

DISPENSA JURÍDICA, EM REGRA, DO DEFENSOR DATIVO OU *EX OFFICIO*, NO PROCESSO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO DE CASSAÇÃO DE MANDATO ELETIVO *

EPAMINONDAS DA COSTA

Sumário

1. Introdução. 2. Dispensa jurídica, em regra, do defensor dativo ou *ex officio*, no processo político-administrativo. 3. Conclusão. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de tese concernente a aspecto relevante do processo político-administrativo, ligado à cassação de mandato eletivo de prefeito municipal.

Com efeito, cuida-se de procedimento desenvolvido no âmbito do próprio Poder Legislativo local, visando apurar a “responsabilidade político-administrativa”, por parte do titular daquela função pública. E, segundo o mestre *Hely Lopes Meirelles*, “responsabilidade político-administrativa é a que resulta da violação de deveres éticos e funcionais de agentes políticos eleitos, que a lei especial indica e sanciona com a cassação do mandato. Essa responsabilidade é independente de qualquer outra e deriva de infrações político-administrativas apuradas e julgadas pela corporação legislativa da entidade estatal a que pertence o acusado, na forma procedimental e regimental estatuída para o colegiado julgador”.¹

* Tese aprovada pela maioria, com emenda aditiva.

¹ *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 580.

Ressalte-se, por oportuno, que, geralmente, as infrações político-administrativas são aquelas claramente especificadas no Decreto-Lei n. 201/67 – que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, e dá outras providências –, muito embora hoje, com a maior autonomia municipal, tal definição tenha passado para a competência do Poder Legislativo municipal, através das leis orgânicas locais.

Adverta-se, pois, que, no supra-referido procedimento, por força da Lei n. 1.533/51 – Lei do Mandado de Segurança –, o Ministério Público oficiará sempre como fiscal da lei ou, na terminologia do eminente professor *Helj Lopes Meirelles*, como parte pública autônoma.

É que, comumente, após a prolação do *ato* pela edilidade, em sessão plenária própria, o alcaide então se rebela contra aquela decisão fazendo-o judicialmente, ao argumento de ofensa a direito líquido e certo seu, mediante a invocada preterição de formalidade processual, no citado procedimento; para tanto, o denunciado maliciosamente cria o óbice à sua citação direta e pessoal, para a sessão de julgamento, donde advém a sua citação editalícia e, não raro, de seu defensor constituído, em conluio com ele.

Conseqüentemente, surge a controvérsia crucial quanto à necessidade ou não de nomeação de defensor dativo ou *ex officio*, ausentes o denunciado e o seu defensor constituído, por ocasião da manifestação procedimental final, pelo Poder Legislativo municipal.

Aliás, essa controvérsia tem levado muitos magistrados a invalidar decisões de Câmaras Municipais, relativas à cassação de mandato eletivo abraçando, erroneamente, diretrizes normativas do Processo Penal, que aqui não se aplicam.

Ora, normalmente o citado afastamento da função pública, em caráter definitivo, vem precedido do afastamento cautelar (provisório) – *impeachment* –, perfeitamente possível com a Constituição da República de 5 de outubro de 1988, e, mesmo antes dela, nas infrações político-administrativas de competência da Câmara Municipal, conforme tese anterior de minha autoria, publicada na *JUS* n. 14, ano 23, 1992, da Associação Mineira do Ministério Público (p. 243-147).

Com essas considerações, passarei, agora, ao exame da questão de fundo.

2 DISPENSA JURÍDICA, EM REGRA, DO DEFENSOR DATIVO OU *EX OFFICIO*, NO PROCESSO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO

A rigor, tenho para mim que, em regra, será legítima essa dispensa, no caso de revelia do denunciado, por causa da tendência de o legislador municipal copiar, na Lei Orgânica local, as normas processuais do Decreto-Lei n. 201/67, as quais não contêm essa figura (defensor dativo!).

Ora, a motivação ética que dita a necessidade de defensor constituído ou, não havendo este, do defensor dativo ou *ex officio*, surge do sentimento primário de vingança imanente à ação penal e à ação disciplinar propriamente dita, capaz, ade-

mais, de lesar a dignidade humana, bem maior da coletividade. E mais, ambas as ações se traduzem em ato de força do Estado em relação ao administrado, mediante certas condições previstas em lei ou vislumbradas pela doutrina, de modo que a garantia do defensor, ainda quando haja a sua dispensa tácita ou expressa pelo beneficiário, visa justamente ao controle e à vigilância constantes do exercício desse poder de império, por parte da Administração, em face de bens indisponíveis da coletividade, tais como a liberdade, a honra, o trabalho, dentre outros.

