apuração; c) instrução; d) defesa; e) relatório e, f) julgamento.”¹³

Mais a frente, arremata o citado mestre:

“Tais fases são estágios importantes, eis que separam as etapas em que se desdobra a sindicância, permitindo uma melhor compreensão e análise técnica do procedimento apuratório.

¹¹ O v. acórdão ficou assim ementado: “... Invalidez, igualmente *ab ovo*, do processado, por violação do princípio da ampla defesa, na fase da sindicância. Diferença radical entre a natureza da sindicância e no Direito Administrativo Processual disciplinar, no regime da Lei n.º 1.711/52, e no da Lei n.º 8.112/90. Agora, a sindicância, é fase preliminar do processo administrativo disciplinar em sentido largo; e de que resultam se positiva a fase subsequente, e conseqüente, do processo administrativo disciplinar *stricto sensu*. Arts. 144 e s. da Lei n.º 8.112/90. Garantia constitucional (art. 5º, IV, da CF) e legal (art. 144 da Lei 8.112/90) da ampla defesa na sindicância, fundamental, eis que dela decorre, em relação de causa e efeito, o processo administrativo disciplinar *stricto sensu*. Sindicância que não assegurou aquela garantia, tanto que se encerrou em 48 horas. Contrariedade do disposto no subitem 19.1.1 do Manual do CJF. A sindicância já é parte do processo administrativo disciplinar, e a falta de higidez de seus atos contamina, como é próprio do Direito Processual, todos os atos subsequentes. Direito do acusado de, defendendo-se amplamente na sindicância, não se ver submetido à segunda fase, nem de ser punido, com penas menos graves, na própria sindicância. Nulidade, igualmente, do processo disciplinar em sentido estrito, que se seguiu, no qual, mais uma vez, vícios procedimentais afetaram a garantia defensiva do Impetrante. Concessão da segurança, para, declarando-se a invalidade do procedimento disciplinar *ab initio* e do ato primitivo funcional, máximo, determinar o refazimento do *iter processual*, perante o “Juiz Natural” administrativo do impetrante, garantindo-se a ampla defesa, superada, pois as violações a esses direitos líquidos e certos, daquele, dando-se a oportunidade de comprovar sua eventual inocência.” (TRF 2ª Região, Rel. D'Andrea Ferreira, DJ 19/04/94)

¹² “Refletindo a extensão constitucional, o novo Estatuto, que instituiu o regime jurídico dos servidores públicos federais (Lei 8.112/90) eliminou o sistema anterior”. (RDA 196: 101/103).

¹³ Sebastião José Lessa, “Do Processo Disciplinar e da Sindicância”, 2ª ed., 1996, ed. Brasília Jurídica, pág. 49

Destarte, a exemplo do que ocorre com o processo disciplinar, na fase de instauração da sindicância a Autoridade emite um juízo de admissibilidade do procedimento, quando decide pela instauração do feito ou pelo arquivamento da acusação, tudo como recomendam as regras dos artigos 143 e 144, parágrafo único da Lei 8.112/90.”¹⁴

Nessa moldura, a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º, LV, estendeu ao processo administrativo inominado, e aos acusados em geral, o direito a ampla defesa, que nossas precedentes Constituições, desde a Carta Imperial de 1824, circunscreviam ao processo judicial penal e ao processo administrativo disciplinar, este a partir de 1934.

Com a adoção textual do *due process of law*, do direito americano, e do *the law of the land*, do direito inglês, o constituinte moderno garantiu aos acusados em geral, nos procedimentos administrativos, o direito a ampla defesa e a utilização de todos os meios de provas admitidos em direito.

Por sua vez, o Colendo Supremo Tribunal Federal, guardião da Magna Carta, ao analisar Procedimento Administrativo que não possibilitou ao acusado direito de defesa na fase da sindicância, não teve dúvida em invalidar os atos praticados:

“Mandado de Segurança. Processo Administrativo. Cerceamento de Defesa.

— Em face da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o procedimento do inquérito administrativo tem disciplina diversa da que tinha na Lei n. 1.711/52, em que a fase de instrução se processava sem a participação do indiciado que apenas era citado para apresentar sua defesa, com vista do processo, após ultimada a instrução. Já pela Lei atual, o inquérito administrativo tem de obedecer ao princípio do contraditório (que é assegurado ao acusado pelo seu Artigo 153) também na fase instrutória, como resulta inequivocadamente dos artigos 151, II, 156 e 159.

