

Processo administrativo inquisitorial

Eficiência investigativa e garantias constitucionais

Floriano de Azevedo Marques Neto

Sumário

I – Introdução. II – Sindicância e processo administrativo. III – Competência correicionais e competências disciplinares da atividade policial. IV – Efeitos da falta de competência: a imprestabilidade da sindicância. V – Procedimento sigiloso e ampla defesa. VI - Conclusão.

O processo administrativo e as questões afetas ao direito de defesa e ao contraditório de há muito vêm merecendo a atenção dos estudiosos do Direito. Desafortunadamente, nos último tempos, as autoridades se arvoram competentes para dizer quando aplicáveis as regras constitucionais, quando não, como se os princípios constitucionais estivessem à mercê do *nomen juris* adrede escolhido pela autoridade de plantão para batizar o procedimento que pretende conduzir.

I – Introdução

É incrível, surpreendente, a capacidade que certos agentes públicos têm de agir ao arrepio da Constituição da República, imaginando que os preceitos constitucionais estão ao livre dispor de quem maneja o poder extroverso estatal. Ora em nome da eficiência da investigação, ora sob o pálio da funcionalidade, vez por outra, sob os arroubos da missão de depurar os desvios de conduta percebidos na Administração ou na sociedade (acabando com a tal “impunidade”), têm sido comum a postergação, a pre-

Floriano de Azevedo Marques Neto é Advogado. Doutor em Direito pela USP. Professor de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo.

terição, e mesmo o aniquilamento de direitos e garantias tão sofridamente conquistados e tão sabiamente inseridos em nossa Carta fundamental.

Imbuídos muita vez dos melhores propósitos, alguns pela sanha de “passar o país a limpo”, outros embalados por sanhas não tão elevadas, não se apercebem que o benefício do resultado embute o malefício do retrocesso. Pondo a perder garantias muito caras, tornam sem sentido a punição. A gradativa adstrição do poder ao Direito (em que avulta importante à limitação da atuação do agente público à regra de competência), a conquista histórica de garantias fundamentais (entre elas a ampla defesa), a censura à inquisição feita à sorrelfa, tudo isso não se fez para consagrar a impunidade ou proteger a delinquência. Fez-se (e muitos pagaram por isso alto preço) para evitar a delinquência maior, aquela que se perfaz pela manipulação dos instrumentos conferidos ao Estado para proteger a sociedade, aquela que é tanto mais grave porque amesquinha a função pública, colocando-a à mercê das vontades individuais.

Muitos (e tristes) foram os momentos na história em que barbaridades foram perpetradas contra indivíduos, por coletividades enebriadas pela perseguição de objetivos aparentemente redentores. O combate aos hereges no medievo, o terror jacobino, o caso Dreyfus são apenas algumas oportunidades em que pessoas de bem apoiavam o desatino daqueles que, investidos do poder estatal, fizeram tábula rasa das garantias individuais porque o importante era “dotar-se à autoridade de instrumentos eficazes a proporcionar a efetiva investigação” e, objetivo maior, a exemplar punição daquele acusado da conduta desregrada. No calor desses processos, na comoção coletiva em torno da punição, não é dado perceber que essa tal eficácia investigativa e punitiva embute o alto preço da derrogação de garantias fundamentais. Traz o risco do arbítrio. Por trás de um investigador movido pela busca da eficácia sempre espreita um

Torquemada, um Robespierre ou um Major Henry.

Para evitar isso é que a civilização sedimentou garantias, impôs limites ao poder, aceitou uma menor “eficácia” do poder estatal, preferiu correr o risco de empecer (nunca impedir) uma “efetiva investigação” em prol da sujeição do poder ao Direito, em favor da disciplina da atuação dos agentes do Estado.

A tentação do manejo dos poderes estatais à margem dos limites garantidores é sempre presente. Afinal, a estrita observância da regra de competência tolhe, por vezes, uma atuação mais célere; mas evita a concentração do poder. O respeito ao direito à ampla defesa às vezes atravanca o procedimento; por outro lado, interdita que se pratiquem injustiças, que se impute o equívoco, que se constranja o inocente. A garantia de defesa técnica entrava o procedimento, obriga a permanente fundamentação dos atos, dificulta por vezes a surpresa; mas impede a manipulação e o abuso de poder.

No equilíbrio entre eficácia e garantia, a Constituição não titubeia em arbitrar em favor da segunda. Basta uma passada de olhos no texto constitucional para percebê-lo. Não se admitem relativizações e temperamentos quando se trata de observar as garantias individuais. Isso não se coadunaria com a locução do Estado Democrático de Direito inscrito no artigo 1º da Constituição de 1988.

Este intróito faz todo sentido para o presente estudo. As questões que serão abordadas aqui cuidam basicamente do respeito a pressupostos do Estado Democrático de Direito. Ampla defesa, princípio da função (respeito à regra de competência), limites ao poder inquisitorial, respeito à publicidade em favor da parte e observância das prerrogativas da advocacia (que integra o direito à defesa técnica) são essenciais a um regime garantístico.

Não se pressupõe que as autoridades que ora e vez inobservam esses preceitos o façam por má-fé ou por irrefreável inclinação totalitária. A exacerbação no denodo ou

um desabrido empenho no cumprimento dos seus deveres pode ensejar, aqui e ali, alguma escorregadela. Tais inobservâncias não podem ser toleradas sob pena de perecerem os direitos e garantias asseguradas na Constituição. Maior intolerância, contudo, deve-se reservar às teses, às formulações pretensamente doutrinárias que servem de ponta-de-lança para derrogar direitos e lassear garantias.

É nesses quadrantes, de cautela e respeito aos direitos e garantias do administrado (seja ele servidor, contribuinte, fornecedor, postulante de direitos, parceiro), perante o Estado e particularmente perante a Administração, que se há de analisar a regularidade e a validade do processo administrativo. Disso é que pretendo cuidar a seguir.

II – *Sindicância e processo administrativo*

Há ainda muita dificuldade entre nós de entender a abrangência do conceito de processo administrativo. Durante muitos anos, a doutrina rejeitou o conceito de *processo* no âmbito da atividade administrativa pelas mais variadas razões. A principal delas era o entendimento de que o termo se referia apenas a atividade jurisdicional, na qual haveria propriamente oposição de interesses¹. De minha parte, entendo descabida essa distinção. Do ponto de vista doutrinário, é absolutamente sustentável a existência de processo administrativo, a par do processo judicial (espécies distintas do mesmo gênero). Perfilho com o lúcido entendimento de Odete Medauar para quem “o procedimento consiste na sucessão necessária de atos encadeados entre si que antecede e prepara um ato final. O procedimento se expressa como processo se for prevista também a cooperação de sujeitos, sob prisma contraditório” (MEDAVAR, 1993, p. 40). Ou, como entende Romeu Felipe Bacellar Filho (BACELLAR FILHO, 1998), “nem o procedimento é sinônimo de função administrativa, nem o processo, de função judicial.”

Muita controvérsia houve sobre o tema. Hoje, porém, creio ser absolutamente ociosa essa discussão. É que o texto constitucional definiu claramente (i) a existência de processo administrativo e (ii) sua equiparação ao processo judicial para fins de aplicação do regime de ampla defesa e contraditório (acoplados todos os meios e recursos inerentes). O texto constitucional fala por si:

“Artigo 5º ...

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

Lendo a prescrição constitucional salta aos olhos que (i) para a Constituição existe relação processual na esfera judicial ou administrativa, desde que nela esteja envolvida relação litigiosa (a idéia de litigante pressupõe, por óbvio, a noção de lide, contraposição de interesses em suma); (ii) as garantias da ampla defesa e do contraditório (e dos instrumentos a eles relacionados) abrangem qualquer situação de manejo de competências estatais quando, ao menos potencialmente, haja interesses dos administrados passíveis de serem afetados; (iii) a processualidade – e as garantias inerentes – abrangem qualquer relação em que haja situação de ameaça de restrição ou sacrifício de direito (hipótese de litígio) e mais ainda quando se imputa a alguém uma conduta punível (hipótese de haver um acusado).