Por outro lado, o processo administrativo regulado pelo Decreto-Lei n. 201/67 –, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, e dá outras providências – não se confunde com o processo disciplinar propriamente dito, este, destinado aos agentes administrativos, por ocasião da prática de transgressões disciplinares previstas em seu estatuto próprio. Diferem, ainda, um do outro, porque naquele não há relação de hierarquia e de subordinação, em que a posição hierárquica possa servir de pretexto para vinganças subjacentes a exigências imorais e/ou ilegítimas.

É de se ver, ainda, que o embate processual, no processo político-administrativo, dá-se entre agentes estruturalmente iguais (prefeito/vereadores), como sói acontecer no Processo Civil, onde não há supremacia estrutural de umas das partes litigantes. O mesmo inócorre nos Processos Penal e Disciplinar propriamente ditos, em face da supremacia estrutural da Administração e de sua imensa margem de ação, às vezes até de modo unilateral, buscando os elementos de sua convicção ou tomando decisões.

Forçoso reconhecer, então, que, havendo equilíbrio estrutural das partes litigantes, não há o que ser corrigido pela intervenção do defensor dativo, ausente o defensor constituído à sessão de julgamento. É o caso do processo de cassação de mandato eletivo de prefeito municipal, pois inexistente hierarquia e subordinação entre agentes políticos, mas tão-somente delimitação de competência ou de atribuição.

Em decorrência disso, pode-se concluir, seguramente, que o processo aqui tratado mantém similitude ontológica com o Processo Civil, onde a figura do defensor dativo ou *ex officio* é desconhecida. Ou seja, a revelia do réu/denunciado não induz a nomeação de defensor constituído pelo julgador, como que a se salvaguardar a franquia constitucional da defesa.

A este propósito, e por raciocínio jurídico, leciona o saudoso professor *Orlando de Souza*:

“Dispõe o Código no § 1º do art. 453 que incumbe ao advogado provar o impedimento até à abertura da audiência; e, se o não fizer, o juiz procederá à instrução; e, no § 2º do mesmo artigo, que pode ser dispensada pelo juiz a produção das provas requeridas pela parte cujo advogado não compareceu à audiência.”²

² *Manual das audiências/cíveis, criminais e trabalhistas*. 12. ed. rev. e aum., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 29.

Vê-se, assim, que a ausência injustificada do advogado da parte à audiência pode causar a dispensa das provas em seu favor, sem que isto implique em cerceamento de defesa, desde que tenha havido a devida intimação. Sendo a ausência justificada, e demonstrada até à abertura dos trabalhos, impõe-se então o seu adiamento, haja vista a disciplina do Código de Processo Civil que, se aqui não se presta à aplicação analógica, serve-nos de inspiração na interpretação sistêmica das normas do processo administrativo em estudo. E ali em nenhum momento o legislador cogitou de defensor dativo, mormente para as alegações orais em audiência. E não nos esqueçamos de que se cuida de um diploma legal minucioso, preocupado sobremaneira em disciplinar rigorosa e exaustivamente a atuação das partes litigantes em juízo.

Reafirme-se, porém, que a invocação do Processo Civil nesta tese fora feita apenas em termos comparativos, conquanto tenha eu anteriormente repudiado a sua aplicação subsidiária no processo administrativo, por causa da assimetria ontológica entre um e outro.

Portanto, não se pode dizer que o Decreto-Lei n. 201/67, no qual vêm se inspirando as leis orgânicas municipais, deixou de contemplar expressamente a figura do defensor dativo ou *ex officio* por um lapso do legislador, ou porque quisesse ele que o intérprete descobrisse o não-dito no Código de Processo Penal. Esse recurso hermenêutico por parte do intérprete é perigoso, podendo conduzir à usurpação de função pública (art. 328, do Código Penal), sob o pretexto de se estar perquerindo a vontade do legislador. Uma coisa é a chamada interpretação extensiva de certa norma legal, em que se revela o que nela está implícito, pela sua dimensão teleológica. Outra coisa é querer-se introduzir no texto de lei o que o legislador não disse, e nem tampouco tenha autorizado expressamente a aplicação supletiva de outro texto de lei.

Como se não bastasse esta colocação doutrinária do problema do defensor dativo, socorre-nos a nós *Hely Lopes Meirelles*, asseverando:

“Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu interesse, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.”³

Assim é que na hipótese em estudo, relativa à eventual ausência do denunciado e de seu procurador à sessão de julgamento da Câmara Municipal, mesmo citados por edital, diante de seu paradeiro ignorado, não se pode falar em cerceamento de defesa e, pois, na nulidade do ato de cassação do mandato eletivo, à míngua da nomeação do defensor dativo.