Somente depois de concluída a fase instrutória (na qual o servidor figura como “acusado”), é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (Artigo 161, “caput”), sendo, então, ele, já na condição de “indiciado”, citado por mandado expedido pelo presidente da Comissão, para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias (que poderá ser prorrogado pelo dobro, para as diligências refutadas indispensáveis), assegurando-se-lhe vista do processo na repartição (Art. 161, “caput” e parágrafos 1º e 3º). Mandado de Segurança deferido.”¹⁵

¹⁴ ob. cit, pág. 50

¹⁵ MS n. 21.721-9-RJ, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 10.06.94, pág. 14.785, Ementário n. 1.748-1

Em igual sentido, no Mandado de Segurança n. 21.726-RJ, o Exmo. Sr. Min. Sepúlveda Pertence, anulou demissão de servidor estável por não ter sido dado direito de defesa na fase de sindicância, *verbis*:

“Demissão de servidor estável: processo administrativo com garantia de ampla defesa: diversidade radical entre os sistemas do antigo Estatuto (Lei n. 1.711/52) e da vigente Lei do Regime Único (Lei n. 8.112/90). Ao contrário do que sucedia sob a Lei n. 1.711/52, a Lei 8.112/90 distinguiu nitidamente o procedimento unilateral e inquisitivo da sindicância (Art. 143) do processo disciplinar dela resultante (Arts. 145, III e 148), o qual se desenvolve integralmente sob os ditames do contraditório (Arts. 153, 156 e 159 e §2º), o que impõe, sob pena de nulidade que, antes de que se proceda à instrução, seja o acusado chamado ao feito.”¹⁶

Caio Tácito,¹⁷ no alto da sua cátedra, ao tecer comentários sobre o citado julgado, deixou bem claro que: “Importará cerceamento de defesa a valorização de elementos probatórios colhidos na sindicância como motivo determinante do ato disciplinar se a regra obrigatória do contraditório não facultou o pleno exercício do direito de defesa”.

Assim sendo, mister se faz que as Comissões de Sindicância respeitem o *due process of law*, sob pena de perpetrarem uma nulidade de pleno direito.

LEI 8.112/90 DETERMINA A AMPLA DEFESA

Após o advento da atual Constituição Federal, muitas leis foram editadas, no intuito de dar eficácia à nova ordem constitucional.

Uma delas foi a Lei 8.112/90, que deu efetividade ao Regime Jurídico Único de que trata o art. 39 da C.F., e revogou a Lei 1711/52, que havia instituído a verdade sabida e a sumariedade da sindicância como fase preliminar da apuração de possíveis infrações disciplinares.

Contudo, em respeito as novas normas constitucionais, houve sensível modificação, tanto da verdade sabida, que foi abolida, como do tratamento legal da fase de sindicância, que deixou de ser sumária, sem defesa do investigado, para ser a primeira etapa do processo administrativo, estabelecendo-se o contraditório e a regra do *due process of law* nesta etapa.

¹⁶ STF, Tribunal Pleno, MS n. 21.726-RJ, julgado em 02.02.94, *in* Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, Volume 156, maio de 1996, pág. 510/511.

¹⁷ Ob. Citada.

Assim, pela regra legal atual, a expressão “processo administrativo disciplinar” tem um sentido genérico e um sentido estrito, em virtude do título V, da Lei 8.112/90, falar do “processo administrativo disciplinar”, abrangendo duas espécies: a sindicância e o processo administrativo *stricto sensu*.¹⁸

Da sindicância, o art. 143 da Lei 8.112/90, deixa bem nítido que o acusado ou investigado teria assegurado a ampla defesa, sendo que dela poderá resultar: arquivamento do processo, aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta dias), ou a instauração de inquérito administrativo (processo disciplinar), tudo em conformidade com o art. 145 do lei em comento.

Por outro lado, no que pertine ao processo disciplinar *stricto sensu*, os arts. 148 e seguintes da citada lei, estabelecem como será a tramitação, sendo certo que esse processo se desenvolve em três etapas, a saber: a instauração (que abrange a sindicância), o inquérito (que passou a ser uma das etapas do processo) e, o julgamento.

Contudo, em ambas as etapas, a inicial, instaurada pela Comissão de Sindicância, como na etapa seguinte, deverá ser observado a ampla defesa, como instrumento da própria averiguação, sob pena de nulidade.