Não pode haver dúvida que o princípio da ampla defesa e do contraditório assegurado na Constituição é abrangente, não admitindo relativizações quanto mais aquelas ditadas meramente pela designação formal que o agente público dê ao procedimento por ele conduzido. Em outra oportunidade, pude afirmar (MARQUES NETO, 2004, p. 234):

“É conhecido de todos o dispositivo constitucional que está no artigo 5º, inciso LV, que diz: ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegura-

dos o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes', de modo que interpreto esse dispositivo no sentido de que sempre que a movimentação da função pública envolver ou contrariedade de interesses entre particulares e interesses da Administração, ou a imputação de alguma conduta passível de sanção na esfera administrativa, essa função, a competência do agente público só poderá se dar no âmbito de processo administrativo. E nesse processo administrativo, conseqüência constitucional, deverão ser asseguradas a ampla defesa e o contraditório. A meu ver, é absolutamente inconstitucional, odiosa à criação de outros expedientes a que apenas se dê outro nome para fugir da obrigação constitucional de contraditório e ampla defesa; protocolados, procedimento inquisitorial, qualquer outro nome que se dê a um procedimento administrativo, a lei mesmo dá vários nomes, mas serão espécies do gênero processo administrativo, dentro do qual, contraditório e ampla defesa sempre que presentes uma ou outra daquelas características. Relação de litígio, de lide administrativa ou de potencial imputação, portanto, acusação, deve-se observar o contraditório e ampla defesa. Isso é muito importante porque, por vezes, se distorce um processo meramente apuratório, um processo meramente burocrático para se dar a ele uma conotação que o caracteriza como processo administrativo, mas se tenta blindar, proteger ou afastar a ampla defesa e o contraditório dizendo que não se trata de processo administrativo, mas de mero protocolo. Isso não é só comum na Administração Pública, é contumaz principalmente no âmbito do Ministério Público. Isso, para mim, é absolutamente inconstitucional. Porque quando va-

mos analisar a questão do processo administrativo, como, de forma, qualquer processo apenador, vamos viver na tensão entre o interesse geral da coletividade de reprimir condutas desregradas, que é absolutamente um valor da moralidade administrativa, de um lado, e de outro lado os princípios maiores da ampla defesa e do contraditório. Embora talvez remando contra a corrente, no momento que nós vivemos, um momento Jacobino, enfim acho que a ampla defesa e o contraditório devem prevalecer até sobre a teleologia do processo, ou seja, contraditório e ampla defesa estorvam a apuração, não há dúvida, mas são princípios tão mais densos que podem, inclusive, ou devem inclusive prevalecer sobre a necessidade de punição, sobre a necessidade de moralização, sobre a necessidade de depuração dos quadros da Administração Pública”.

É certo que o princípio do formalismo e a vinculação à legalidade estrita a que está sujeita a Administração Pública obriga que a edição de qualquer ato administrativo seja precedida de um procedimento formal. Muita vez a edição de um ato prescinde que esse procedimento assuma a característica de um processo. Isso ocorrerá nas hipóteses em que a atividade administrativa e o ato que lhe dá conformidade jurídica não envolvam contraposição de interesses nem impliquem restrição ou sacrifício de direito de administrado. Assim é, por exemplo, com o procedimento de empenho ou de liquidação de despesas previsto no artigo 58 e seguintes da Lei nº 4.320/64. Não havendo que se falar em contraposição de interesses (embora, por exemplo, no ato de empenho haja interessados – v.g. o particular que prestou o serviço ou forneceu o bem que lastreará a despesa objeto do empenho), o procedimento – entendido como encadeamento formal de atos – não se afigurará como processo. Contudo, seguindo no exemplo, caso se trate de cancelamento do empenho, será obri-

gatório falar-se de processo administrativo, inclusive com o amplo contraditório e a participação do interessado (o que faria jus ao recebimento de verbas antes empenhadas).

A natureza processual (e não meramente procedimental), para sermos fiéis à Constituição, surge no momento em que a atividade da administração resvala a contrariedade, a contraposição de interesses de administrados seja no entrechoque de interesses de dois ou mais particulares, seja na potencial contrariedade do possível resultado da atividade administrativa específica com o interesse de um administrado. É nessa contrariedade de interesses que reside o dever de seguir os cânones do processo administrativo, com todas as homenagens ao contraditório e à ampla defesa. Não será incomum assim que, no exercício de uma atividade administrativa (disciplinar, ablatória, adjudicatória, fiscalizadora, ordenadora, fiscal, ou qualquer outra), um dado procedimento passe a ter caráter de processo administrativo com a emergência de potencial risco de ser afetado interesse do administrado.

O núcleo prescritivo do artigo 5º, LV, é incontavelmente de proteção do indivíduo (administrado) contra o manejo do poder estatal (na esfera judicial ou administrativa). Portanto, nenhum prurido deve causar a afirmação que ora faço de que a natureza de processo administrativo a que se sujeita a atividade da administração decorrerá diretamente da caracterização (e eventualmente da demonstração) de situação de contrariedade de interesses (efetiva ou potencial) em face de algum administrado. Tendo lugar tal potencial contrariedade (mesmo que em face de um potencial resultado ao final do procedimento), caberá falar em litigante. Como nos ensinou Ada Pellegrini Grinover (1991), em magistral artigo, que há mais de década fincou o marco doutrinário da processualidade administrativa:

“Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preci-

so 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 à 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 ... E assim também nos processos administrativos punitivos ..., mesmo antes da acusação, surgindo o conflito de interesses, as garantias do contraditório e da ampla defesa serão imediatamente aplicáveis”.

E se litigante há, processo administrativo com contraditório e ampla defesa deve haver. Como ensina Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1979, p. 281), “de procedimentos administrativos podem resultar processos administrativos. As impugnações e os recursos, formando relação jurídica, criam o contraditório, obrigando a Administração como parte a aceitar o conflito, a admitir o fato contencioso”.

Nestes quadrantes é que se põe a questão dos procedimentos ditos investigativos, inquisitoriais. Frequentes têm sido os rompanes de parte da doutrina e da jurisprudência em sustentar que o regime constitucionalmente reservado aos processos administrativos não seria aplicável aos procedimentos ditos inquisitoriais. Basicamente, para três espécies, colhemos manifestações nesse sentido: os inquéritos policiais (que servem de parâmetro para as demais construções), os inquéritos civis públicos (artigo 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85) e, ainda objeto da presente reflexão, os procedimentos de sindicância. É fato que estes entendimentos seguem a orientação antiga, anterior à Constituição de 1988 e não se apercebem da mudança significativa que foi trazida pelo novo texto constitucional.

Já tive a oportunidade de ver invocada, em respaldo a esse entendimento, formulação um tanto estranha segundo a qual, no choque entre o direito individual ao contraditório e à defesa ampla e o interesse público subjacente a uma investigação eficaz, esta última deve prevalecer. A formulação era aproximadamente assim: em face do interesse da eficaz atuação estatal de preparação de um processo administrativo ou judicial sancionador, o interesse particular do devido processo cede.

Esse raciocínio, apesar de causar um certo susto em quem nutre alguma consideração pela Constituição, não se sustenta. Qualquer garantia individual (direitos fundamentais de primeira geração) só faz sentido se afirmada em face do Estado, mesmo quando o poder público se move na perseguição do interesse público ou coletivo. Ora, se se admite que a existência de um interesse público (da sociedade, da coletividade, da humanidade) basta para fazer ceder as garantias individuais, então estaremos caminhando a passos largos para a derrogação de qualquer direito fundamental desta ordem. Afinal, a atividade administrativa ou persegue um interesse público ou constitui desvio de finalidade e de nada serve. Se só a existência de interesse público justifica a derrogação da ampla defesa e do contraditório, decreta-se a inaplicabilidade dessas garantias no processo administrativo!

A mim, não parece haver diferença entre a relativização da garantia individual do contraditório e da ampla defesa presentes no artigo 5º, LV, e eventual “flexibilização”, por exemplo, da cláusula de devido processo legal presente no artigo 5º, LIV, na hipótese de o Estado se apropriar da propriedade alheia para, suponhamos, dar de comer aos famintos ou dar abrigo aos sem-teto. Afinal, essas medidas se prestam a assegurar interesses públicos relevantes como o direito à vida (artigo 5º, *caput*) e à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF). Ninguém sustentaria que nem mesmo tão relevantes interesses públicos (princípios cons-

titucionais angulares, de densidade infinita) são bastantes para derrogar a garantia processual do devido processo. Por que então a eficiência da investigação pode servir para afastar, sabe-se lá como que lastro constitucional, o devido processo e o contraditório nos processos administrativos (já que envolvem interesses litigantes) ditos *inquisitoriais*?

Dir-se-á que nessas hipóteses não há derrogação, pois o corolário da defesa e o pálio do contraditório poderão ser posteriormente respeitados no âmbito do processo judicial (penal, civil público ou declaratório de improbidade) ou administrativo (disciplinar ou sancionador em sentido estrito). Ora, quem o diz desconhece – ou foge de conhecer – que a simples imputação, a mera atribuição da conduta punível criminal ou administrativamente já importa em afligir a esfera de direitos individuais (à honra, para dizer o mínimo). Quem essa tese abraça certamente não gostaria de ser acusado de crime, ser indiciado, ser sindicado ou processado. O exercício do direito de defesa se presta justamente a permitir que, trazidas as razões, provas e elementos pelo interessado se possa, eventualmente, afastar uma imputação equívoca.