Nesse diapasão, manifestou-se recentemente o *Supremo Tribunal Federal*, através de sua Segunda Turma, no sentido de que *não há cerceamento de defesa se, por exemplo, o denunciado estava ciente da data do julgamento*. Igualmente, e de modo alternativo, preconiza o mesmo acórdão da lavra do eminente Relator, Ministro *Célio Borja*, que *não se pode cogitar de cerceamento de defesa se o denunciado teve procurador constituído nos autos, não lhe sendo negada a oportunidade de ter vista dos mesmos, na repartição pública*. Então não seria caso, também, de nomeação de defensor dativo, especialmente na sessão de julgamento.⁴

De fato, o inciso V do art. 5º do Decreto-Lei n. 201/67 tem por objeto tão-somente o disciplinamento do tempo de cada vereador na sessão de julgamento, bem como o prazo a ser obrigatoriamente facultado ao denunciado para a sua defesa oral, se quiser, uma vez que a lei tutela a liberdade pessoal. É o que acontece no Processo Civil, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, em que deve ser dada a palavra pelo juiz aos advogados das partes e ao órgão do Ministério Público, quando este intervier no feito, pelo prazo de vinte minutos, cada um, pena de nulidade da decisão, inexistindo essa concessão (arts. 454 e 456 do CPC).

De mais a mais, quando o legislador quer exigir a nomeação de defensor dativo fá-lo em todas as palavras, quer seja no passado, quer seja na atualidade, o que demonstra que ele sempre esteve atento para com as peculiaridades de cada direito material de que o processo é somente instrumento. O Estatuto dos Funcionários Públicos do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais (Lei n. 869, de 5 de julho de 1952), por exemplo, em seus arts. 226 e 234, parágrafo único, prevê expressamente a nomeação de defensor *ex officio* pela Comissão Processante para a defesa do indiciado revel. Também o fazem o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União (Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952, art. 223) e o Novo Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União (Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 164, § 2º).

Em contrapartida, a Resolução n. 63/64, de 6 de junho de 1984, que instituiu o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, salvaguarda a similitude existente entre o processo administrativo, para a punição de magistrado (agente político!), com o processo de cassação de mandato eletivo de prefeito municipal e, também, com o Processo Civil, como se pode inferir dos arts. 171 e seguintes.

Curiosamente, estabelece o § 2º do art. 171 da aludida Resolução:

“Findo o prazo da defesa prévia, *haja ou não sido apresentada*, o Presidente colocará o expediente em mesa na primeira sessão ordinária, ou extraordinária que convocar com esse fim, para que a Corte Superior decida sobre a instauração do processo” (os grifos são meus).

³ *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. atual. pela Constituição de 1988, São Paulo: RT, 1990, p. 582.

⁴ Agravo de Instrumento n. 120.492-3-ES, Ementário n. 1.500-5, do Serviço de Jurisprudência daquela Corte de Justiça. *DJ* de 6/5/1988.

Os artigos de lei seguintes, ao facultarem ao indiciado a apresentação de defesa escrita e de alegações finais orais, deixaram de exigir, igualmente, a nomeação de defensor dativo, em caso de revelia do magistrado. Isto significa que a utilização da defesa por ele é mera faculdade a ser-lhe regularmente franqueada sempre, pena de nulidade da decisão.

Por esse motivo, deve-se proceder à intimação pessoal do denunciado e/ou de seu procurador, ou, esgotadas as diligências para esta finalidade, deve-se lançar mão dos editais, no *Diário Oficial*.

3 CONCLUSÃO

1. O processo político-administrativo de cassação de mandato eletivo não possui identidade ontológica com os processos civil e penal, donde a existência de normas distintas e de sistemática própria, regulada nas leis orgânicas municipais ou, subsidiariamente, no Decreto-Lei n. 201/67.

2. A inércia do denunciado, neste processo, e tendo sido ele citado por edital, não induz a obrigatoriedade de defensor dativo, principalmente se o defensor constituído também tomou rumo ignorado, e se tinha ele ciência dos atos anteriores do processo, com a possibilidade de produzir provas e de requerer o que fosse de direito.

3. Todavia, se a lei orgânica municipal vier a prever, em caráter obrigatório, a nomeação de defensor dativo, aí, sim, tornar-se-ia nula a decisão, já que no Estado de Minas Gerais a Constituição local deferiu essa competência ao constituinte municipal, no parágrafo único do art. 178, além dos arts. 165, § 1º, e 171, I.