Sobre a importância da ampla defesa no processo de sindicância, invocamos, mais uma vez, as robustas e eruditas colocações do Des. D'Andrea Ferreira:¹⁹

“Qual a importância da ampla defesa no processo de sindicância? Em primeiro lugar, porque optando pela via primeira da sindicância é preciso que se dê ampla defesa àquele que está tendo a sua atuação apurada, porque, se ele conseguir comprovar, na sindicância, que não está envolvido, que não foi o autor, que não houve o fato, enfim, algum tipo de defesa satisfatória e suficiente, dali não resultará o processo administrativo disciplinar.

Sindicância não é algo optativo, facultativo, neste sentido de que não tem importância nenhuma. Tem uma importância fundamental, porque, se se parte para a via da sindicância, o acusado tem o direito de comprovar tudo, para que não se veja submetido a outra etapa, que é o processo administrativo disciplinar.

Há uma relação de causa e efeito jurídica entre a sindicância; além da sucessão cronológica e lógica entre a sindicância e o processo disciplinar. Tanto é assim que, no art. 145, da Lei n.º 8.112, está dito...”

Não resta dúvida que após a utilização da ampla defesa, na etapa inicial, com a produção das provas que não forem procrastinatórias, não será esgotada a fase seguinte, pois poderá ocorrer o arquivamento do processo, colocando um ponto final nas atividades investigatórias e acusatórias, caso contrário, o acusado terá a oportunidade de trazer provas ou fatos novos, capazes de elucidarem a verdade.

¹⁸ Cf. Voto do ilustre e culto Des. Federal aposentado, D'Andrea Ferreira, no MS n.º 93.02.04280-4/RJ-5 161-MS, julgado em 10/01/94

¹⁹ Cf. Voto condutor no cit. MS 5161 (93.02.04280-4/RJ)

Por si só, já reveste a ampla defesa, na fase de sindicância, de contornos irrefutáveis e vitais para o servidor investigado, que poderá, *prima facie*, estancar injustiças e medidas que acarretem derradeiro desgaste físico e mental, onde a boa reputação do agente é colocada em cheque, com abalo a sua moral.

A manifestação de defesa, assim, possui o condão de validar a primeira fase do processo administrativo disciplinar, permitindo que na segunda fase do procedimento *sub oculis*, a peça acusatória contenha toda a qualificação necessária sobre o ocorrido, além de especificar os dispositivos legais que estão sendo objeto de disciplinamento do procedimento. Esta é a grande inovação no processo disciplinar, levando-se em conta, que em um passado o processo administrativo poderia iniciar-se sem o acusado, sendo sumária a apuração, e só no meio do procedimento (processo) é que ocorria a acusação ou a aludida imputação formal, onde o acusado seria convocado para se defender.

Todavia, atualmente, o acusado participaria da fase inicial do processo administrativo, oferecendo sua defesa e produzindo as provas necessárias para a sua absolvição, ou arquivamento do processo.

Esta é a real intenção do legislador constitucional e da legislação infraconstitucional, que não permitem nem a revelia do servidor que não se defender, sendo nomeado defensor dativo para suprir a falta de defesa.

Pelo contexto da Lei 8.112/90, em especial no que vem embutido no seu artigo 143, a sindicância deverá ser baixada sobre as regras da ampla defesa do investigado.

Seguindo essa linha do art. 143, o art. 153, da Lei 8.112/90, determina:

“Art. 153 — O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.”

Analisando o presente artigo, o renomado mestre administrativista, Ivan Barbosa Rigolin, em laço de extrema felicidade, assim averba sobre a matéria:

“Por este artigo, que se soma à garantia constitucional, dada a qualquer cidadão, de ampla defesa, a L. 8.112 garante expressamente ao servidor indiciado em processo administrativo exercitar, por todos os meios ao seu alcance, a sua mais completa e absoluta defesa. Nenhum meio, nenhum recurso, nenhum aparato ou aparelhamento lhe poderá ser furtado, cerceando, reduzindo ou de qualquer modo dificultando.”²⁰

²⁰ In “Comentários ao Regime Único dos Servidores Civis”, 4ª edição, pág. 261

Mais à frente, espancando qualquer dúvida, o ilustre doutrinador arremata:

“Desnecessário enfatizar que toda prova, dentre essas ou outras lícitas, pode ser exigida até por mandado de segurança, considerando-se o direito líquido e certo, constitucional e legal, de sua obtenção e utilização, por qualquer indiciado em processo administrativo ou judicial. Nunca procure a autoridade administrativa, em nome de economia ou comodismo, ou, pior, por má-fé, sonegar algum meio de prova legítima ao acusado. Comprovado o procedimento cerceatório, o Poder Judiciário de todo nível, provocado, com absoluta segurança anulará a punição, ou paralisará mandando refazê-lo, todo processo não definitivamente comprometido por má condução.” (g.n)²¹

Ainda que se torne exaustivo, mister se faz que se traga à colação decisões judiciais que invalidam conduta como a utilizada pelas Comissões de Inquérito e de Sindicância que não deferem ao acusado a ampla defesa e o contraditório:

“A nova Constituição do Brasil, instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes — Art. 5º, LV. O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível do poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração Pública e da correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos.”²²

“FUNCIONÁRIO PÚBLICO — DIREITO DE DEFESA — GARANTIA CONSTITUCIONAL:

O exercício do direito de defesa do funcionário é uma das garantias constitucionais que jamais poderá ser, pelo Estado-Administração relegada ao esquecimento e ao desrespeito, não importando o regime jurídico que vincula o servidor ou ente estatal — quer celetista, quer estatutário — pois fere direito líquido e certo do funcionário o ato do administrador praticado com abuso de poder e sem estar revestido da garantia do devido processo legal.”²³

No âmbito administrativo, o preceito constitucional contido no art. 5º, LV, como já dito, alterou significativamente o rito do processo disciplinar, alargando o entendimento do antigo DASP: “O inquérito administrativo só é nulo em razão de irregularidade que impliquem cerceamento de defesa” (Formulação DASP 57).

²¹ (ob. citada).

²² STF — Ac. unânime Pleno, DJ de 25/05/90 ADCOAS 9365.

²³ TJPR, AC. unânime, 1º, Gr. Civ., julgado 16.02.89 — ADCOAS 12287.

Dessa forma, é de ser declarada a nulidade de todos os atos praticados por Comissões que não pautem os seus atos em perfeita sintonia com os novos ditames legais.

Esta nulidade fica invencivelmente caracterizada pelo fato da sindicância, como o próprio processo administrativo disciplinar, ser procedimento apuratório que pode ensejar às penas de repreensão, de multa e de suspensão de até 90 dias, no máximo²⁴. Sobre o que foi dito, J. B. de Meneses Lima, não tem dúvida em defender que “nas sindicâncias punitivas e nos processos administrativos (disciplinar ou criminal), as Comissões de Sindicâncias e as Comissões processantes (permanentes ou especiais) devem estender aos indiciados obrigatoriamente, na sua absoluta plenitude constitucional o direito a ampla defesa e do contraditório, com os meios e recursos que lhe são inerentes.”

Edimur Ferreira de Faria²⁵ defende esta ótica somente nos casos que envolvam os servidores públicos ou autárquicos federais, regidos pela Lei 8.112/90, entendendo que nos demais casos (servidores estaduais e municipais), a sindicância não terá que observar a regra do *due process of law*. No que pertine ao pensamento do ilustre doutrinador quanto aos servidores federais concordamos em gênero, número e grau, já no que tange à segunda parte do seu raciocínio não nos perfilhamos a ele, pois o que rege o princípio da ampla defesa nas sindicâncias não é a norma estatutária ou infra-legal e sim a regra encartada na Constituição Federal, que não permite que nos pleitos administrativos haja a falta de defesa do investigado, independentemente da sua vinculação com a União, Estados e Municípios.

A NULIDADE CONTAMINA PROCEDIMENTOS QUE DESRESPEITAM A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO NA FASE DE SINDICÂNCIA

A nulidade consubstanciada nos atos praticados pela formação e atuação das Comissões de Sindicância é substancial, eis que deixa de observar pressuposto essencial para sua própria validade, que é a de possibilitar a defesa ampla do servidor público investigado ou acusado.

Neste sentido, iremos encontrar no conceito de nulidade que esta é a ineficácia de um ato jurídico, em virtude de haver sido executado com transgressão à regra legal, de que possa resultar a ausência de condição ou de requisito de fundo ou de sentido técnico-jurídico; exprime inexistência, visto que o ato ineficaz ou sem valia é tido como não tendo existência legal.