Não é por outra razão que a Carta alude à proteção do artigo 5º, LV, *aos acusados em geral*. Não fez uso o constituinte do termo denunciado, processado (o que seria uma tautologia). Referiu-se a acusado exatamente para abranger (com reforço ao conceito já amplo de *litigante*) qualquer um a quem seja imputada uma conduta potencialmente passível de acarretar punição, sanção, responsabilização. Acusar importa singelamente em indicar (i) responsabilidade subjetiva e (ii) tipificação de conduta desregrada. A partir do momento em que há uma atribuição subjetiva, potencial até, de eventual falta, surge a contraposição de interesse uma vez que o imputado (acusado) certamente não haverá de concordar com que se lhe inculque culpa.

Evidentemente, enquanto num procedimento o agente público está averiguando

fatos e checando autoria de eventos potencialmente puníveis, não haveria que se falar em litigantes ou acusados². Porém, a partir do momento em que surge no procedimento a imputação, a indicação de potencial falta e de responsabilidade, o eventual enquadramento da conduta do indivíduo como punível, então passa a ser presente a relação de contrariedade, de parte, de litigante ou no mínimo o *status* de “acusados em geral”³. Havendo representados, há necessariamente acusados. Se, portanto, num dado momento de um procedimento, o ato decisório *in fieri* em que colimar o procedimento atingir ou puder contrariar o interesse do particular, ou ainda necessitar da participação do administrado, então estarão presentes as condições para que sobre ele recaia a processualidade, com as garantias a ela inerentes⁴.

Lúcia Valle Figueiredo ([2003], p. 419) não deixa margem para dúvidas ao afirmar que “A Constituição de 1988 utilizou-se dos termos ‘acusados’ e ‘litigantes’ no inciso LV do artigo 5º, pré-mencionado. Quanto ao primeiro – ‘acusados em geral’ –, há de se dar larga amplitude ao termo, para abrigar todas as situações em que haja imputação a alguém de falta ou conduta ilícita, e não apenas no sentido mais restrito, da possibilidade de já haver acusação formal (ou denúncia no processo penal) a deflagrar o inquérito administrativo ou a ação penal”.

Tenhamos em mente que a aplicação da regra do artigo 5º, LV, da Constituição independe de haver acusação formal ou da declaração do agente público de que se trata de um processo administrativo. Fosse aceita essa tese e chegaríamos ao absurdo de submeter a aplicação de uma garantia constitucional (o direito individual ao contraditório e à ampla defesa) ao alvedrio do agente estatal exatamente contra o qual se volta a garantia. Seria o mesmo que dizer que uma garantia fundamental que não pode ser suprimida sequer por Emenda Constitucional (artigo 60, § 4º, IV) poderia ser afastada meramente (i) pela declaração da autoridade

(afirmando tratar-se de mero procedimento inquisitorial ou dando nomes criativos ao procedimento – expediente, protocolado, apartado, etc.) ou (ii) pela omissão em nomear o indivíduo como *formalmente acusado ou investigado*. O absurdo da construção dispensa maiores comentários.

Não é por outras razões que a Lei de Processo Administrativo (Lei Federal nº 9.784/99) estabelece ser legitimado para atuar no processo administrativo todo aquele que “tem direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada” ao fim e ao cabo do processo (artigo 9º, II). Essa concepção ampla de interessado aponta, certamente, para a afirmação da abrangência integral da regra do artigo 5º, LV, CF a todos os procedimentos administrativos cuja decisão final traga, *in fieri*, risco de afetar direito ou interesse individual.

Lembremos que, consoante prediz o artigo 1º, § 1º, da citada Lei Federal, o regramento do processo administrativo nela contido é aplicável aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário quando no desempenho de função administrativa⁵. A Lei Paulista de Processo Administrativo (Lei Estadual nº 10.177/98), embora não se referindo expressamente à atividade administrativa dos outros Poderes, tem incidência ainda mais ampla. Isso porque, como se lê do próprio artigo 1º, suas disposições regem “os atos e procedimentos administrativos”, deixando até num segundo plano a discussão sobre a necessidade ou não de se tratar de processo administrativo para que as garantias processuais sejam aplicáveis.

Para fins de instrução do presente, vamos trazer um exemplo. Pois bem, estamos diante de um procedimento instaurado sob o nome de “Sindicância”, e tendo por apuração de eventual exorbitância de funções ou da prática de abuso de autoridade quando da detenção de um policial. Haveria na sobredita “Sindicância” a figura de um *Representante* que seria exatamente o policial cuja detenção constituiria no fato a ser sindicado.

Na hipótese, as autoridades participantes do ato de detenção estão enredadas em nítida condição de litigantes ou, no mínimo, de acusados de prática infracional-disciplinar e mesmo de crime, algo mais do que suficiente para caracterizar a existência de um processo administrativo e para fazer incidir todas as garantias constitucionais; e, por consequência, que o procedimento está a caracterizar verdadeira aberração jurídica, sem qualquer previsão legal. Vejamos.

É verdade que a doutrina define sindicância como uma espécie de procedimento voltado a apurar eventuais práticas infracionais por servidor público. O sempre citado Hely Lopes Meirelles ([2003], p. 668) ainda é presente para lembrar – como alhures citado foi – que “sindicância administrativa é meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição do infrator”. Emerge já o problema da competência para instaurar sindicância, o que será abordado no próximo tópico. Porém, desde já, posso dizer que de sindicância não se trata, pois o objeto da representação seria investigar fatos caracterizadores de “abuso de autoridade”.

Ora, se assim foi, dever-se-ia aplicar o regramento constante da Lei nº 4.898/65 que (artigo 2º) determina que a representação será exercida mediante petição dirigida “à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar a respectiva sanção”. Pelo artigo 7º dessa lei, o procedimento (inquérito administrativo) para apurar o fato “obedecerá às normas estabelecidas nas leis municipais, estaduais ou federais, civis ou militares, que estabeleçam o respectivo processo” (artigo 7º, *caput* e §1º).

No que se refere ao caso em estudo, não só há legislação estadual regente do processo disciplinar do servidor público estadual (Lei Estadual nº 10.261/68, alterada pela Lei Complementar Estadual nº 942/03), como há lei específica versante sobre o regime funcional especial da Polícia Civil (Lei Complementar Estadual nº 207/79 com a reda-

ção dada pela Lei Complementar Estadual nº 922/02). Portanto, ainda que imaginássemos o D. Juízo competente, o rito deveria ser aquele constante da legislação estatutária estadual.

E, no Estado de São Paulo, tanto para o regime jurídico geral dos servidores, quanto para os integrantes da Polícia Civil o procedimento de sindicância não tem natureza inquisitorial, sendo, na verdade, processo administrativo disciplinar célere para aplicação de penalidades mais brandas. Deveras, o artigo 269 do Estatuto do Servidor Público Estadual (Lei nº 10.261/68, com redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 942/03) prescreve:

“Artigo 269 – Será instaurada sindicância quando a falta disciplinar, por sua natureza, possa determinar as penas de repreensão, suspensão ou multa”.

No mesmo sentido vai a Lei Orgânica da Polícia Civil (Lei Complementar Estadual nº 207/79 com a redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 922/02):

“Artigo 88 – Será instaurada sindicância quando a falta disciplinar, por sua natureza, possa determinar as penas de advertência, repressão, multa ou suspensão”.

Verifica-se, portanto, que, no âmbito do Estado de São Paulo, sindicância não se trata de procedimento inquisitorial, e sim de processo disciplinar para aplicação de penas que não a demissão, a demissão a bem do serviço público, a cassação de aposentadoria ou disponibilidade (cf. artigo 89 da Lei Complementar Estadual nº 922/02)⁶. A menos que se arvore a opinião da doutrina ao *status* de lei (o que faria nosso Direito se aproximar do sistema islâmico, transformando as lições de Hely em verdadeiro *Idjmâ*), de sindicância não se pode tratar.

Tanto assim é que a Lei Orgânica da Polícia Civil paulista prevê um procedimento investigatório específico, denominado *Apuuração Preliminar* (artigo 85, Lei Complementar nº 922/02⁷). Porém, esse procedimento

só pode ter lugar quando não caracterizada a infração, nem delimitada a autoria.