A nulidade engloba várias situações jurídicas, indo desde a nulidade plena ou absoluta, passando pela nulidade relativa, pela substancial, e indo até os atos meramente anuláveis.

Contudo, estamos diante do caso típico de nulidade substancial:

²⁴ Cf. J.B. de Meneses Lima, “Sindicância e Verdade Sabida, 1994, 2ª ed., Saraiva, pág. 55

²⁵ “Curso de Direito Administrativo Positivo”, 1997, ed. Del Rey, pág. 148

“Quando decorre da omissão de elemento ou requisito essencial à formação jurídica do ato, seja referente à sua forma ou a seu fundo. Diz-se, também, intrínseca”²⁶

“A nulidade recebe, também, a denominação de substancial, quando ela se prende à substância do ato, porque de simples senso jurídico que, se todo ato tem necessariamente um fim para cuja consecução são indispensáveis certas e determinadas condições e se estas faltam, o ato é nulo e a nulidade substancial”²⁷

Nesse compasso, o Art. 115 do Código Civil estabelece como lícito somente os atos jurídicos praticados em consonância com a lei, seguindo o estipulado nas demais codificações estrangeiras: Código Civil Francês: Arts 900, 1.172 e 1.174; Código Civil Italiano: Art. 1.162; Código Civil Português: Art. 672; Código Civil Boliviano: Art. 774; Código Civil Chileno: Art. 1.478, Código Civil Peruano: Art. 1.103; Código Civil Espanhol: Art. 1.115; Código Civil Venezuelano: Art. 1.228.

Como o ato jurídico firmado pelas Comissões de Sindicância que não observam a ampla defesa do investigado são baixados em desconformidade com a Lei Maior, *data venia*, que *nulla fit obligatio*.

O tema da nulidade aborda e se projeta em todo âmbito do direito positivo, sendo defendido por Couture que “La teoria de la nulidad es de caracter general a todo El derecho, y no particular a cada uno de sus ramos”²⁸.

Assim, se a nulidade afeta todos os atos praticados sob o seu manto, falece razão à ótica das Comissões de Sindicância que não observam a regra do *due process of law*.

Portanto, *nullum est quod effectum producit*.

E o catedrático José A. Buteler Caceres diz que a nulidade:

“... es la sanción de invalidez prescrita por la ley por adolecer El acto jurídico de un defecto contitutivo”²⁹

Assim sendo, não há como ressuscitar os atos jurídicos praticados sob forma diversa da estabelecida pela Constituição Federal.

²⁶ In De Plácido e Silva, “Vocabulário Jurídico”, Vol. III, pág. 259, 4ª edição, Editora Forense

²⁷ In Martinho Garcez, “Coqueijo Costa, Doutrina e Jurisprudência do Processo Trabalhista”, Ltr, 1978, pág. 31.

²⁸ “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 3ª Ed., Depalma, 1978, pág. 374

²⁹ (“Aspectos de La Reforma al Código Civil en Matéria de Nulidade de lós Actos Jurídicos”, pág. 345).

A este respeito o Art. 169 da Lei 8.112/90 estabelece a nulidade dos atos praticados *contra legem*, que padecem de vício insanável, *litteris*:

“Art. 169 - Verificada a existência de vício insanável, a autoridade julgadora declarará a nulidade total ou parcial do processo e ordenará a constituição de outra Comissão, para instauração de novo processo.”

E segundo o magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Nulidade é a sanção decretada pelo Órgão Jurisdicional em relação ao ato praticado com inobservância das prescrições legais. É a decretação de ineficácia do ato atípico, imperfeito, defeituoso”³⁰

O Administrador Público é um "escravo da lei", dela não podendo se eximir, a teor do que determina o *caput* do art. 37 da Lex Maior, sendo certo que as Comissões de Sindicância em questão não seguiram a regra estipulada por este ordenamento constitucional, que determina:

"Art. 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte..." (g.n.)

Nulo é o ato praticado à revelia do Direito, como preleciona o saudoso mestre Hely Lopes Meireles, em sua imortal obra "Direito Administrativo Brasileiro", *verbis*:

"Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato..."³¹

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A Lei para o particular significa "pode fazer assim", para o administrador público "deve fazer assim"³²

³⁰ Processo Penal”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, pág. 117, Vol. III).