Portanto, não há que se falar em sindicância. Porém, se estivéssemos diante de uma sindicância, então seria absolutamente incontroversa sua submissão ao disposto no artigo 5º, LV, submetendo-se o procedimento às garantias processuais do contraditório e da ampla defesa.

Por primeiro, porque são patentes (i) a existência de controvérsia apta a caracterizar a situação das citadas autoridades como litigantes e (ii) no mínimo a sua situação de acusados (representados, talvez) por abuso de autoridade. Numa e noutra circunstância, temos que reconhecer o caráter de processo administrativo de que se reveste o procedimento.

Certamente os representados acreditam ter exercido seu dever funcional ao deter o representante. Este enxerga na conduta abuso de autoridade. Ora, dizer que em torno dos fatos não há controvérsia é querer negar ao sol a claridade. E afirmar que no quanto sindicado não resulta, *in fieri*, afronta a interesse e direito dos sindicatos menos não é.

Como mais uma vez nos ensina Ada Pellegrini Grinover, “embora não tendo, em geral, caráter punitivo, a sindicância não deixa de ser processo administrativo.” (1991, p. 14). Havendo, como há, confronto de interesse e imputação aos representados de condutas puníveis, está presente a condição de litigantes (e de acusados) impondo-se o dever constitucional de tratar esse procedimento como processo administrativo.

Assim, se no procedimento estão presentes representados (e representado é parte), impossível sustentar a inexistência de litigantes, nos termos do que acima expus.

Por segundo, é a própria Lei Federal nº 4.898/65 que determina (artigo 7º, § 3º) que a apuração da prática de abuso de autoridade na esfera administrativa terá natureza de processo administrativo, não sobrepassável por força do andamento da ação penal ou civil.

Por terceiro, na medida em que, mesmo se considerássemos como sindicância o procedimento, teríamos que obedecer à legislação estadual, como determina – já vimos – o artigo 7º, § 1º da Lei Federal nº 4.898/65. Vamos então à Lei Orgânica da Polícia Civil (redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 922/02) e lá veremos:

“Artigo 87 – A apuração das infrações será feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa”.

Disso resulta que o procedimento engendrado acaba por caracterizar uma aberração jurídica. Não consigo imaginar qual a base legal adotada para respaldar tal procedimento. A Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de São Paulo não é, como vimos. Igualmente não seria o Estatuto do Servidor Público. Tampouco haveria de ser a Lei Federal nº 4.898/65 pois esta remeteria àquelas. A Lei de Processo Administrativo da União também não é, pois suas disposições estão *in caso* veementemente sendo desatendidas.

Ainda dentro do exemplo aqui trazido, sendo o processo conduzido por um Magistrado (o juiz corregedor da polícia judiciária), poder-se-ia cogitar da aplicação da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar Federal nº 35/79), mas então os representados teriam já sido intimados a apresentar defesa prévia e recebido o inteiro teor da acusação e das provas existentes (artigo 27, § 1º) o que, é cediço, não ocorreu. Bem, poderia estar o procedimento embasado no Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça do Estado. Mas, se assim fosse, também teriam sido os representados instados a apresentar defesa com amplo acesso à cópia da representação e dos documentos oferecidos (artigo 295, § 1º e artigo 301, RI-TJSP).

Enfim, poderia ser a Lei Estadual de Processo Administrativo (Lei Paulista nº 10.177/98) o diploma regente do procedimento. Mas desconfio que também ela não seja pois, se fosse, também já estariam os

representados intimados a oferecer defesa, com acesso à cópia do ato de instauração (artigo 62, II).

Fica-se, então, com a impressão de que estamos diante de um procedimento atípico e inusitado, mal chamado de sindicância, e processado sem qualquer base legal, ao alvedrio da autoridade condutora. Ora, se é assim, nem de procedimento inquisitorial se trata. Cuida-se na verdade de um expediente sem rito, sem objetivo, sem respaldo legal. Algo tão amalucado que faz aguçar desvarios de toda ordem. Como, por exemplo, a estonteante auto-atribuição do representante à condição de “assistente litisconsorcial nos autos da Sindicância” para postular a cassação de liminar concedida pelo E. Tribunal de Justiça para obstar prática de atos no indigitado procedimento. Se há assistência litisconsorcial, deve haver litisconsorte ativo. Porém, não consigo imaginar outrem a integrar o procedimento que não o representante (agora travestido de assistente litisconsorcial) e a autoridade condutora do procedimento. Seria possível haver um consórcio (deixemos de lado o prefixo que reforça a idéia de lide) entre o representante e o juiz? Não se pode crer.

Arremate-se dizendo que, na situação concreta, emerge a hipótese mais acirrada de processualidade administrativa, aquela em que, no processo, embatem-se interesses de administrados. Com efeito, na situação vertente, vislumbra-se não oposição entre o interesse do administrado em face do dever da função pública. Vê-se sim a oposição de interesses de administrados a serem arbitrados pelo agente da Administração (esqueçamos por ora a usurpação de competências administrativas pela autoridade judicial).

Posta assim a questão, a obrigatoriedade do contraditório se afirma não apenas como consequência do direito individual do interessado (aquele que pode ser afetado pela decisão final, conforme a Lei de Processo Administrativo), mas também por força do próprio princípio da isonomia. Tal

como conduzido o processo, é evidente a desobediência ao princípio da isonomia e à imparcialidade na medida em que dá ao representante (sobre quem pesa também a imputação de conduta delituosa) a condição de interessado, oficiante até, no processo, negando tal prerrogativa aos acusados.

Concluo este tópico afirmando que o procedimento inaugurado não pode ser tratado como sindicância. E, ainda que o fosse, por expressa disposição legal, nela dever-se-ia observar o contraditório e a ampla defesa. De resto, em qualquer circunstância, a presença de irrefutável e incontendível condição de litigante e de acusados dos representados faz imediatamente aplicável a garantia constante do artigo 5º, LV, da Constituição. Por fim, a absoluta ausência de qualquer base legal a respaldar o rito adotado indica que todos os atos praticados são nulos por absoluta falta de amparo legal.

III – Competências correicionais e competências disciplinares da atividade policial

O acima exposto torna mais fácil a tarefa doravante. Nula e imprestável é, por si, a denominada *sindicância*. Porém, há um problema a mais. No exemplo formulado, o D. juiz corregedor não possui nem resquício de competência para promover sindicância, averiguação, inquérito, apuração, sondagem nem qualquer procedimento preparatório de processo disciplinar sobre membros da polícia civil. Não é preciso muito para demonstrá-lo.

A realização de averiguações de fatos e autoria de supostas infrações administrativas (o que inclui nesse particular o abuso de autoridade) constitui atividade administrativa exercida dentro dos poderes disciplinares que os superiores hierárquicos detêm sobre seus subordinados. Os servidores da polícia civil são vinculados ao Poder Executivo. No nosso sistema constitucional, não se admite que um membro do Poder Judiciário tenha ascendência hierárquica em

matéria disciplinar sobre servidor do Executivo.

Doutra feita, a Lei Orgânica da Polícia Civil define precisamente o regime disciplinar dos delegados de polícia. A aplicação de sanções disciplinares aos Delegados da Polícia Civil cabe (artigo 70) apenas ao Governador do Estado, ao Secretário de Segurança Pública, ao Delegado Geral de Polícia, aos Diretores Gerais de Polícia e Assistentes Técnicos que integrem os quadros da Corregedoria de Polícia ou ainda aos titulares de unidades diretamente subordinadas às Diretorias Gerais de Polícia. Ou seja, há expressa prescrição acerca das autoridades competentes para aplicar sanções disciplinares em delegados de polícia. Em nenhum caso, prevê a lei competência similar para autoridade judicial, nem mesmo as corregedorias da polícia judiciária.

A regra de competência é central no direito administrativo. O poder estatal é exercido por órgãos e agentes a quem a lei distribui atribuições e aloca poderes. Como ensina Carlos Ari Sunfeld (1995, p. 106):

“Ao desempenhar o poder, os governantes exercitam competências, não direitos subjetivos. O juiz, o legislador, o administrador não têm o direito de, respectivamente, julgar, legislar ou administrar, mas sim competência de fazê-lo.

A expressão competência é usada no Direito com intenção muito definida. Significa-se com ela o poder, conferido pelo ordenamento, cujo exercício só é lícito se realizado: a) pelo sujeito previsto; b) sobre o território sob sua jurisdição; c) em relação às matérias indicadas na norma; d) no momento adequado; e) à vista da ocorrência dos fatos indicados na norma; e, especialmente, f) para atingir a finalidade que levou à outorga do poder. Em outras palavras, a competência é um poder intensamente condicionado”.

A competência decorre de lei, “não podendo o próprio órgão estabelecer, por si,

suas atribuições” (DI PIETRO, [2002], p. 197). O poder extroverso não está disponível para que os agentes públicos se sirvam do quanto de atribuição sacie sua vontade de atuar em face do administrado. Justamente para evitar a afoiteza de um agente público é que o Direito atribui a cada órgão ou agente parcela das funções públicas e define limites organizacionais (horizontais) ou hierárquicos (verticais) para seu exercício.

Não se cogite, por absurdo, que a prescrição contida na Lei Orgânica da Polícia Civil conteria um rol meramente exemplificativo. A norma que prescreve competência cumpre um duplo papel: ela contempla um preceito positivo, indicando quem pode (e deve, haja vista o princípio da função) praticar um ato ou manejar uma atribuição estatal; e contempla uma prescrição negativa pois, uma vez definida a competência de um órgão ou agente, resta suprimida essa competência de todos os demais entes ou sujeitos da Administração. Daí por que a norma prescritora de competência sempre é fechada. Se assim não for não teria serventia, pois permaneceria a incerteza quanto ao titular da competência.

Quando se quer que uma competência seja concorrente é necessário que se preveja para mais de um ente, agente ou órgão a mesma atribuição. Aí sim se estará diante de competência concorrente. Dizer que um artigo, que fixa uma dada competência para um número fechado de pessoas, não interdita que outros a exerçam, pelo simples fato de a norma não fazer referência à competência exclusiva, é contrariar a própria noção de competência no direito administrativo.

A título de exemplo, se a ausência do termo *exclusivo* num rol de sujeitos que detêm uma competência (ou legitimação) implicasse admitir outros agentes detendo competência, então teríamos descoberto que há outros legitimados para mover o controle concentrado de constitucionalidade, enxergando aberto o rol dos legitimados pelo artigo 103 da CF para ajuizar Ações Diretas

de Inconstitucionalidade. Uma exegese que nunca houvera visto antes.

A competência para mover procedimento inquisitorial preparatório de processo administrativo disciplinar é exclusiva daqueles agentes ou órgãos que possuem competência em matéria disciplinar. No regime da Lei Orgânica da Polícia Civil, a competência para determinar a instauração de sindicância é exclusiva das autoridades arroladas no artigo 70 (cf. artigo 90).

Poder-se-ia argumentar que o juiz corregedor teria competência para realizar apuração preliminar lastreado no artigo 85 da Lei Complementar nº 922/02. Só que, para isso, ter-se-ia que confundir atividade correicional com atividade disciplinar de corregedoria. E são coisas bem distintas.

A atividade correicional é exercida sobre os serviços com vistas a verificar sua regularidade, presteza e eficiência. Permite, como consequência, adotar medidas de recomendação (por exemplo aconselhar um novo procedimento), medidas normativas (alterar regras de funcionamento do serviço) ou mesmo medidas coercitivas (exigir a devolução de autos, obrigar a concessão de vistas). Não se confunda, contudo, atividade correicional (sobre os serviços) com competências disciplinares (consistentes na aplicação de penas ao servidor). Embora muita vez possam estar as competências correicionais e de corregedoria alocadas num mesmo órgão ou atribuídas a um mesmo agente, elas não são idênticas.

A atividade disciplinar de corregedoria se desenvolve sobre a atuação funcional dos servidores e inclui competências sancionatórias. E a atividade disciplinar pressupõe superioridade hierárquica. O objetivo da atividade de corregedoria é coibir condutas desregradas e punir os desvios. Nela não se busca diretamente disciplinar os serviços (a atividade), mas a atuação dos servidores. A atividade pode ser bem prestada pela polícia judiciária, embora um policial tenha conduta incompatível com o cargo. Nessa situação, nada compete fazer ao juiz corregedor

além de eventualmente comunicar ao superior hierárquico do servidor (no caso, a Corregedoria de Polícia).

Bom exemplo é o que ocorre na atividade prisional. Ao juiz corregedor de presídios cabe inspecionar as condições carcerárias, determinar providências com vistas a preservar as condições de salubridade, sociabilidade e dignidade da população carcerária, participar do processo de normatização das rotinas prisionais, etc. Não é por isso que o regime disciplinar dos servidores públicos envolvidos com a atividade penitenciária fique a cargo do juízo correicional e que este tenha poderes disciplinares sobre aqueles.

No âmbito da polícia judiciária ocorre o mesmo. Como ensina Octávio Augusto Machado de Barros Filho (2003, p. 316), com a autoridade de quem exerce a função de Corregedor de Presídios do Estado de São Paulo, “não é demais salientar que as funções correicionais recaem apenas sobre os serviços e os funcionários subordinados diretamente ao juízo monocrático. (...) A fiscalização dos atos praticados por agentes da Polícia Militar e da Polícia Civil cabe às autoridades sob as quais estejam hierarquicamente subordinados às suas respectivas Corregedorias, ressalvado o controle externo a cargo do Ministério Público”.

A Lei de Organização do Judiciário paulista não traz regra distinta. Se formos ao artigo 51, parágrafo único, veremos expressamente consignado que a competência disciplinar dos membros do Judiciário investidos de competências correicionais se referem apenas aos “serventuários, escreventes, fiéis, porteiros e oficiais de justiça”. E no artigo 33 da mesma lei não vemos dada aos Juízes das Varas de Execuções Criminais competência disciplinar (sancionatória) sobre os membros das carreiras policiais, mas tão-somente a atribuição da função de correição permanente sobre a atividade de polícia judiciária.

Esse ponto emerge importante. A correição cabente ao juízo se desenvolve sobre a

polícia judiciária, que constitui função e não carreira. Sim, pois no âmbito estadual só existem duas carreiras: a polícia civil e a polícia militar (além do Corpo de Bombeiros), conforme o artigo 144, IV e V, da CF. Polícia judiciária não é carreira, mas atividade específica exercida pela polícia civil no âmbito estadual (cf. artigo 144, § 4º). Portanto, a atividade de correição exercida pela Vara da Corregedoria da Polícia Judiciária da Comarca se refere apenas às atividades de polícia judiciária e não aos aspectos funcionais e disciplinares que, no âmbito da carreira de polícia civil, regem-se por Lei própria (Lei Complementar Estadual nº 207 com redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 922) e competem à Corregedoria de Polícia.

E nem se diga que o juízo corregedor da Polícia Judiciária seria competente para promover a averiguação preliminar (vimos já que de sindicância não se há de falar) pois tal procedimento seria preparatório para o futuro encaminhamento de elementos aptos a subsidiar um processo administrativo disciplinar a tramitar na Corregedoria de Polícia. Tal raciocínio, um tanto pueril, sucumbe diante do fato que a competência para promover averiguações preliminares sobre (supostas) faltas funcionais é do órgão que detém competências disciplinares. Como ensina Jesús Gonzáles Pérez (2000, p. 479), “La competencia para acordar este trámite [de actuaciones previas] corresponde al mismo órgano que la ostenta para incoar el procedimiento. Una elemental medida de prudencia aconseja acudir a é, lo que evitará procedimientos innecesarios, con las lamentables consecuencias para el funcionario supuestamente responsable”.

E, como já demonstrei, consoante reza a Lei Orgânica da Polícia (artigo 70 com redação dada pela Lei Complementar estadual nº 92/02), detém competência para aplicar sanções disciplinares apenas o Governador, o Secretário de Segurança, o Delegado Geral de Polícia, o Delegado de Polícia Diretor da Corregedoria e os Delegados de Polícia

Corregedores Auxiliares, estes dois últimos integrantes da Corregedoria Geral da Polícia Civil (cf. Decreto nº 47.236/02).

Na Polícia Civil, a atividade de correição disciplinar é disciplinada pelo Decreto nº 47.236/02. Lá vemos arroladas as competências da Corregedoria nos seguintes termos:

“Artigo 5º – A Corregedoria Geral da Polícia Civil – CORREGEDORIA tem as seguintes atribuições básicas, a serem exercidas em todo o território estadual:

I – promover, privativamente, a apuração das infrações penais e administrativas atribuídas a policial civil;

II – realizar visitas de inspeção e correições extraordinárias em qualquer unidade policial, cientificado o Delegado Geral de Polícia;

III – apreciar as representações que lhe forem dirigidas relativamente à atuação irregular de policiais civis;

IV – promover investigação sobre o comportamento ético, social e funcional dos candidatos a cargos policiais civis, bem como dos ocupantes de tais cargos em estágio probatório e dos indicados para o exercício de chefias e encarregaturas, observadas as normas legais e regulamentares aplicáveis;

V – avocar procedimentos de polícia judiciária, quando conveniente aos interesses da Administração Policial”.