³¹ autor e obra citados, 11ª Ed., Ed. Rev. dos Tribunais, p. 131

³² Hely Lopes Meireles, *in* "Direito Administrativo Brasileiro, 17ª Ed., Ed. Malheiros, 1990, p. 82/83

Portanto, não existe plausibilidade legal de convalidação do ato nulo, devendo ser anulado e sepultado o procedimento que não conceda a ampla defesa em todos os meios inerentes a ela na fase da sindicância.

DO ABUSO DE PODER

O abuso de autoridade definido na Lei 4.898, de 09.12.65, alterada pela Lei 6.657, de 05.06.79, sujeita o agente público federal, estadual ou municipal à tríplice responsabilidade: civil, administrativa e penal

Assim, quando as Comissões criadas para apurarem fatos subvertem a legalidade, tornando-se inquiritórias, há verdadeiro abuso de poder, visto que atuam em contrário ao que determina a Constituição Federal e a Lei 8.112/90.

Hely Lopes Meirelles define que:

“O abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.”³³

Dessa forma, o abuso de poder é sempre uma ilegalidade que invalida o próprio ato na sua origem. Com base nesse raciocínio, os Estados que preconizam o meio democrático como forma de governo, utilizando o Direito como bandeira de atuação, passaram a anular atos abusivos das autoridades administrativas, praticados com excesso de poder ou desvio de finalidade, podendo citar o caso *Lesbats* (1864) na França, que deu origem a Teoria do *excés* ou do *détournement de pouvoir*, consagrada nas codificações diversas: *desviación* de poder, para os espanhóis, *sviamento di potere*, para os italianos, *abuse of discretion*, para os norte-americanos, para reprimir a ilegalidade do poder.

Portanto, como o ato administrativo discricionário é sempre vinculado aos princípios encartados no Art. 37 da CF, há de ser praticado com a observância formal e ideológica da lei.

Nesse contexto, se verifica que Comissão de Inquérito que cometer desvio de finalidade ou abuso de poder, pois, embora atuando nos limites de sua competência, pratica atos motivados ou com fins diversos dos objetivados pela lei, visando a apuração sumária para o apenamento do servidor público, está exposta a radiação da Lei 4.898/65.

A propósito, observou Sayagués Laso com muita profundidade que:

³³ In “Direito Administrativo Brasileiro”, pág. 90.

“la prueba de la desviación de poder se busca generalmente en la documentación que figura en el expediente judicial. También se ha admitido la prueba testimonial, así como la prueba indiciaria, pero apreciándolas con criterio restrictivo y exigiendo que las presunciones sean graves, concordantes y precisas. No pueden establecerse reglas generales sobre cuales circunstancias o detalles dan base para afirmar que existe desviación de poder. Pero, indudablemente, uno de los más característicos es la inexactitud o discordancia de los motivos que aparentemente justifican el acto.”³⁴

Jose Manuel Martin Bernal teve a oportunidade de definir que:

“el abuso cuando el derecho legítimo es ejercido en determinado caso, de manera que constituya clamorosa ofensa del sentimiento socialmente dominante.”³⁵

E Jaime Sanchez Isac, no seu consagrado “La Desviación de Poder en Los Derechos Francés, Italiano y Español”, nos ensina que:

“Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativos para fins distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico.”³⁶

Por sua vez, Torti define o “*excesso di potere*” como:

“un desarrollo irregular del proceso de la voluntad, de donde nasce el acto administrativo.”³⁷

Destarte, não resta a menor dúvida do vício insanável da ilegalidade que norteia a atuação das Comissões em debate, que brecam a fruição do Inc. LV do Art. 5º da CF, sendo imperioso a aplicação do que determina o *caput* do Art. 169, da Lei 8.112/90, visto que a não observância aos preceitos legais aplicáveis à matéria gera o abuso de poder, que é uma das formas que nulifica o procedimento administrativo.

CONCLUSÃO

Após a nova Magna Carta as Comissões de Sindicância estão obrigadas a pautar seus atos seguindo a esteira do *due process of law*, garantindo aos acusados em geral a defesa ampla, sob pena de cometimento de ato nulo, com repercussão na própria validade da apuração interna.

³⁴ In “Tratado de Derecho Administrativo”, Montevideú, 1953, I/457

³⁵ “El Abuso del Derecho”, Ed. Montecorvo, pág. 69, Espanha

³⁶ (Ob. citada, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1973, pág. 195)

³⁷ “La Rivocazione nei sicorsi Amministrativi”, Guir, Italia, 1908, Col. 267.