Dúvida não pode haver que apenas a Corregedoria da Polícia Civil pode realizar apurações preliminares. Se dúvida houvesse, bastaria verificar que, no âmbito da Corregedoria, existe uma Divisão de Apuração Preliminar com competências estritas para promover esse tipo de investigação (cf. artigo 8º do Decreto nº 47.236/02).

Fora de dúvidas, portanto, que, no exemplo trazido, o MM. Juiz não reúne competências para aplicar sanções disciplinares

aos delegados da polícia civil (e tampouco para averiguar eventual falta funcional por eles cometida), podendo nessa seara, no máximo, officiar à Corregedoria Geral de Polícia.

IV – Efeitos da falta de competência: a imprestabilidade da sindicância

A esta altura, creio não ser mais dubitável que a autoridade judiciária não possui competência para instaurar sindicância ou mesmo procedimento de averiguação preliminar em face de Delegados da Polícia Civil. Menos ainda o tem para dar curso a ela, intimar tais servidores a depor, colher testemunhos ou documentos. A ausência de competência condena o procedimento à invalidade, à imprestabilidade absoluta. Diznos Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 134) que “o plus no uso da competência, seja em extensão, seja em intensidade, acaso ocorrido, significará, em última instância, um extravasamento, uma ultrapassagem de seus limites naturais, ensejando fulminação tanto pela autoridade administrativa superior, de ofício ou sob provocação, quanto pelo Judiciário, a instâncias da parte titulada para insurgir-se”.

A Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo (Lei Estadual nº 10.177/98) estabelece, sem entretimentos, a invalidade dos atos praticados com vício de incompetência:

“Artigo 8º São inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, especialmente nos casos de:

I – incompetência da pessoa jurídica, órgão ou agente de que emane;”.

A Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular), por seu turno, dá-nos a precisa definição do vício em apreço prescrevendo que “a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou”. (artigo 2º, Parágrafo único, a).

Na jurisprudência, encontramos julgados à basta consagrando a invalidade de todos os atos de processo conduzido por autoridade incompetente. Entre eles, pela sua proximidade com o caso vertente, cite-se a seguinte decisão do TRF da 2ª Região:

“Incompetência subjetivo-objetiva do Juiz da Vara que instaurou a sindicância: ...

A autoridade que é apenas parcialmente competente, é incompetente. Nulidade *ex radice* de todo o processado, pelo vício maior de incompetência, a macular a sindicância e o processo administrativo *stricto sensu*. Invalidade, igualmente *ab ovo*, do processado, por violação do princípio da ampla defesa, na fase da sindicância.

...

Agora, a sindicância, é fase preliminar do processo administrativo disciplinar em sentido largo, e de que resulta, se positiva, a fase, subsequente, e conseqüente, do processo administrativo disciplinar *stricto sensu*. Artigos 144 e seguintes da Lei nº 8.112/90. Garantia constitucional (artigo 5º, IV, da CF) e legal (artigo 144 da Lei nº 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. . .

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”⁸.

Há que se reconhecer, pois, a nulidade da sobredita “sindicância” e de todos os atos no seu âmbito praticados. E tal invalidação

há de ser reconhecida de pronto. Afinal fere os princípios constitucionais da eficiência e da moralidade (artigo 37) deixar prosseguir procedimento sabidamente inválido e imprestável – ensejando que, no seu âmbito, sejam constrangidos os representados – quando desde pronto se sabe que nenhum efeito dele poderá ser produzido. Nesse sentido, calha trazer o pensamento de Hely Lopes Meirelles ([2003], p. 669), aduzido justamente na seqüência de trecho citado numa decisão do juízo em apreço (e estranhamente dela omitido): “a sindicância tem sido desvirtuada e promovida como instrumento de punição de pequenas faltas de servidores ...”.

V – Procedimento sigiloso e ampla defesa

Voltando ao exemplo, resta enfrentar a questão da vedação do acesso dos representados aos autos e, por conseqüência, a alegação de que o procedimento deve correr em sigilo. A rigor seria desnecessária tal análise pois nulo que é todo o procedimento, resta ocioso o acesso aos autos. Mas, para complemento deste estudo, vou enfrentá-lo.

O princípio da publicidade é aplicável a toda atividade da Administração Pública. Assim é por expressa determinação constitucional (cf. artigo 37, *caput*). É bem verdade que, em sede de processo administrativo, o princípio da publicidade recebe tratamento especial. Tanto é assim que o artigo 2º da Lei de Processo Administrativo federal (Lei nº 9.784/99) não lista o princípio da publicidade entre os princípios de regência. A Lei paulista de processo administrativo, Lei nº 10.177/98, arrola (artigo 4º) a publicidade entre os princípios a serem observados pela Administração Pública estadual em sede de processos administrativos. Ninguém poderia sustentar que a atividade administrativa se desenvolva ao arrepio da publicidade. Sendo o processo um instrumento relevante (em alguns casos essencial) para o desempenho da Administração, haveria a

publicidade de ser-lhe intrínseca. Assim sendo, em que consistiria essa especialidade?

A resposta é simples: o processo é mecanismo de garantia dos direitos dos administrados (os tais litigantes). Segue daí que a publicidade em processo administrativo obedece a um duplo regime: admite-se alguma restrição à publicidade para proteger a intimidade, para resguardar direitos ou para assegurar confidencialidade de informações sensíveis; como regra, não se admite, porém, a restrição à publicidade contra o administrado, para obstar-lhe as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Ou seja, a restrição à publicidade no processo administrativo se manifesta em mitigação ao amplo acesso de qualquer administrado ao quanto ventilado nos autos (restrição à publicidade enquanto diminuição do caráter amplamente público do expediente administrativo). Não é tal restrição admissível em face daquele diretamente interessado, seja o imputado, seja o representante. Quando se restringe o acesso de qualquer um aos autos ou a publicação dos atos restringe-se apenas a aplicação do princípio da publicidade dos atos administrativos. Quando se veda que o diretamente interessado tenha acesso ao processo, fere-se também o direito à ampla defesa e ao devido processo, algo constitucionalmente inadmissível⁹.

Diferente não é, vale dizer, no processo judicial. É conhecido de todos o instituto do *segredo de justiça* no processo civil, que tem conformação juspositiva no artigo 155 do CPC¹⁰. Semelhante ocorre no âmbito penal com o disposto no artigo 792 do CPP¹¹. Em ambos os casos, o que se tem é a restrição à publicidade ampla, consubstanciada no livre acesso de qualquer um ao inteiro teor dos autos. Em nenhum momento, diz-se que o segredo de justiça se prestaria a interditar o acesso das partes (ou mesmo dos legitimamente interessados) aos atos e termos do processo.

Tanto assim é que o Parágrafo único do artigo 155 do CPC deixa claro que, mesmo

nas hipóteses de segredo de justiça, é assegurado “o direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores”.

Há que se estabelecer, portanto, a diferença entre publicidade restrita e processo sigiloso. A restrição à publicidade (em regra ampla, como determinam os diplomas processuais) é admissível para evitar constrangimentos, violação de direitos individuais ou para impedir que os atos do processo aflijam a intimidade ou a confidencialidade de informações sensíveis. O sigilo (entendido como o enclausuramento do processo nas mãos exclusivas da autoridade que o conduz ou daqueles que gozam de sua confiança) mostra-se irritado ao Estado Democrático de Direito. Ele serviria para liberar a autoridade do dever de conduzir o processo (judicial ou administrativo) sob a legalidade, aceitando o desrespeito aos cânones do devido processo legal. Admitir a condução de um processo administrativo à sorrelfa seria admitir a derrogação do direito de defesa, algo que não se admite. O processo administrativo deve ser conduzido sob o manto da legalidade e não sob a bruma do sigilo!

Trocando em miúdos, situações há em que se justifica a restrição à ampla publicidade, estabelecendo-se sobre o processo uma cláusula de segredo (entendido como restrição ao amplo acesso de qualquer administrado aos autos ou a acompanhar os atos do processo). Essas situações são suficientes para afastar a aplicação absoluta do princípio da publicidade. Contudo, tal relativização encontra paradeiro quando ela implicar restrição ao direito à ampla defesa e ao contraditório.

Se a autoridade – imaginando haver respaldo legal para tanto – decreta segredo de justiça sobre um processo, isso implicará restrição ao acesso de terceiros aos autos, nunca vedação de que a parte ou seus procuradores possam exercer seu direito de conhecer o andamento e o conteúdo do processo. Dizer em sentido contrário seria con-

sagrar o segredo de justiça em desfavor da parte, inaugurando entre nós o processo secreto que até os regimes de sombras tinham pudor em instituir.

Alguém mais inclinado às lides inquisitoriais ou bafejado pela tentação da “eficiência investigatória” se apressaria em dizer que a Constituição, no artigo 5º, LX, prevê a hipótese de restrição à publicidade dos atos processuais. Não me toca negar o texto constitucional (como, ora e vez, algumas autoridades tentam fazer com a cristalina prescrição do artigo 5º, LV). Porém, há que se atentar para a sábia formulação adotada, nesse dispositivo, pelo constituinte.

O texto constitucional fala em *restrição à publicidade dos atos processuais* (ou seja, à publicidade que lhes é intrínseca). Não alude a supressão da publicidade ou a vedação desta, apenas a sua restrição em favor do direito à intimidade ou ao interesse social.

Restrição à publicidade, em regra ampla, é muito diferente da admissão do sigilo como óbice a que o interessado (e, pior, o acusado) tenha conhecimento dos atos e autos do processo administrativo que, em tese e ao fim, poderá colimar em decisão que atinja seus interesses ou direitos. Se se admite aplicar com temperos o princípio da publicidade, essa mitigação não pode ser de tal ordem que implique negá-lo. Publicidade restrita não significa publicidade nenhuma. Segredo de justiça é coisa distinta de procedimento sigiloso, levado sob o pálio da confidencialidade, escamoteado do conhecimento até mesmo daquele que figura como acusado (representado, sindicado, indiciado, apontado, nomeado, indicado ou o nome que se queira dar, pois não será com recursos semânticos que se logrará descaracterizar a condição de *acusados em geral*).

E a prevalência do direito à ampla defesa sobre a possibilidade de restrição à publicidade (que não se nega) não decorre apenas do fato de aquele princípio ser mais denso do que qualquer outro. Deriva sim do fato de que, se admitida a obstrução da pu-

blicidade ao acusado em geral – em qualquer processo administrativo ou judicial – estar-se-ia não apenas obstando a defesa (que deixaria de ser ampla como a Constituição manda ser), mas simplesmente derogando-a. Sim, pois não é possível exercer o contraditório ou o direito de defesa sem sequer conhecer, a tempo e modo, o inteiro teor da peça acusatória e dos elementos em seu respaldo colhidos¹².

Não teria o constituinte consagrado de forma tão ampla os princípios do contraditório e da ampla defesa no inciso LV do artigo 5º da CF para, logo depois, no inciso LX, permitir sua absoluta derrogação haja vista a incompatibilidade absoluta entre defesa e sigilo. E tenha-se em mente que a ampla defesa é assegurada constitucionalmente *com todos os meios e recursos a ela inerentes*. Ora, como então negar a amplitude do mais básico e singelo meio de defesa: o conhecimento pleno das imputações e dos atos do processo em que o particular litigue ou seja acusado?¹³.

Mas não é só. O constituinte, sabedor da tentação, sempre presente, que alguns têm pelo segredo, pelo obscurantismo, conferiu à lei, e apenas a ela, a possibilidade de restringir a publicidade. É dizer, ainda, que constitucionalmente fosse aceitável a restrição à publicidade de forma tão ampla a ponto de permitir o sigilo mesmo contra o litigante ou acusado em geral, ela só poderia ter lugar por prescrição legal. E em sede de processo administrativo não há previsão legal para que tal sigilo seja decretado.

Como vimos, no caso em estudo, trata-se de procedimento atípico instaurado no âmbito do juízo corregedor da polícia judiciária. Cuida-se, pois, do exercício de atividade administrativa por parte de membro do Poder Judiciário. Sendo procedimento atípico, é óbvio não ser ele regido por lei específica. Aplicam-se pois as regras gerais de processo administrativo previstas na legislação estadual. A Lei estadual nº 10.177/98 não só não contém dispositivo autorizando a decretação de sigilo em face do interessa-

do, como contempla vários dispositivos em sentido contrário. O seu artigo 35 estabelece que, “durante a instrução, será concedida vista dos autos, mediante simples solicitação, sempre que não prejudicar o curso do procedimento” e, por prejuízo ao curso do procedimento, não se há de entender a vedação permanente de vista aos autos. No Parágrafo único desse mesmo artigo, vemos previsto que “a concessão de vista será obrigatória no prazo de manifestação do interessado”. No artigo 36, vê-se que “ao advogado é assegurado o direito de retirar os autos da repartição, mediante recibo, durante o prazo para manifestação do seu constituinte”. No artigo 63, tratando do procedimento sancionatório (gênero no qual se enquadra o procedimento em apreço pois que não se apura a prática de abuso de autoridade para outorgar título ou láurea ao acusado), constata-se ser requisito de validade do processo (em sentido amplo) que o acusado seja intimado da instauração recebendo na oportunidade “cópia do ato de instauração”.

Como se fosse pouco esse conjunto de prescrições, no artigo 64, encontramos regra que corrobora plenamente a linha aqui defendida. Diz a Lei paulista com rigor tal que dispensa comentários:

“Artigo 64. O procedimento sancionatório será sigiloso até decisão final, salvo em relação ao acusado, seu procurador ou terceiro que demonstre legítimo interesse”.

Ou seja, na lei paulista de processo administrativo, vale a regra de que a restrição à publicidade não atingirá, jamais, o direito do acusado a conhecer os autos e atos do processo (ou procedimento, se assim o queira).

Temos, então, que a restrição do acesso aos autos de processo administrativo (tomado em sentido largo, como acima se esclareceu) àquele que dele é parte é absolutamente inadmissível à luz da Constituição e das leis de regência. Em sede de processo administrativo – e vimos que o expediente em apreço nada mais é do que uma espécie de

processo da Administração –, não existe a possibilidade de se decretar sigilo em face da parte interessada. “Para que um interessado possa inteirar-se do que está acontecendo em relação a ele em face de uma postura administrativo-estatal, imprescindível que seja garantido seu acesso, ou a quem o representa, aos elementos do processo. É tanto o seu interesse obter o conhecimento adequado do que está acontecendo como também é, neste sentido, o interesse da Administração, que tem a obrigação de atuar” (PORTA, 2003, p. 121).

Neste passo, cumpre dizer ser absolutamente inaplicável o paralelo entre o processo administrativo em geral e o inquérito policial, como se a regra do artigo 20 do CPP se prestasse a permitir a restrição da parte aos autos do procedimento em apreço. Não serve por dois motivos.

Primeiro, porque no caso dos processos administrativos disciplinares envolvendo policial civil existe legislação específica (Lei Complementar nº 207/79 com redação dada pela Lei Complementar nº 922/02), que não prescreve regra autorizadora do sigilo em favor de averiguações preliminares. Existindo lei específica, não há que se falar em aplicação por analogia.

Ainda que assim não fosse, caso se quisesse emprestar regime legal outro, então teríamos que aplicar o disposto na Lei estadual nº 10.177/98 pois, consoante prescreve seu artigo 2º, as suas normas “aplicam-se subsidiariamente aos atos e procedimentos administrativos com disciplina legal específica”. Portanto, se se há de falar de aplicação subsidiária, somente poderá ser para considerar o procedimento atípico submetido às regras da lei paulista de processo administrativo, inclusive no tocante à vedação do sigilo em face da parte.

Imprestável, portanto, o artigo 20 do CPP para respaldar a vedação de que o acusado tenha acesso aos autos em que figura como representado por suposta prática de abuso de autoridade. Porém, ainda que fosse empregável aqui a regra própria aos inquéri-

tos policiais, ainda assim o decreto de sigilo em relação à parte não seria lícito. Nem mesmo em sede de inquérito policial é admissível impedir que o representante do indiciado ou acusado possa ter acesso aos autos. A Lei federal nº 8.906/94 estabelece:

“Artigo 7º. São direitos do advogado:

(...)

XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

XV – ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;”.

Se mesmo em sede de inquérito policial é assegurado ao patrono do acusado vista aos autos e conhecimento de seu conteúdo, temos que a obstrução do acesso do advogado aos autos do processo administrativo (procedimento, inquérito, averiguação, dê-se o nome que a criatividade semântica permitir) mostra-se inarredavelmente ilegal, qualquer que seja seu suposto fundamento.

Nesse sentido, colhe-se na melhor doutrina que, mesmo quando prevista em lei, a vedação do acusado (sindicado) aos autos põe-se inadmissível:

“Parece-nos afrontar a Constituição disposições estatutárias que consideram sigilosa a sindicância. De fato, com relação aos princípios envolvidos, não se lhes pode negar vista dos autos e acompanhamento por advogados, justamente em obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório” (ZAGO, 1998, p. 393).

Diverso não é, nem poderia ser, o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. No Mandado de Segurança nº 22.921-1 – São Paulo, colhe-se:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, SERVIDOR PÚBLICO.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, ADVOGADO: VISTA DOS AUTOS.

I. Ao servidor sujeito a processo administrativo disciplinar é assegurado o direito de defesa, que há de ser amplo. Lei nº 8.112/90, artigo 153.

II. O advogado regularmente constituído tem direito a ter vista do processo administrativo disciplinar, na repartição competente, ou retirá-lo pelo prazo legal. Lei nº 8.906/94, artigo 7º, XV¹⁴.

A *seletividade no regime de sigilo* caracteriza verdadeira afronta à isonomia. É certo e seguro que, no processo administrativo em estudo, controvertem duas partes: o representante – que entende terem agido os representados com abuso de autoridade – e os representados, que obviamente não vêm em sua conduta qualquer abuso, sustentando que o representante, sim, é quem praticou ilícitos ensejadores de sua detenção. Ora, se está diante de procedimento administrativo em que particulares em alguma medida controvertem (litigam, para usar o termo da Constituição), a autoridade condutora desse processo há que atuar com absoluto respeito à imparcialidade.

Para além de se constituir como vício autônomo, apto a invalidar por si só o procedimento, a afronta ao princípio da isonomia e ao dever de conferir tratamento imparcial torna ainda mais insustentável a restrição do acesso dos representados aos autos. Se admitido o amplo acesso do representante, não há como se negar que os representados e seus patronos tenham o mesmo direito.

VI – Conclusão

Chegada a hora de concluir. Muito se avançou desde a Constituição de 88 no tema processo administrativo e nas garantias dele decorrentes. O advento das leis de processo é referência neste avenço. Muito mais se há que andar. Talvez a principal conquista

do Estado Democrático de Direito seja impedir que se siga esvaziando a garantia do artigo 5º, LV, da CF, mediante o inaceitável expediente de se batizar os processos administrativos com nomes esquisitos (sindiscriminais, protocolados, expedientes, apartados), como se a Constituição fosse um repositório de garantias a servir apenas por livre escolha do agente público. Ou bem entendemos que a ampla defesa e o contraditório servem de proteção ao particular sempre que tenha interesse enredado na atividade administrativa (lide administrativa) ou lhe seja imputada alguma conduta punível, ou então, em nome de se fugir da impunidade, estaremos consagrando a volta ao Estado Absoluto e Inquisitorial.

Notas

¹ Para um apanhado das linhas doutrinárias defensoras da utilização do termo procedimento, em vez de processo para o âmbito da Administração Pública, ver Egon Bockmann Moreira, (2000, p. 38-53).

² Acerca da razão da Constituição fazer a distinção entre litigantes e acusados em geral, contida no artigo 5º, LV, vale trazer a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho (1998, p. 67-68): “Em segundo lugar, litigantes e acusados não são termos sinônimos. Perceba-se a redação do dispositivo dando realce à partícula ‘e’ que, ao invés de configurar sinonímia, expressa conjunção aditiva. ... As garantias do contraditório e da ampla defesa já eram reconhecidas aos acusados no plano do processo judicial e administrativo, por força de interpretação doutrinária e jurisprudencial da Constituição de 1967 ... Ora, se há litigantes no processo administrativo é porque, logicamente, pode haver o desencadeamento de um litígio ou lide na função administrativa. É verdade que a noção de lide tem suscitado múltiplas controvérsias e não se acha até hoje devidamente delimitada pela doutrina do direito processual, onde foi concebida”.

³ “Não há forma, portanto, para excluir da condição de litigante, quem, mediante um ato administrativo unilateral, autua e notifica da penalidade, assim como da situação de acusado em geral, aquele que sofre os efeitos desta acusação. ... Nossa Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que delimitam, nitidamente o círculo de atuação das instituições estatais, salientou que qual-

quer indivíduo que figure como objeto de procedimento investigatório, verbis: ‘tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado’. (Cf. SILVA, 2004, p. 98-99).

⁴ Neste sentido a lição de Odete Medauar (1993, p. 40): “Essa evolução culmina, principalmente, na concepção do procedimento-gênero, como representação da passagem do poder em ato. Nesse enfoque, o procedimento consiste na sucessão necessária de atos encadeados entre si que antecede e prepara um ato final. O procedimento se expressa como processo se for prevista também a cooperação de sujeitos, sob prisma contraditório”.

⁵ Verdade que a Lei nº 9.784/99, sendo lei federal, rege apenas o processo administrativo no âmbito da União. Porém a prescrição pode ser transposta para Estados e Municípios, pois a Constituição alude a processo administrativo querendo abranger toda a atividade administrativa do Estado o que, como sabemos, envolve as funções administrativas de todos os poderes. Nesse sentido, ver Maria Sylvania Zanella Di Pietro ([2002], p. 61).

⁶ No mesmo sentido, o artigo 270 do Estatuto do Servidor Público Estadual.

⁷ É o texto: “Artigo 85. A autoridade correcedora realizará apuração preliminar, de natureza simplesmente investigativa, quando a infração não estiver suficientemente caracterizada ou definida autoria”.

⁸ Cf. Mandado de Segurança nº 5161/RJ, proc. 9302042804, DJ 19.04.1994, Rel. Des. D’Andrea Ferreira.

⁹ “O princípio da ampla defesa acopla várias garantias. O interessado tem o direito de conhecer o quanto se afirma contra os seus interesses e de ser ouvido, diretamente e/ou com patrocínio profissional sobre as afirmações, de tal maneira que as suas razões sejam coerentes com o quanto previsto no Direito. Na primeira parte se tem, então, o direito de ser informado de quanto se passa sobre a sua situação jurídica, o direito de ser comunicado, eficiente e tempestivamente, sobre tudo o que concerne à sua condição no Direito. ... há de receber o interessado todos os elementos e dados sobre o quanto se ponha contra ele” (ROCHA, 1999, p. 482).

¹⁰ É o texto: “Artigo 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I – em que exigir o interesse público; II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores”.

¹¹ “Artigo 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça

que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes”.

¹² Ensina Carlos Ari Sunfeld (1995, p. 106) que “o acusado tem a garantia de ampla participação no procedimento, como modo de exercer eficazmente sua defesa. Para que essa oportunidade de participação não seja apenas uma formalidade sem conteúdo e sentido, a publicidade toma aqui feições especiais, assegurando que o acusado seja efetivamente inteirado dos atos do procedimento. Assim, nesse caso, não basta facultar-se ao interessado o exame dos autos a qualquer momento, coisa que, como visto, é direito de toda pessoa, independentemente de sua situação jurídica estar envolvida na questão tratada”.

¹³ “Convém insistir em que a garantia constitucional do direito à ampla defesa exige que seja dada ao acusado – ou a qualquer pessoa contra a qual se faça uma irrogação, na qual se estabeleça uma apreciação desfavorável (ainda que implícita), ou que esteja sujeita a alguma espécie de sanção ou restrição de direitos – a possibilidade de apresentação de defesa prévia à decisão administrativa. Sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém puder ser afetado por uma decisão administrativa deve a ele ser proporcionada a possibilidade de exercer a ampla defesa, que só tem sentido em sua plenitude se for produzida previamente à decisão, para que possa ser conhecida e efetivamente considerada pela autoridade competente para decidir” (FERRAZ; DALLARI, [2001?], p. 70-71).

¹⁴ Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 28.06.2002.

Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do procedimento administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARROS FILHO, Octávio Augusto Machado de. *Corregedorias da polícia judiciária e dos presídios*. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Corregedorias do poder judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, [2002].

- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, [2001?]. p. 70-71.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, [2003].
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Manual de procedimiento administrativo*. Madri: Civitas, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 183, jan./mar. 1991.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Processo disciplinar e sindicância. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 3, a. 20, p. 234, mar. 2004.
- MEDAUAR, Odete. *Processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, [2003].
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MOREIRA, Egon Bockman. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 38-53.
- PORTA, Marcos. *Processo administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA, Edson Jacinto da. *Sindicância e processo administrativo disciplinar*. 3. ed. Leme: Habermann, 2004. p. 98-99.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa: direito de certidão, vista e intimação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, p. 106, jan./mar. 1995.
- ZAGO, Livia Maria Armentano K. Processo administrativo disciplinar. In: MEDAUAR, Odete (Coord.). *Processo administrativo: aspectos atuais*. São Paulo: Cultura Paulista, 1998.

